



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

GABRIEL HELLER

**CONTROLE EXTERNO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE
1988:
Fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do
Tribunal de Contas**

**BRASÍLIA
2019**

GABRIEL HELLER

**CONTROLE EXTERNO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE
1988:
Fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do
Tribunal de Contas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub) como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

**BRASÍLIA
2019**

GABRIEL HELLER

**CONTROLE EXTERNO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE
1988:**

**Fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do
Tribunal de Contas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub) como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília, 13 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

AGRADECIMENTOS

À Tânia, injustiçada por quaisquer termos que eu tente empregar a título de gratidão.

À minha mãe, Augusta, exemplo diuturno de que os livros são o caminho para a grandeza e a excelência.

Ao meu pai, Flavio, incapaz de negar um pedido nas livrarias por que passamos.

Ao meu irmão, Felipe, estímulo constante, mesmo que inadvertido.

À Dina, personificação da palavra “dedicação”.

Aos auditores da Secretaria de Auditoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal, cujo trabalho inspirou as ideias apresentadas nesta dissertação.

Aos servidores da Biblioteca Cyro dos Anjos, auxílio diligente, zeloso e permanente.

Aos Professores Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Luís Carlos Martins Alves Jr. e Paulo Afonso Cavichioli Carmona, fontes abundantes de conhecimento e disposição para ensinar.

Ao Professor Carlos Bastide Horbach, pela confiança ao longo da jornada que ora se encerra.

“O estatuto do intelecto humano é menos o repouso do saber
que a procura da verdade” (Michel Villey)

“Yet is there any good reason to suppose that a sensible modern
government should divide power among only three or four
branches?” (Bruce Ackerman)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de que forma a exarcação de determinações e recomendações confere ao Tribunal de Contas posição autônoma no sistema de freios e contrapesos previsto pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Entende-se que o Tribunal de Contas exerce, em conjunto com o Poder Legislativo, a função de controle externo, considerada função específica por meio da qual se busca garantir o correto emprego dos recursos públicos e o cumprimento do dever de boa administração por parte dos órgãos estatais. Partindo-se da premissa de que o princípio da separação de Poderes reclama adaptação conforme a época e o ordenamento jurídico estudados, defende-se que a Corte de Contas, como órgão de controle que interfere no agir das demais instituições públicas autônomas, condiciona e limita o exercício de suas atribuições constitucionais, incluindo-se, por conseguinte, no esquema de divisão de funções previsto na CF/88. A partir de pesquisa bibliográfica e documental (legislativa e jurisprudencial), com predominância, mas não exclusividade, de obras, normas e decisões nacionais produzidas após 1988, identifica-se a atuação do controle externo como parte dos mecanismos de *checks and balances* da CF/88 precipuamente por meio do exercício da competência para assinar prazo para adoção de providências com vista ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX, da CF/88). Classificam-se, pois, as determinações e recomendações como decisões programantes, compreendidas como aquelas dotadas de caráter prospectivo, impondo ao órgão controlado a implementação de medidas imediata ou futuramente. A fim de se esclarecer a natureza desse tipo de provimento, seus fundamentos e sua eficácia jurídica, que implicam a extensão das competências de controle da Corte de Contas, advoga-se que as determinações são instrumento de correção do Tribunal em face da Administração Pública, cogentes por força de disposição constitucional e cabíveis sempre que identificada medida necessária ao restabelecimento da ordem jurídica violada. De seu turno, as recomendações são tidas como instrumento de indução e pressão da Corte de Contas, não dotadas de cogência quanto ao comando específico que carregam, mas nem por isso passíveis de desconsideração em relação às inconformidades que as fundamentaram.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Controle externo. Separação de Poderes. Determinações e recomendações.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze how the Court of Accounts' commands and recommendations bestow this institution an autonomous position in current constitutional checks and balances. I understand that the Court of Accounts, along with the Legislative branch, is responsible for the external control of Public Administration, considered as a specific function by which it is sought to ensure the correct use of public resources and compliance with the duty of good administration. Grounded on the premise that separation of powers demands adaptation according to the times and legal system studied, I defend that the Court of Accounts, as an oversight player that interferes in the other public institutions' practices, disciplines the exercise of its constitutional attributions, and, therefore, participates in the division of functions established in the Brazilian Constitution of 1988. Based on bibliographical and documentary sources, both national and foreign, including statutes and judicial rulings, I identify the power to assign a deadline for the adoption of measures as the external control's main influence over the other branches. Thus, I classify the commands and recommendations given by the Court of Accounts as programmatic decisions, meaning that they have a prospective character and impose on the controlled body the implementation of actions. In order to clarify the nature of this type of decision, its grounds and its legal effectiveness, which imply the extension of the Court's oversight powers, I argue that the commands are a means of correcting public administrators' actions, authoritative by virtue of constitutional provision and applicable whenever it is identified as a necessary measure for the reestablishment of the legal order. In turn, I consider the recommendations as an instrument of inducement and pressure, which, notwithstanding its non-authoritative quality, cannot be disregarded concerning the unlawfulness that originated them.

Keywords: Court of Accounts. External control. Separation of powers. Commands and recommendations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. DA AUTONOMIA DA FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	27
1.1 DA INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	28
1.1.1 Da separação e especialização de funções a partir do desenvolvimento das atribuições do Estado	30
1.1.2 Da função de controle externo como garantia de direitos fundamentais.....	42
1.1.2.1 <i>Da função de controle externo como meio de limitação do poder.....</i>	<i>45</i>
1.1.2.2 <i>Da função de controle externo como meio de promoção de direitos.....</i>	<i>53</i>
1.2 DA AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	61
1.2.1 Da autonomia funcional do Tribunal de Contas no exercício do controle externo	62
1.2.2 Da autonomia orgânica do Tribunal de Contas como reconhecimento de sua não dependência em relação ao Poder Legislativo.....	72
1.3 DAS COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS COMO CONCRETIZAÇÃO DE SEU DEVER DE AUXÍLIO	79
1.3.1 Do auxílio do Tribunal de Contas como condição para o adequado exercício do controle externo pelo Poder Legislativo	81
1.3.2 Da competência constitucional para expedir decisões tanto programadas quanto programantes	88
2. DA COMPETÊNCIA PARA DECISÕES PROGRAMANTES COMO ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988....	97
2.1 DAS DETERMINAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	99
2.1.1 Da constitucionalidade da imposição de condutas comissivas ou omissivas pelo Tribunal de Contas ao gestor público em caso de violação a normas jurídicas	100
2.1.1.1 <i>Do caráter amplo dos termos “lei” e “ilegalidade” no art. 71, IX, da Constituição Federal</i>	<i>101</i>
2.1.1.2 <i>Da natureza cogente das determinações como decorrência do sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição Federal.....</i>	<i>113</i>
2.1.2 Das limitações fáticas e normativas à exarcação de determinações pelo Tribunal de Contas	123
2.1.2.1 <i>Da condição de dupla comprovação para exarcação de determinações: o desvio normativo e a imprescindibilidade da medida para o correto cumprimento da norma</i>	<i>124</i>
2.1.2.2 <i>Do dever de autocontenção em face das competências constitucionais e das escolhas legítimas dos demais órgãos e Poderes.....</i>	<i>139</i>
2.2 DAS RECOMENDAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE INDUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	147
2.2.1 Da emissão de recomendações como competência autônoma, mas auxiliar do Tribunal de Contas	149
2.2.2 Da ausência de cogência das recomendações do Tribunal de Contas	153
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

A ideia de que o poder estatal precisa ser controlado é um dos alicerces sobre os quais foi erigido o constitucionalismo democrático¹. De variadas formas, os Estados constitucionais democráticos têm mecanismos que objetivam coibir abusos de seus agentes, verificar se as normas jurídicas são observadas e se a Constituição é adequadamente seguida e concretizada.

No Brasil, desde o advento da República, compõe tais mecanismos a instituição Tribunal de Contas, idealizada por Ruy Barbosa com base na experiência estrangeira, criada por meio de Decreto em 1890 e constitucionalizada em 1891 (art. 89)². Já naquele momento, o então Ministro da Fazenda entendia ser necessário um órgão específico, separado do Poder Legislativo, com a função de controle externo da atividade financeira do Estado, o que, à época, significava basicamente fiscalização dos dispêndios do Poder Executivo³.

Previsto em todas as Constituições brasileiras desde então, ora com competências de maior alcance, ora com atribuições mais restritas, o Tribunal de Contas chegou à Constituição Federal de 1988 (CF/88) dotado de feições consentâneas com o sopro democrático então vivido pelo País. Estabeleceu-se uma Corte de Contas autônoma em relação aos três Poderes clássicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), à qual se conferiram abrangentes incumbências, todas no desiderato de controlar a Administração Pública.

Enquanto o *caput* do art. 71 da CF/88 traz expressamente a atribuição genérica de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública, seus incisos elencam as competências específicas por meio das quais o Tribunal leva a efeito autonomamente a parcela da função de controle a ele reservada. Por se tratar de instituição cuja *ratio essendi* é a fiscalização dos atos administrativos dos demais órgãos e agentes estatais, não obstante compartilhe função titularizada constitucionalmente pelo Poder Legislativo, tornou-se praxe considerar o Tribunal de Contas o “órgão de controle externo”.

¹ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 149.

² SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 371.

³ BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 450 e 453.

Cumpra-se aclarar de pronto o conceito de controle da Administração Pública aqui adotado e diferenciar controle externo em sentido lato e em sentido estrito.

Concebe-se controle como a atividade de verificação da conformidade dos atos praticados pela Administração Pública ou por pessoas privadas prestadoras de serviços públicos em face de determinados parâmetros, ensejando adoção de medidas ou propostas de ações em função do juízo formado⁴.

Por sua vez, controle externo, em senso amplo, corresponde àquele exercido por órgão situado em Administração diversa da que produziu o ato controlado⁵; em sentido estrito, objeto desta dissertação, trata-se da função específica de controle moldada pela Constituição de 1988 nos artigos 70 a 73 e 75, de responsabilidade conjunta do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas em face da Administração Pública como um todo.

As tarefas que a Carta de 1988 cometeu à Corte de Contas revelam-se, por um lado, como um dever, e, por outro, como um poder para que se desincumba adequadamente do encargo. No presente trabalho, dá-se enfoque precípuo à extensão do papel auxiliar do órgão de controle, bem como de suas atribuições voltadas para a orientação e a correção da Administração Pública, as quais, na *praxis* do Tribunal de Contas, recebem, em geral, as denominações de recomendações e determinações.

Os debates acerca da autonomia do Tribunal de Contas em face dos três Poderes tradicionalmente mencionados nas constituições não surgiram no Brasil, tampouco apenas em 1988⁶. Tal querela guarda indissociável relação com a doutrina da “separação de Poderes”, desenvolvida, no mundo moderno, com base nos trabalhos de John Locke e Montesquieu, como a distribuição de poder entre os órgãos supremos do Estado e a forma pela qual cada um controla os demais. Conquanto se trate de tema versado recorrentemente nos trabalhos de Direito Constitucional e Administrativo, por vezes como dogma simples, consolidado e incontroverso, entende-se constituir matéria complexa, cambiante conforme a época e o ordenamento jurídico sob exame, cuja

⁴ Em sentido semelhante, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 32. O conceito de controle aqui adotado é considerado, pela autora, a acepção restrita do termo, para diferenciá-lo de uma acepção ampla, que independe de o agente controlador adotar medida que afete juridicamente a decisão ou o agente.

⁵ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 865.

⁶ Cf. MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. Función y esencia del Tribunal de Cuentas (1965). *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 3, n. 8, 2001, p. 209-210.

configuração produz consequências para o Estado, os agentes estatais e os cidadãos, individual e coletivamente.

Assim, mostra-se importante esclarecer que, para os fins desta dissertação, preferencialmente se faz referência à “divisão de funções”, por compreender-se o Estado como uma entidade complexa dotada de funções específicas com vista a possibilitar o pleno desenvolvimento e o bem-estar da população que o integra⁷. De seu turno, função é entendida no sentido da existência de um dever estatal de buscar, no interesse de outrem – no caso, da sociedade e dos indivíduos que a compõem –, determinada finalidade⁸. Por conseguinte, as competências de um órgão são concebidas não como prerrogativas, mas como deveres-poderes que servem a uma função, estabelecida para se alcançar uma certa finalidade.

Embora algumas atribuições do Tribunal de Contas estejam disciplinadas em diplomas infraconstitucionais, *e.g.*, Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), os contornos, as possibilidades e os limites de sua atuação vêm delineados na Seção IX da CF/88, “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” (artigos 70 a 75).

Cumprir notar que a Carta de 1988 refere-se expressamente ao Tribunal de Contas da União (TCU), determinando, no art. 75, a aplicação das normas dessa seção, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais de Contas dos Municípios. Neste trabalho, seguindo o paradigma constitucional, as menções e análises tomam por base, em geral, a Corte de Contas Federal, uma vez que constitui verdadeiro *benchmark* para os congêneres estaduais e municipais, da mesma forma que os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do TCU conferem a viga-mestra da interpretação das competências de todos os Tribunais de Contas do País.

Além da questão atinente à relação do Tribunal de Contas com os Poderes constituídos, a história da Corte de Contas no Brasil foi sempre marcada por embates doutrinários e jurisprudenciais no tocante às possibilidades e aos limites das

⁷ Cezar Saldanha Souza Junior distingue “divisão dos Poderes” como a simples especialização dos órgãos políticos e “separação dos Poderes” como o modelo específico proposto por Montesquieu, envolvendo mecanismos de contenção recíproca dos Poderes. Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora: 2002, p. 13, nota de rodapé nº 1.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 100.

competências do órgão de controle externo⁹⁻¹⁰. Tradicionalmente, a principal contenda referia-se ao exercício ou não de atividade tipicamente jurisdicional pelo órgão de controle externo¹¹, na medida em que, desde a Constituição de 1934, todos os constituintes utilizaram-se do verbo “julgar” (ou de expressão dele derivada) para conferir atribuições de controle ao Tribunal¹². Ainda que essa celeuma não tenha sido definitivamente pacificada, as mudanças operadas na função de controle pela Constituição de 1988 obrigaram a doutrina e a jurisprudência a se dedicarem a outras controvérsias.

Com o advento da Constituição vigente, marcada pelo retorno ao regime democrático e pela aversão ao arbítrio político e administrativo no trato da coisa pública, o órgão de controle externo recebeu amplas e pormenorizadas atribuições. Imprescindível, assim, à guisa de introdução, distinguir os parâmetros, os objetos e os sujeitos do controle externo. Esses elementos caracterizadores estão todos expostos ao longo dos artigos 70 e 71 da Carta Política vigente.

⁹ Alguns dos mais importantes nomes do Direito Público brasileiro se debruçaram, em diferentes épocas, sobre os limites das competências do Tribunal de Contas e sua revisibilidade pelo Poder Judiciário. Cf., à guisa de exemplo, LEAL, Victor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. (1949). *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*. João Pessoa, v. 2, n. 4, jul./nov. 2003, p. 91-105; BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o contrôle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 10-22; SEABRA FAGUNDES, Miguel. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, ano X, n. 20, dez. 1979, p. 80-88; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*, n. 73, ano XVIII, jan./mar. 1985, p. 181-192; CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987, p. 183-198; MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 101-126; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

¹⁰ Cf., exemplificativamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 55.821/PR*. Primeira Turma. Recorrentes: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Raul Vaz e Libino José dos Santos Pacheco. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Min. Victor Nunes. Brasília, 18 de setembro de 1967. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=154151>>. Acesso em: 18 abr. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 23.560/TO*. Tribunal Pleno. Impetrante: Incal Incorporações S.A. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Nelson Jobim. Brasília, 20 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85984>>. Acesso em 18 abr. 2018.

¹¹ Além dos trabalhos citados na nota de rodapé número 9, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 133-150; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

¹² Constituição de 1934, art. 99; Constituição de 1937, art. 114; Constituição de 1946, art. 77, II e III; Constituição de 1967, § 1º do art. 71 (§ 1º do art. 70, após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969); e Constituição de 1988, art. 71, II.

Os parâmetros dessa espécie de controle são, nos termos do art. 70, *caput*, da CF/88, a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Com base nessas balizas, dar-se-á a fiscalização orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional, dicção que desvela os objetos do controle: o orçamento público, as atividades de arrecadação e desembolso de recursos, a obtenção e manutenção do patrimônio público, as demonstrações contábeis e, mais genericamente, as operações da Administração Pública, isto é, a gestão pública em sentido lato.

Embora conste do mesmo art. 70 que tal fiscalização far-se-á também quanto à “aplicação de subvenções e renúncia de receitas”, entende-se mais adequado compreender tais benefícios também como objetos do controle, e não como seus parâmetros.

De seu turno, sujeitos do controle externo são, como órgão ativo, as Casas do Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, com as competências que a CF/88 entregou especificamente a cada qual, e, como passivo, todos os órgãos e agentes da Administração Pública que lidem com dinheiros, bens e valores públicos¹³.

Vê-se que o constituinte de 1988 inovou no regramento do controle externo da Administração Pública, destacando-se a inclusão, entre os objetos de fiscalização, da gestão pública – fiscalização “operacional”, na expressão do dispositivo constitucional – e, entre os parâmetros sob os quais se exerce a fiscalização, da legitimidade¹⁴. Essa configuração ousada, que trouxe o mérito dos atos administrativos para o âmbito do controle, legou dúvidas e debates que até então não se punham perante os operadores do Direito.

Põe-se agora, por exemplo, se o inciso IX do art. 71, CF/88, que dá ao Tribunal de Contas poder para assinar prazo a órgão ou entidade para que adote providências visando ao exato cumprimento da lei, aplica-se da mesma forma nos casos em que a Corte esteja exercendo fiscalização sobre atos administrativos específicos e sobre a gestão pública em sentido lato. Em outras palavras, se o poder do controle externo de impor certa medida a um órgão remanesce por ocasião do controle de políticas públicas,

¹³ Na dicção do art. 70, parágrafo único, da Constituição, submete-se ao dever de prestar contas à Corte qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais respondam os entes federados, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária.

¹⁴ SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar. 1989, p. 38.

entendidas como conjunto de decisões e atos com vista a manter ou modificar a realidade de setores da vida social e à concretização do bem geral da sociedade¹⁵.

Nessa senda, conceitos jurídicos modernos, marcadamente indeterminados, como legitimidade, boa administração e eficiência, passam a fazer parte do cotidiano do Tribunal de Contas e a receber tratamento próprio no âmbito dos trabalhos desse órgão. É dessa realidade e dessa perspectiva que parte a presente dissertação, cuja ênfase recai sobre a extensão da atuação controladora da Corte de Contas.

O exercício das atribuições de controle liga-se inexoravelmente ao tema da divisão de funções, uma vez que esta, desde sua origem na doutrina juspolítica moderna, tem por finalidade, entre outras, a de limitar o poder por meio dos chamados “freios e contrapesos”. Por conseguinte, compreende-se necessário o estudo e trato da matéria, em especial a configuração da divisão de funções na tradição jurídica brasileira e na Constituição de 1988.

Contudo, as incertezas acerca das fronteiras dos atos de controle da instituição objeto deste trabalho são muitas e dificilmente podem ser tratadas com a devida profundidade sem que o campo de estudo seja mais bem delimitado. Tanto por necessidade metodológica quanto pela atualidade da controvérsia doutrinária e jurisprudencial, opta-se, aqui, pela concentração do estudo nas competências do Tribunal de Contas que têm impacto potencial e efetivo sobre a atuação cotidiana da Administração Pública e, conseqüentemente, sobre os serviços prestados à sociedade.

Assim, a problemática posta nesta dissertação refere-se à seguinte questão: a exarcação de decisões programantes – recomendações e determinações – confere ao Tribunal de Contas posição autônoma no sistema de freios e contrapesos previsto pela Constituição Federal?

Para se chegar a uma adequada resposta, algumas outras questões demandam tratamento. Primeiramente, como o constituinte de 1988 configurou o sistema de freios e contrapesos, como se dá a divisão de funções segundo as normas constitucionais vigentes. A seguir, qual a posição do Tribunal de Contas e de que forma se insere orgânica e funcionalmente nesse esquema, o que impõe inquirição acerca da natureza da função de controle, assim abstrata como concretamente na Carta de 1988.

¹⁵ Acerca dos possíveis conceitos de política pública e de suas características e fases, cf. SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). *Políticas Públicas: coletânea*. Volume 1. Brasília: ENAP, 2006.

Embora tal investigação obrigue que se perpassasse pelo conjunto de atribuições conferidas à Corte de Contas, o corte temático definido leva àquilo que aqui se denomina “decisões programantes”, no sentido de decisões que têm caráter prospectivo, para cumprimento imediato ou futuro. O termo foi extraído de trabalho de Tércio Sampaio Ferraz Jr. em que diferencia as decisões do Poder Legislativo das do Poder Judiciário por serem estas programadas e não programantes, uma vez que baseadas na Constituição, nas leis, nos princípios gerais de Direito e nos costumes, valendo para o caso concreto para o qual foi provocado¹⁶.

É de se ressaltar que mesmo as decisões legislativas são parcialmente programadas, dado que sempre condicionadas formal ou materialmente pelo disposto na Constituição¹⁷. Da mesma forma, parte das decisões do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas, ainda que fundamentadas em normas jurídicas, têm inegável efeito prospectivo, não só porque podem impor que algo seja feito atual e futuramente, mas também porque a ciência jurídica hodierna reconhece ao intérprete a tarefa de criação do Direito¹⁸.

As decisões programantes, no âmbito da Corte de Contas, são exaradas por meio de recomendações e determinações, diferenciadas de forma geral pela cogência que caracteriza as últimas e está ausente nas primeiras. Tal diferenciação mostra-se, contudo, insuficiente para uma completa compreensão da matéria.

Pretende-se, pois, analisar e esclarecer, de um lado, os fundamentos de cada espécie de decisão programante, *i.e.*, o que enseja a emissão de uma recomendação e de uma determinação pelo órgão de controle externo, e, de outro, sua eficácia jurídica, ou seja, os efeitos ou consequências que estão aptas a gerar¹⁹. Uma satisfatória teoria da extensão das competências do Tribunal de Contas do Brasil, consentânea com a

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 398. Enfatize-se que a denominação é meramente inspirada no texto aludido, o qual não aborda o Tribunal de Contas. Também distinguindo as competências estatais em “programantes” e “programadas”, cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 468.

¹⁷ Nesse sentido, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 260-261; KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131-132.

¹⁸ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 20-21; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 46-49.

¹⁹ Sobre o conceito de eficácia jurídica, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64.

divisão de funções estabelecida na Carta Política, depende dessa investigação, na medida em que as decisões programantes têm o condão de interferir, em maior ou menor grau, no exercício de atribuições conferidas aos Poderes constituídos e aos demais órgãos constitucionais autônomos, como o Ministério Público.

O acréscimo de meios e parâmetros de controle ao Tribunal de Contas, a partir da CF/88, está afinado com o caráter dirigente desta, que estabelece fins, objetivos e tarefas para a atuação dos Poderes da República²⁰. Assim, a Corte de Contas põe-se como instrumento da boa administração visada pelo constituinte, devendo, todavia, observar as linhas demarcatórias de sua competência.

É neste sentido que o trabalho proposto se mostra pertinente, pois intenta abordar o Tribunal de Contas, orgânica e funcionalmente, sob uma perspectiva de enquadramento no mecanismo de *checks and balances* estipulado pela CF/88, focando-se nas aludidas decisões programantes, reputadas de maior impacto sobre a realização das tarefas cometidas aos órgãos de soberania. Tratando-se de tema atual, mormente no que diz respeito aos limites do controle de políticas públicas, visa-se a contribuir para o debate e a propor contornos claros para o exercício do controle externo pela Corte de Contas.

Na medida em que as decisões do órgão de controle externo repercutem sobre a independência dos Poderes e sobre a gestão da *res publica* e podem gerar aplicação de penalidades (art. 71, VIII, da CF/88), têm reflexo potencial sobre direitos coletivos e individuais. Isso basta para se inferir que a discussão quanto aos limites do controle externo e ao risco de usurpação de competências constitucionalmente atribuídas a outros órgãos é questão jurídica – constitucional e administrativa – da maior relevância.

Para responder à problemática alvitrada, o trabalho de pesquisa envolveu, primacialmente, consulta à legislação que rege o Tribunal de Contas e a Administração Pública no Brasil, com destaque para a Constituição Federal, as leis orgânicas e regimentos internos dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito

²⁰ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (org.). *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique Carvalho*, o editor dos juristas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 40; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 19. Em sentido contrário, entendendo a Constituição de 1988 como “essencialmente uma Constituição-garantia, mas de campo alargado ao social e ao econômico”, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

Federal, a Lei de Licitações e Contratos, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999).

No que tange à pesquisa doutrinária, o estudo abrangeu distintas frentes, quais sejam, as funções do Estado e do Direito, a divisão e configuração das funções estatais entre os Poderes e órgãos de soberania, a especialização funcional na CF/88 e, por derradeiro, o Tribunal de Contas, sua função e suas competências no Brasil.

No campo das funções do Estado e do Direito, da divisão e configuração de funções e da especialização funcional, recorreu-se a trabalhos nacionais e estrangeiros, buscando-se autores clássicos e hodiernos que moldaram o pensamento juspolítico brasileiro desde o princípio de nosso constitucionalismo republicano, em 1891. Quanto ao estudo da especialização funcional na CF/88 e do Tribunal de Contas, a ênfase só poderia ter se dado na doutrina nacional produzida entre o fim do século XIX e o tempo corrente, pelas características próprias que os temas recebem em cada país e ordenamento jurídico. Quando de utilidade para a compreensão de institutos típicos de Tribunais de Contas e de sua relação com os Poderes tradicionais, não se furtou a beber também de fontes estrangeiras.

Como o trato das relações entre controle externo e divisão de funções revela-se frequentemente escasso ou insuficientemente aprofundado no que concerne ao Tribunal de Contas, por vezes se mostrou necessário perscrutar a doutrina que versa sobre o controle do Poder Judiciário sobre os demais Poderes e órgãos. Conquanto as especificidades do controle judicial exijam cuidado nessa transposição para o controle externo em sentido estrito, a aproximação das dimensões de controle (legalidade e legitimidade) torna viável tal procedimento, curando-se para não confundir atribuições e limites.

Nesse sentido, reputa-se como altamente relevante a cautela para que não se veja no controle pelo Tribunal de Contas um juiz para assegurar direitos subjetivos violados, sob pena de usurpação de competência exclusiva do Poder Judiciário. A função de controle externo da Corte é entendida, portanto, como fiscalização da Administração Pública – do cumprimento de seus deveres – e de proteção do erário.

Em resposta à problemática aventada, defende-se que o Tribunal de Contas, ao realizar, de maneira ora plenamente autônoma, ora auxiliar, o controle externo da Administração Pública dos três Poderes instituídos no art. 2º da CF/88 e dos demais órgãos autônomos, constitui parte inafastável do sistema de freios e contrapesos,

mormente quando exara decisões programantes, isto é, recomendações e determinações.

Visando fundamentar tal conclusão, inicialmente se advoga a autonomia da função de controle externo no sistema de *checks and balances* arquitetado pelo constituinte de 1988. Nesse ponto, imperioso aclarar que, à exceção da controversa competência de julgamento de contas²¹, compreendem-se as atribuições fiscalizatórias do Tribunal de Contas fora das três funções clássicas – administrativa, legislativa e jurisdicional.

Trata-se de uma função que não envolve gerir a coisa pública, estabelecer normas gerais e abstratas ou decidir uma lide formada entre partes opostas. Supera-se, com isso, a tradicional visão de que só há três funções estatais possíveis, que conduz, por exclusão, a enquadrar a atividade da Corte de Contas como administrativa.

Com vista a demonstrar a insuficiência do dogma da tripartição de Poderes para explicar satisfatoriamente a engrenagem moderna dos freios e contrapesos, analisa-se como o desenvolvimento das atribuições do Estado acentua a divisão e a especialização de funções e como a função de controle presta-se a garantir outro elemento atávico do constitucionalismo democrático: os direitos fundamentais. Em sequência, examina-se de que forma a autonomia orgânica e funcional conferida ao Tribunal de Contas pela Carta Política implica o reconhecimento da não exclusividade do Poder Legislativo no exercício do controle externo.

Não obstante o compartilhamento da função de controle externo entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas, a Constituição Federal regula de forma pormenorizada como cada órgão se desincumbe dos encargos e tarefas outorgados. Nessa senda, diferenciam-se as atividades executadas pela Corte como cumprimento do dever de auxiliar o Poder Legislativo – sem afetação a sua autonomia funcional – e suas atividades tipicamente decisórias, que se distinguem conforme as competências, fundamentos e objetivos previstos expressa ou implicitamente na CF/88.

Expõe-se, pois, que a participação do Tribunal de Contas como ator do concerto de funções da Carta Política dá-se tanto quando toma decisões programadas,

²¹ Para a posição do autor sobre a matéria, cf. HELLER, Gabriel. Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha. In: COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos (org.). *Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Porto Velho: TCE-RO, 2018, p. 23-29.

sem pretensão de constituir obrigações aos órgãos controlados, v.g., art. 71, II e X, da CF/88, como quando expede determinações e recomendações (art. 71, IX, da CF/88).

Por se tratar de decisões programantes, que mitigam a rigidez e, propriamente, a separação entre Poderes e órgãos constitucionais, recomendações e determinações merecem um cuidado especial em seu manejo. Daí decorre a necessidade de diferenciar seus fundamentos legais e teóricos e sua eficácia jurídica.

Nesse diapasão, defende-se que as recomendações correspondem a instrumento de indução e pressão da Corte de Contas em face da Administração Pública, não dotadas de cogência quanto ao comando específico que carregam, mas nem por isso passíveis de desconsideração em relação às inconformidades que as fundamentaram. Por sua vez, as determinações são compreendidas como instrumento de correção do Tribunal, cogentes por força de disposição constitucional e cabíveis sempre que identificada medida necessária à observância não apenas da lei em sentido estrito, mas do ordenamento jurídico como um todo.

Representa o presente trabalho, por conseguinte, oportunidade para estudo e debate acerca da participação da centenária instituição Tribunal de Contas no arranjo constitucional pátrio e na realização das promessas feitas pelo constituinte de 1988 à sociedade brasileira.

1. DA AUTONOMIA DA FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O exercício das funções estatais por instituições diversas tem como principal – embora não único – fundamento a ideia de que o poder deve conter o poder, de que o poder estatal deve ser limitado, sendo necessário, para que haja tal desconcentração, conceder aos diversos órgãos constitucionais competências para que se controlem mutuamente²². Esta é a base do sistema de freios e contrapesos que foi legado ao Brasil, notadamente a partir da Constituição de 1891, quando o País adotou a fórmula estadunidense da tripartição de Poderes, inspirada no pensamento de Montesquieu e de Madison.

Após mais de um século e outras cinco Constituições, os mecanismos de controle entre os órgãos constitucionais ganharam novas feições com a Constituição Federal de 1988, e a própria ideia de que cada um destes se submete a alguma fiscalização dos outros recebeu novo significado. Pensado como um plano de contenção, de modo que nenhum Poder se tornasse absoluto e tiranizasse os demais, com foco em sua separação e independência, evoluiu-se para um esquema em que os órgãos devem controlar-se, na forma estabelecida na Lei Fundamental, também com vista a garantir e promover os direitos fundamentais.

Com esse desiderato, a CF/88 previu, entre os controles interorgânicos, a função de controle externo, exercida pelo Poder Legislativo em compartilhamento com o Tribunal de Contas. Assim, nos termos dos artigos 70 e seguintes da Constituição Cidadã, atribuiu-se a fiscalização da Administração Pública, mediante controle externo, ao Congresso Nacional, com o inafastável e autônomo contributo do Tribunal de Contas da União, em formato cuja importância impôs, por força do art. 75 da CF/88, simetria no âmbito estadual e local.

O presente capítulo presta-se, pois, a demonstrar a autonomia da função de controle externo na CF/88, alicerçado no entendimento de que a evolução do Estado e de suas atribuições levou à superação do dogma da tripartição dos Poderes e aprofundou a necessidade de especialização das funções públicas.

²² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 4, set./dez. 1989, p. 50.

1.1 DA INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A doutrina que se convencionou chamar de “separação de Poderes” e que se atribui, em geral, aos trabalhos de John Locke e, algumas décadas depois, de Montesquieu²³ não representa uma teoria única e acabada, tampouco uma ideia aplicada de forma repetida e estável ao longo dos últimos séculos no mundo ocidental. Profunda pesquisa empreendida por M. J. C. Vile esclarece que, no remoto século XIV, antes mesmo da consolidação do Estado Nacional Moderno, Marsilius de Pádua já falava em um modelo de Estado para cujo funcionamento ideal era necessária uma divisão entre diferentes órgãos das funções atribuídas ao ente político. Pensando na eficiência do Estado, o pensador italiano propugnava tal distinção com base na divisão do trabalho, não se mostrando preocupado com a contenção de um poder arbitrário, que viria a ser o cerne das teorias da separação dos Poderes²⁴.

Os conflitos que tiveram lugar na Inglaterra do século XVII propiciaram o desenvolvimento de ideias que, sem necessariamente abandonar a ideia de divisão do trabalho fulcrada na especialização das funções, tinham como desiderato fundamental controlar o exercício do poder por seus detentores. A multiplicação e a difusão dos estudos sobre o funcionamento do poder político, conquanto ininterruptas a partir desse momento histórico, encontraram, de fato, pontos fulcrais com o pensamento de Locke e Montesquieu e com a Revolução Francesa²⁵ – além do programa proposto nos artigos federalistas por Madison²⁶ e aplicado na Constituição dos EUA, particularmente importante para o Brasil republicano²⁷.

As contribuições desses três autores canônicos resultaram no dogma da tripartição de Poderes, forma de organização do Estado em que o exercício do poder

²³ Cf. LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 2006; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 177-178.

²⁴ Vile identifica mesmo no século XIII um princípio de fundamento para a tripartição dos Poderes que viria a reinar no pensamento juspolítico ocidental, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 16, nota de rodapé nº 5, e p. 31. Também identificando o caráter precursor de Marsilius de Pádua, cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 146.

²⁵ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 15.

²⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015.

²⁷ BARBOSA, Ruy. *Atos Inconstitucionais*. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 36. Em sentido contrário, entendendo que a formulação da separação de Poderes brasileira se baseou mais na construção de Montesquieu do que na de Madison, cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 223.

soberano, de titularidade do povo, divide-se em três funções a serem exercidas por três órgãos distintos nominados a partir daquelas: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário²⁸.

Do surgimento do dogma da tripartição aos dias atuais, em diferentes partes do mundo, soluções de engenharia constitucional foram propostas e aplicadas, algumas com sucesso, outras sem. Distintas configurações e competências conferidas aos três órgãos clássicos, bem como a criação de órgãos independentes que com esses não se confundem, com funções por vezes originais, por vezes deles extraídas, permitem concluir pela insuficiência da teoria da tripartição para explicar o desenvolvimento do Estado contemporâneo e das tarefas constitucionalmente cometidas a ele²⁹.

Nas palavras de Bruce Ackerman:

Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo.³⁰

Essas considerações valem igualmente para o Estado Brasileiro. Embora desde 1891 as constituições nacionais consagrem expressamente a existência apenas dos três Poderes tradicionais, a construção constitucional como um todo obriga a uma leitura que supera, em complexidade, a fórmula de Montesquieu.

Afastando-se da ideia de que se pode antever o conteúdo da divisão de Poderes a partir de um dogma situado antes da constituição³¹, impõe-se analisar a evolução da separação e da especialização de funções sob o prisma da mudança e do desenvolvimento das atribuições do Estado, fenômeno que assumiu feições próprias no Brasil com o estabelecimento de “órgãos de relevância constitucional”³², como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 232.

²⁹ Cf. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 4, set./dez. 1989, p. 49-51.

³⁰ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 14.

³¹ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 367.

³² Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 16, nota de rodapé nº 3.

Nessa senda, demonstrar-se-á, inicialmente, que a rigidez da fórmula contida no art. 2º da Constituição foi mitigada pela inclusão de outros órgãos e instrumentos, de modo que cabe ao estudioso e ao operador do Direito tentar compreender e pôr em prática essa engrenagem constitucional. A seguir, tendo se apresentado a função de controle como uma das funções tipicamente estatais, examinar-se-ão as formas pelas quais lhe incumbe garantir os direitos fundamentais.

1.1.1 Da separação e especialização de funções a partir do desenvolvimento das atribuições do Estado

Como afirmado por Hesse³³, o princípio da divisão de Poderes não deve ser tido como dogma de validade atemporal, mas como um princípio histórico. Em sentido semelhante, Loewenstein destaca a série inacabável de sociedades estatais que tiveram lugar ao longo da História e a incrível variedade de técnicas de governo que nelas se praticou³⁴.

A despeito da possibilidade de se verificar um germe da teoria na *Política* de Aristóteles e nos escritos de Políbio³⁵, parece mais adequado considerar o estágio atual do princípio como resultado de um processo iniciado a partir da formação do Estado Moderno e dos trabalhos de Jean Bodin e Thomas Hobbes. Se não cabe desdenhar da influência que as ideias preconizadas na Antiguidade Clássica tiveram sobre os pensadores modernos, tampouco se deve pretender aplicá-las a situações sequer cogitadas quando de sua formulação.

Assim, a doutrina da soberania proposta do século XVI em diante e o elenco de tarefas cometidas ao Estado, elaborado por Bodin, Hobbes e outros, põem-se como passo indispensável para as teses que se seguiriam e para a configuração do Estado contemporâneo³⁶. Deve-se a eles a fundamentação ideológica da construção do Estado

³³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 368. Demonstrando historicamente a correção de tal assertiva, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, *passim*; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, *passim*.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 41.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 112.

³⁶ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 33.

de poder concentrado nas mãos de um monarca com autoridade para promulgar e revogar as leis³⁷.

Com Hobbes³⁸, firma-se o princípio da soberania dos poderes públicos, oriundos do contrato social, do consentimento dos indivíduos, cumprindo ao soberano – e somente a ele – fazer a ordem e o Direito com base em suas leis. Servindo à causa absolutista dos Stuart na Grã-Bretanha, Hobbes teve sua doutrina transformada por Locke, que servia à causa contrária, vitoriosa ao final³⁹.

O surgimento de diversas propostas de repartição do poder por meio da divisão das funções estatais foi proporcionado, em grande monta, pela realidade política inglesa do século XVII, em especial, pelos conflitos que lá tiveram lugar – as Revoluções Puritana (1642-1651) e Gloriosa (1688-1689). Em 1642, pouco antes do início do conflito que seria encerrado com sua execução, o próprio monarca Charles I elaborou um modelo que combinava governo misto e divisão de tarefas, de modo que houvesse um mútuo controle entre os detentores do poder⁴⁰.

Diversos na configuração e nos meios advogados, tais programas também divergem quanto a seus fins, uns com vista à contenção do exercício arbitrário do poder, outros focados na eficiência governamental, a ser alcançada por meio da divisão de tarefas⁴¹.

Publicando seus principais trabalhos no crepúsculo da Revolução Gloriosa, John Locke legou, sob o influxo de tais eventos e teses, se não a mais inovadora, a mais prestigiada forma de separação de Poderes apresentada no século XVII. O pensador inglês dividiu as funções estatais em três (legislativa, executiva e federativa)⁴², mas atribuiu-as a apenas dois órgãos (Rei e Parlamento)⁴³.

³⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 35-36; VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 150.

³⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, partes 2 e 3.

³⁹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 148-150.

⁴⁰ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 42.

⁴¹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 40-42.

⁴² LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 329-330. Embora não a tenha caracterizado como função específica, Locke não desconsidera a existência de uma função de julgar os litígios, cf. p. 291 e 324. Em convergência, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 65; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 50, nota de rodapé nº 74.

⁴³ LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 331.

Em sua construção, ressalta-se a ideia de contenção do poder, tanto assim que acompanhada da formulação de direitos qualificados como “naturais”, oponíveis contra o Estado, como o direito de propriedade, a liberdade de culto e de opinião e o direito de resistência dos súditos em face da tirania. Não à toa, Villey atribui à influência de Locke o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “[o] objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”⁴⁴.

Com a Revolução Gloriosa, no campo fático, e as ideias de Locke, no teórico, teve início a derrocada da concentração de poderes⁴⁵. O Parlamento Inglês, que já conquistara no século XIII um relativo poder sobre as finanças estatais⁴⁶, logrou tomar para si a “função deliberativa legislativa”, por meio da elaboração de normas gerais e obrigatórias para todos os indivíduos de um Estado que se encontram em determinadas situações⁴⁷.

O estabelecimento da bipartição de Poderes representou a conciliação da supremacia legislativa, tão característica dos ingleses desde a Idade Moderna, com a ideia da separação de Poderes. Subjacentes a esse concerto, estão as máximas de que o governante deve atuar em conformidade com as leis e de que a autoridade de tais leis deriva do consentimento do povo, levando à mais antiga divisão de funções: de um lado, a feitura da lei; de outro, sua execução⁴⁸.

Embora a ênfase das análises sobre a divisão de Poderes, em geral, e o pensamento de Locke, em especial, recaia sobre a garantia das liberdades e a prevenção contra o arbítrio⁴⁹, há que se ter em conta que, como Marsilius de Pádua, o ideólogo

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 13 out. 2017. No original: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression”. Cf. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, 157-159.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 44.

⁴⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 8; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 25.

⁴⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 176.

⁴⁸ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 63-64.

⁴⁹ Cf. LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 291-294; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 443; AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo,

inglês propunha uma distribuição de funções alicerçada na divisão do trabalho, pelo bem da eficiência do Estado⁵⁰.

Finda a Revolução Gloriosa, uma contenda relacionada à sucessão do trono inglês levou o Parlamento a editar, em 1701, o *Act of Settlement*. Corroborando o definido no *Bill of Rights* de 1689, no qual constara que a Coroa e o Governo deveriam ser transferidos para e exercidos por indivíduos protestantes⁵¹, esse ato legislativo excluiu da sucessão os indivíduos de fé católica⁵².

Porém, mais importante no que concerne ao desenvolvimento do Estado e de suas funções, o *Act of Settlement* dotou os juízes daquilo que viria a caracterizar primordialmente sua atuação: a independência. Estabelecendo que os magistrados exerceriam suas competências enquanto as bem desempenhassem, e não enquanto dispusessem do beneplácito real, o Parlamento britânico independizou o Poder Judiciário⁵³. Nascia o juiz submetido à lei – exclusivamente à lei –, conforme ditada pelo legislador ou conforme encontrada na consciência comum da comunidade⁵⁴.

Mais de quatro décadas após o *Act of Settlement*, veio a lume “O Espírito das Leis”, de Montesquieu. Martín-Retortillo Baquer definiu primorosamente o impacto e o uso que essa obra teve no universo juspolítico nos últimos 270 anos:

Livro, é claro, respeitado, apreciado, citado, discutido, manipulado, deformado, apoio de numerosas realizações e construções sociais, modelo de diversas leis e mesmo de constituições, não faltam casos de sua utilização com pouco rigor ou enorme liberdade.⁵⁵

2005, p. 178-179; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 55.

⁵⁰ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 64 e 67.

⁵¹ REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *Bill of Rights* (1689). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 14 out. 2017. No original: “the said Crowne and Government shall from time to time descend to and be enjoyed by such person or persons being Protestants”.

⁵² REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *Act of Settlement* (1701). Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2/section/I>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

⁵³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 52-53. Em sentido semelhante, cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 98-99; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 229.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 294.

⁵⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 4, set./dez. 1989, p. 48. No original: “Libro, por supuesto, que ha sido fuente de los más variados usos: respetado, apreciado, citado, esgrimido, manipulado, estirado, deformado, apoyo de numerosas realizaciones y

Aquilo que ficou para o mundo como a tripartição de Montesquieu consta do Capítulo VI do Livro XI de sua obra-prima, o qual, a despeito de conter inovações, parte, como indica o título dessa seção, de sua compreensão “da Constituição da Inglaterra”⁵⁶. Seguindo as novidades políticas britânicas, o francês referiu a existência de três espécies de poder: o legislativo, responsável por criar e revogar as leis; o executivo “das coisas que dependem do direito das gentes”, por meio do qual far-se-ia a paz ou a guerra e instaurar-se-ia a segurança; e o executivo das coisas que dependem do direito civil, pelo qual os criminosos seriam punidos e as querelas entre particulares seriam dirimidas – em suma o “poder de julgar”⁵⁷.

Ao tratar da função que mais recentemente se autonomizara e afirmar categoricamente sua diferenciação das outras duas, Montesquieu deixou claro que seu ideal para os juízes é que não fossem mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei”⁵⁸, ou seja, um poder que aplica mecanicamente o que previamente estipulado pelo legislador. A Assembleia Nacional, que promulgou a Constituição Francesa de 1791, pretendeu aplicar tais palavras ao pé da letra, conforme se observa em seu artigo 3º: “Os tribunais não podem nem interferir no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem executar as funções administrativas ou convocar os administradores em razão de suas funções”⁵⁹.

Contudo, o modelo de Montesquieu expressamente prevê que os Poderes sejam “obrigados a avançar concertadamente”⁶⁰. Sua contribuição maior deve ser vista, pois, na ideia de freios e contrapesos entre os Poderes Executivo e Legislativo – com o

construcciones sociales, plantilla de abundantes leyes y aun constituciones, no escasean los supuestos de utilización con bien poco rigor o con enorme libertad”.

⁵⁶ Há, todavia, doutrina segundo a qual Montesquieu não estava propriamente descrevendo o sistema político inglês, mas sim criando um tipo ideal de “constituição da liberdade”, tendo a Inglaterra como fonte, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 93. Para uma análise do referido capítulo da obra de Montesquieu, cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O espírito das leis*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 97, v. 868, fev. 2008, p. 53-68.

⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167-168.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

⁵⁹ REPÚBLICA FRANCESA. *Constitution de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 15 out. 2017. No original: “Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 176.

Judiciário afastado desse ponto específico do arranjo pelo fato de o pensador francês tê-lo por politicamente nulo, neutro, apesar de igualmente independente⁶¹.

Insurgindo-se contra a corriqueira interpretação de que Montesquieu propôs uma estrita separação de Poderes⁶², Eros Grau considera a ênfase na separação – e não na interdependência – entre os Poderes “um dos mitos mais eficazes do Estado liberal”⁶³. Tal “mito” restou consolidado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o qual, segundo Bobbio, “confunde ‘Constituição’ com ‘boa Constituição’, ou melhor, com a Constituição considerada boa em determinado contexto histórico”⁶⁴.

Como alertado por Martín-Retortillo Baquer, o trabalho de Montesquieu foi lido de diversas formas e aplicado de tantas outras⁶⁵. Alguns não consideram haver ali um princípio para organização estatal e distribuição de competências⁶⁶, outros enxergam claramente uma “guinada funcionalista” que continua a obra de Locke⁶⁷.

Fora da Europa e antes mesmo da eclosão da Revolução Francesa, James Madison, em artigos que, junto a outros de Alexander Hamilton e John Jay, ficaram conhecidos como *The federalist papers*, defendeu uma tripartição indubitavelmente

⁶¹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 96, 102-103. Em termos de inovação, Vile (p. 96) reputa a clareza da tripartição em Legislativo, Executivo e Judiciário como o contributo de maior relevância de Montesquieu.

⁶² Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 131. Cezar Saldanha Souza Junior fala na “alocação, a mais exclusiva e separada possível, para cada órgão social, de uma das funções políticas” e na “garantia da pureza funcional”, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 57-58.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 222. Dois séculos antes, James Madison já afirmara: “On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other”, cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 149. Em tradução livre: “Ao mais trivial olhar sobre a Constituição Britânica percebe-se que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não são de forma alguma totalmente separados e distintos um do outro”. No mesmo sentido de Madison, enfatizando a cooperação entre os órgãos, cf. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 179.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 133. O art. 16 da Declaração dispõe que “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 13 out. 2017. Em tradução livre: “Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não está assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não possui Constituição”.

⁶⁵ Para uma análise das dissonantes leituras de Montesquieu, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 94 e seguintes.

⁶⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 400.

⁶⁷ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 15.

embasada em Montesquieu, ainda que não idêntica à construção deste⁶⁸. Com efeito, as diferenças entre as propostas de Madison e Montesquieu e a influência dos *founding fathers* estadunidenses impedem que a tripartição dos Poderes seja vislumbrada como uma teoria única e monolítica.

Nesse sentido, Eros Grau entende que, enquanto o ideário do pensador francês visava à promoção da liberdade individual e à contenção do poder, o de Madison voltava-se para a otimização do desempenho das funções estatais, com base no princípio da divisão do trabalho. Contudo, uma leitura direta de Madison não permite negar seu claro intuito de frear o risco da tirania e de defender a liberdade individual⁶⁹.

De todo modo, o Estado Liberal advindo das Revoluções Inglesas, Francesa e Americana e dos teóricos que com elas trocaram inspirações ensejou uma progressiva separação entre Política e Direito⁷⁰ e a viabilização da supremacia do Direito⁷¹, que viriam, por sua vez, a possibilitar a continuidade do desenvolvimento da especialização das funções estatais.

Não obstante as interpretações díspares, a verdade é que todo Estado surgido a partir do século XVIII tomou variadas doutrinas e exemplos de aplicação em outros Estados e construiu uma forma de divisão de funções entre os órgãos constitucionalmente estabelecidos. Seja porque a realidade sociopolítica dificilmente se repete em diferentes lugares, seja porque essas realidades distintas ensejam a formulação de novas teorias, a evolução constitucional nem para, nem segue linearmente⁷².

Veja-se, a título de exemplo, o caso do Brasil, cuja Carta outorgada em 1824 não trilhou o caminho tripartite acima descrito. Adotando a formulação de Benjamin Constant, o País teve como primeira forma de governo a monarquia parlamentar, peculiarizada pela presença de um Poder Moderador, exercido pelo Imperador não

⁶⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 149-151.

⁶⁹ Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, Federalist N. 47 a 51, em especial, p. 149, 153, 155, 157 e 160.

⁷⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 73.

⁷¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 62.

⁷² Em sentido semelhante e contra uma “ilusão de automatismo” a partir de esquemas teóricos, cf. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 4, set./dez. 1989, p. 50 e 63.

sujeito a qualquer espécie de responsabilidade (art. 99)⁷³. O art. 10 dessa Constituição era claro ao estabelecer a tetrapartição do poder, com a separação do poder real, neutro, e do poder ministerial, exercido por ministros politicamente responsáveis: eram “Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição” o Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judicial.

Com movimentos de independência e formação de Estados, o século XIX na Europa e nas Américas presenciou múltiplas formas de aplicação da divisão de funções. As transformações operadas ao longo dessa centúria far-se-iam sentir no alvorecer do século seguinte.

O Estado incumbido de preservar as conquistas dos três séculos anteriores passou, ademais, a ter de responder às palpitantes exigências de índole socioeconômica da população⁷⁴. Nas palavras de Hesse:

O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão do trabalho [...] e, na sua consequência, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado, conduziram à sua “pluralização” e à sua “democratização”. Eles puseram o Estado diante de tarefas novas e crescentes, porque a vida econômica, social e cultural moderna carece da planificação, guia e configuração [...].⁷⁵

Nessa senda, o surgimento do Estado Social reclamava novas transformações no exercício das funções estatais, de modo que o aparato jurídico-político passou a ser encarregado, também, de implementar finalidades previstas como direitos sociais⁷⁶. O fenômeno da racionalização do poder, com os avanços das ciências e dos estudos sociais, propiciou o fortalecimento do Poder Executivo⁷⁷ e, a seguir, um novo grau de especialização de funções: a institucionalização de uma Administração Pública imparcial, que forma, em seu conjunto, um “órgão” constitucional e serve, a um só tempo, ao legislador, ao Judiciário e ao governo corrente⁷⁸.

⁷³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 75-77 e 82.

⁷⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 530-531.

⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 31-32.

⁷⁶ COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

⁷⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 87-89.

A Administração deixou de ser mera vigilante para intervir na vida social de forma ativamente configuradora. Por conseguinte, o reconhecimento pelo Direito de uma Administração marcada por seu caráter permanente, profissional, técnico e imparcial e o estabelecimento de regras de competência e procedimento acabaram por reforçar a função jurídica de distribuir o poder de decisão e legitimar seu exercício⁷⁹. A Administração Pública, apesar de inegavelmente relacionada com o Governo, restou inserida na realidade jurídico-constitucional como função autônoma⁸⁰.

É esse também o raciocínio de Ackerman, para quem “a separação de Poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também o status constitucional de tribunais e de agências administrativas”⁸¹. Nesse sentido, a independência da Administração, inaugurada constitucionalmente em 1919, em Weimar, deve ser tida como “apenas uma peça de um sistema novo e complexo de agenciamento de funções a instituições orgânicas previstas no Texto Maior”⁸².

A jurisdição administrativa, constituída de forma autônoma bem antes, com o *Conseil d'État* francês de 1799⁸³, assomou em importância a partir da transformação do Estado Legislativo em Estado Administrativo, o qual precisava lidar com os conflitos gerados pela proliferação de autoridades e tarefas desse ramo em processo de autonomização⁸⁴. É de todo sintomático que, em fins do século XX, onde não foram estabelecidas formas de controle alternativas ao esquema da tripartição – leia-se Estados Unidos e Inglaterra –, autores destaquem, junto ao surgimento da Administração como uma quarta função autônoma, o descaso de publicistas em relação

⁷⁹ A respeito das funções do Direito com o advento do Estado Social, cf. REHBINDER, Manfred. Las funciones del Derecho. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, vol. 8, n. 1-6, 1981, p. 126 e 132-135.

⁸⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 404.

⁸¹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639. No original: “[t]he separation of powers involves not only presidents and parliaments, but also the constitutional status of courts and administrative agencies”

⁸² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 92-93.

⁸³ Para o caminho trilhado até a constituição efetiva da jurisdição administrativa na França, cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 104-105; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 241-243. Convém mencionar, também, a existência, ao longo do período monárquico brasileiro, do Conselho de Estado, o qual, de acordo com Cirne Lima, presidia a “vida administrativa do país” e exercia jurisdição administrativa, cf. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 32 e 205-206.

⁸⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 307.

aos novos tipos de controle requeridos para que a burocracia não abuse de seu poder e não se torne um governo sem votos⁸⁵.

Previamente às transformações aludidas, ainda no século XIX, o crescimento do Estado e, notadamente, do Poder Executivo, levaram algumas constituições a prever uma função específica de controle financeiro – ou controle de contas – com órgãos próprios para exercê-la: é o caso, *v.g.*, da Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812 (*Constitución de Cádiz*), que fixou, em seu artigo 350, a *Contaduría Mayor de Cuentas*⁸⁶, e da Constituição da Bélgica de 1831, que instituiu, em seu artigo 116, a *Cour des Comptes*, para exame e liquidação das contas da administração geral⁸⁷⁻⁸⁸.

O desenvolvimento multifacetado da sociedade e do Estado – e, simbioticamente, do Direito – leva a uma contínua divisão do trabalho e especialização de funções, de modo que novos ramos da atividade estatal se destacam e demandam a criação de órgãos especiais para seu exercício⁸⁹. Seguindo esse curso um tanto natural, os séculos XIX e XX testemunharam a autonomização da função de controle, externa aos órgãos e agentes controlados. Na lição de Di Pietro⁹⁰, os meios de controle do

⁸⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 689; VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 399-400, 414-415 e 420. Em sentido contrário, manifestando a existência de tribunais administrativos independentes, na Inglaterra, e de comissões federais, nos Estados Unidos, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245.

⁸⁶ REINO DA ESPANHA. *Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de março de 1812*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/P-0004-00002.pdf>>. Acesso em: 15 de out. 2017. Esse órgão seria transformado, em 1828, no *Tribunal Mayor de Cuentas*, sendo considerado o precursor do atual *Tribunal de Cuentas*, cf. MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. Función y esencia del Tribunal de Cuentas (1965). *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 3, n. 8, 2001, p. 165.

⁸⁷ REINO DA BÉLGICA. *Constitution de la Belgique*. Disponível em: <<https://unionisme.be/Constitution.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017. O texto do art. 116 da Constituição belga promulgada em 1831 foi acrescido de dois parágrafos e renumerado para o atual art. 180 por reforma constitucional em 2014, para tratar do controle da Corte de Contas sobre as comunidades e regiões que compõem o Reino da Bélgica. Disponível em: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

⁸⁸ Embora o Tribunal de Contas tenha surgido na França, com a promulgação, por Napoleão, da *Loi de 16 septembre de 1807*, a constitucionalização da *Cour des Comptes* e de suas respectivas funções deu-se mais tardiamente que na Espanha e na Bélgica, com a Constituição de 1946, que instituiu a IV República. Cf. REPÚBLICA FRANCESA. *Cour des Comptes. Histoire de la Cour des Comptes*. Disponível em: <<https://www.ccomptes.fr/fr/histoire-de-la-cour-des-comptes>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

⁸⁹ Cf., nesse sentido, AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 175-177; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 97-100.

⁹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Versão digital.

Estado mínimo tornaram-se inadequados ou insuficientes com o advento do Estado Social.

Os processos parlamentares continuavam basicamente os mesmos, mas a função do Parlamento ganhava infinitamente em complexidade⁹¹. O controle parlamentar mostrava-se meramente formal, despreparado e insuficiente para lidar com o aparato burocrático dotado do encargo de levar a efeito as tarefas estatais⁹². Para verificar a conformidade das atividades dos técnicos no uso dos recursos públicos, fazia-se necessário um controle ao mesmo tempo profissionalizado e autônomo, isto é, habilitado tecnicamente e não sujeito a ingerências políticas.

Nessa toada, a autonomia da função de controle revelou-se um imperativo de ordem prática⁹³. O controle externo por um órgão especializado resultou, portanto, de três constatações circunstanciais: o crescimento do Estado e de suas atribuições em face da sociedade; a relativa separação – de fato ou de direito – entre a Administração e o Poder Executivo (poder político); e a incapacidade do Poder Legislativo para controlar devidamente a atividade econômico-financeira do Estado⁹⁴.

Cumprir destacar que a forma na qual a função de controle externo é exercida e o tipo de órgão que dela é incumbido, como não poderia deixar de ser, varia conforme o ordenamento jurídico. Para fins de classificação, a doutrina costuma citar dois modelos: o de Controladoria, caracterizado por um órgão não colegiado e não dotado, em regra, de poderes coercitivos, e o de Tribunal de Contas, em que há órgão colegiado com competências sancionadoras⁹⁵⁻⁹⁶. Desde 1890, o Brasil adotou o segundo padrão, que veio a ser constitucionalizado com a primeira Constituição da República, em 1891.

⁹¹ CAMPOS, 1941 *apud* GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 182.

⁹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 307.

⁹³ Entendendo a separação de Poderes em geral como “um valor pragmático de distribuição das funções do Estado”, cf. CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 511.

⁹⁴ Sobre a incapacidade do Poder Legislativo para a atividade de controle econômico-financeiro, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 123. No mesmo sentido, tratando da autonomização do controle externo na Espanha, cf. RUDI ÚBEDA, Luisa Fernanda. Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas. *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 4, n. 12, 2002, p. 145.

⁹⁵ LIMA, Dagomar Henriques. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 111, jan./abr. 2008, p. 35; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136-138.

⁹⁶ Ana Carla Bliacheriene e Renato Jorge Brown Ribeiro aduzem que o modelo Tribunal de Contas teve origem na França do século XVII, datando do século XIX a evolução em direção republicana. Cf. BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Fiscalização financeira e orçamentária:

Quando da defesa da inclusão do Tribunal de Contas na Constituição de 1891, destacando a importância ímpar da lei orçamentária para o “mecanismo administrativo e político de um povo”, Ruy Barbosa consignou que se tratava de órgão com uma função específica de controle financeiro, uma “magistratura intermediária” entre a Administração e a Legislatura⁹⁷. Dessa forma, o Brasil republicano abandonou a tetrapartição do poder para adotar a tripartição presidencialista estadunidense, mas com o adendo desse peculiar órgão, de inspiração europeia, responsável pelo controle externo das contas públicas.

O século XX ainda veria o surgimento de mais uma função específica, a de guarda da Constituição, de “defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia”, a ser exercida idealmente por um Tribunal Constitucional⁹⁸. A separação com órgão específico para garantir a supremacia constitucional foi adotada em boa parte dos países da Europa ocidental a partir do segundo pós-guerra, *e.g.*, Alemanha, em 1949, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978.

A evolução do Estado e a paulatina autonomização de órgãos constitucionais e funções estatais mostram a superação da ideia de que todas as atribuições do ente político cabem na divisão em legislativo, executivo e judiciário e a afirmação do pensamento de que o importante é, com efeito, a definição constitucional de competências e controles mútuos entre órgãos especializados⁹⁹.

Embora alerte para a cautela que se deve ter na criação de novos centros de poder independentes, de modo a não se subverter um de seus fundamentos, qual seja, a democracia, Ackerman esclarece que se dividem as funções visando também à profissionalização da Administração e à proteção dos direitos fundamentais¹⁰⁰. Longe

controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1216.

⁹⁷ BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 449.

⁹⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 121. Sobre a autonomia e competência do Tribunal Constitucional, a referência fundamental é seu idealizador, Hans Kelsen, cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, em especial, p. 150-164.

⁹⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 370.

¹⁰⁰ Cf. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 18; ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639/640.

de ter perdido importância, o debate sobre a separação de Poderes apenas se transforma e ganha novos contornos, como parte do processo histórico sempre subjacente a esse princípio. Buscando a melhor forma de governo – em sentido lato –, os órgãos de soberania são configurados e combinados de distintas maneiras em diferentes lugares.

No Brasil contemporâneo, a despeito de ter previsto como Poderes apenas o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a Constituição de 1988 previu como órgãos constitucionais autônomos o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais, em diversos aspectos, aproximam-se do que Ackerman chamou de *constitutional watchdogs* e *integrity branch*¹⁰¹⁻¹⁰². Como explica Ricardo Lobo Torres, ao discorrer sobre a figura do Tribunal de Contas na Constituição Cidadã, o rígido esquema da separação de Poderes já não basta para explicar a independência e a responsabilidade dessa Corte, que desborda dos limites estreitos da divisão clássica¹⁰³.

A ideia moderna de constitucionalismo envolve, basicamente, desenho institucional e direitos fundamentais¹⁰⁴. Se o Tribunal de Contas, no exercício da função autônoma de controle externo, está inserido na divisão de funções constitucionais e no sistema de freios e contrapesos vigente, como aqui se defende, ele deve exercer um papel na realização do principal desiderato da presente quadra constitucional: a efetivação dos direitos fundamentais. Cumpre, pois, examinar de que forma a função de controle externo contribui para coibir o arbítrio e promover direitos.

1.1.2 Da função de controle externo como garantia de direitos fundamentais

A análise da evolução das funções estatais no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo não prescinde do estudo do tema sob a ótica dos direitos fundamentais. A partir do século XVIII, de maneira quase invariavelmente crescente, a posição do indivíduo em face do Estado – e mesmo de seus concidadãos – tomou a dianteira assim na academia como na experiência prática.

¹⁰¹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 691-692. Em tradução livre, seriam como “cães de guarda da Constituição”, integrantes de um órgão autônomo responsável por verificar a correção dos procedimentos e condutas alheios.

¹⁰² Vale lembrar que, com as emendas constitucionais nº 45/2004 e 74/2013, atribuiu-se às Defensorias Públicas a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária.

¹⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 41.

¹⁰⁴ TUSHNET, Mark. Comparative constitutional law. In: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMAN, Mathias (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2008, p. 1230.

O Estado deixou, pois, de ser o centro das atenções, cedendo lugar às pessoas. Daí o acerto da constatação da perda, pelo poder político, de seu caráter de comandante, tornando-se um poder ao qual se atribuem funções sociais. Essas funções consubstanciam-se em deveres a cargo dos exercentes do poder político, sendo tais obrigações o elo entre o Estado e os indivíduos¹⁰⁵.

Nesse sentido, o Estado tem subtraída não apenas sua centralidade, mas também parte de sua essência, na medida em que deixa de ser encarado como fim para ser caracterizado como instrumento a serviço dos indivíduos e da sociedade, na forma disposta no texto constitucional, responsável por uma transformação social adequada¹⁰⁶. Uma vez que o ente político se desdobrou em múltiplos órgãos e funções, adquiriu dimensão de pluralidade e de especialização¹⁰⁷, tendo sempre como norte a realização dos direitos fundamentais albergados no ordenamento jurídico respectivo¹⁰⁸.

Não obstante os primeiros traços da função de controle externo sejam anteriores ao movimento constitucionalista, não resta dúvida de que seu desenvolvimento e sua autonomia só foram possibilitados pelo advento das noções modernas de limitação do poder, república e democracia¹⁰⁹. Uma evidência do que se afirma está na inclusão, no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do direito da sociedade, enquanto coletividade, de demandar dos agentes públicos a prestação de contas de suas atividades¹¹⁰.

A previsão desse direito coletivo seria por certo esvaziada se não trouxesse consigo um dever correspondente. O direito da sociedade e o dever da Administração Pública são faces de uma mesma moeda, e razões de ordem pragmática levaram, como aludido, à criação de instituições como o Tribunal de Contas, encarado como um meio

¹⁰⁵ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 1. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 317.

¹⁰⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 376.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 20.

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 232.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Os Tribunais de Contas diante dos direitos fundamentais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Versão digital.

¹¹⁰ No original : “La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

para tornar tal direito-dever eficaz¹¹¹. Paralelamente, o princípio da prestação de contas é referido como fundamento racional da existência desses órgãos¹¹².

A Constituição de 1988 alçou tal dever à condição de princípio sensível¹¹³, cujo não atendimento enseja intervenção de um ente federativo em outro (art. 34, VII, d)¹¹⁴. Isso permite notar que o constituinte privilegiou, no princípio, a face da obrigação, a qual justifica não apenas a existência, mas toda a gama de deveres-poderes do Tribunal de Contas.

Evidentemente não se pode ver a prestação de contas como mera apresentação dos atos administrativos, contratos e dispêndios realizados pelo Poder Público. A publicidade é, sem dúvida, o requisito primeiro do dever, mas a plenitude de seu atendimento exige a correção desses atos, tanto em termos de legalidade como de moralidade e finalidade¹¹⁵. Nesse ponto, o Tribunal de Contas assoma em importância, na medida em que sua atuação se relaciona com a necessária criação de instrumentos e condições para a eficácia social do princípio republicano¹¹⁶.

A função de controle externo, como toda função autônoma, tem finalidades específicas que devem ser alcançadas e que fundamentam os deveres-poderes atribuídos ao órgão incumbido da função. Ruy Barbosa, ao defender a criação do Tribunal de Contas no Brasil, no crepúsculo do século XIX, falava justamente no dever de assegurar o cumprimento da missão da execução orçamentária: satisfazer as necessidades públicas com o menor sacrifício possível. Assim é que, à Corte de Contas, foram cometidas competências que podem ser tidas como o instrumental para a proteção do erário e a garantia da boa administração.

A fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, mediante controle externo, tem por base a ideia de democracia e soberania popular, a visão de

¹¹¹ BRITTO, Carlos Ayres. O dever da prestação de contas na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 13, mar. 1987/jun. 1990, p. 39-40.

¹¹² MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. Función y esencia del Tribunal de Cuentas (1965). *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 3, n. 8, 2001, p. 173.

¹¹³ Interessante notar que Paulo Modesto inclui o dever de prestar contas no próprio conceito de administração e função administrativa. Cf. MODESTO, Paulo. Função Administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 220 e 222.

¹¹⁴ Sobre a relação entre o princípio da prestação de contas como princípio sensível, o regime democrático e o Tribunal de Contas, cf. BORJA, Célio. Competência constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 19, n. 40, abr./jun. 1998, p. 27.

¹¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O dever da prestação de contas na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 13, mar. 1987/jun. 1990, p. 41-42.

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo. Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 90.

uma coletividade cidadã e contribuinte à qual se deve garantir a vigilância da “execução do plano prospectivo de ingressos e gastos na satisfação das necessidades públicas e regulação econômica e social através da atividade financeira”¹¹⁷. Nesse diapasão, destaca-se a imprescindibilidade de se estudar o Tribunal de Contas sob a perspectiva dos direitos fundamentais¹¹⁸.

A CF/88 transformou o Tribunal de Contas em instrumento democrático de fiscalização, que permite à sociedade conhecer e avaliar os atos da Administração Pública¹¹⁹. Por conseguinte, como “uma das estruturas políticas da soberania”¹²⁰, cabe ao órgão zelar para que o gestor público não se afaste dos direitos fundamentais¹²¹.

No estudo da doutrina referente aos direitos fundamentais, é comum encontrar classificações baseadas em momentos históricos e tipos de direitos que comporiam dimensões ou gerações. Contudo, no que diz respeito aos Poderes constituídos, as espécies de direitos não se diferenciam para além daqueles que visam impedir os malefícios desses Poderes e os que buscam obter os benefícios de sua atuação¹²². Cumpre, assim, analisar de que forma a função de controle externo limita o poder e promove a realização de direitos fundamentais na Constituição de 1988.

1.1.2.1 Da função de controle externo como meio de limitação do poder

Oriundo do contexto criado pelo movimento constitucionalista e pelas revoluções do século XVIII, o Direito Administrativo nasceu sob o influxo de dois

¹¹⁷ RAMIREZ CARDONA, 1970 *apud* SILVA. José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 373.

¹¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 33.

¹¹⁹ CAMARGO, Guilherme Bueno. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 784.

¹²⁰ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 104. Aliomar Baleeiro, ao argumentar, sob a égide da CF/46, que o Tribunal de Contas não pode ser visto como mero órgão administrativo, remete à sua origem “imediate” na Constituição e à função “essencialmente política” da instituição, cf. BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 11.

¹²¹ NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

¹²² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

princípios fundamentais: o da separação de Poderes e o da legalidade¹²³. A noção de Estado de Direito que ali emergia não se restringiria à submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico, reclamando a existência de instituições capazes de garantir a observância da lei¹²⁴.

A atribuição de poderes, desde então, já não podia ser compreendida sem que tivesse por fundamento o interesse público e sem que se estatuíssem salvaguardas contra a distorção desses poderes em prejuízo da sociedade¹²⁵. No âmbito das finanças públicas, no continente europeu e, posteriormente, no Brasil, o Tribunal de Contas representou parte da solução alvitada para responder a tal exigência.

Trata-se, com efeito, de um aprofundamento do controle político criado séculos antes, que não fazia muito mais do que autorizar dispêndios e liberar recursos. Com a Corte de Contas, a sociedade passa a contar com um meio técnico adequado para verificar se o poder não está sendo exercido em dissonância do bem comum, o que se mostra imprescindível para que orçamento e democracia caminhem juntos¹²⁶. Nessa vereda, há que se aquiescer à doutrina que vê o controle de contas como legitimador do tributo, a receber vasto estímulo constitucional como co-garantidor da higidez do ordenamento jurídico¹²⁷.

O art. 1º da Constituição de 1988 declara que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. A expressão, malgrado sua imprecisão, confere um norte para a conformação dos entes e órgãos que formam o Estado brasileiro. Da locução Estado Democrático, extrai-se o regime que congrega um arranjo de instituições em que o governo depende do povo e objetiva atender a seus interesses¹²⁸. Do princípio do Estado de Direito, por sua vez, deflui o sentido

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discrecionalidade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Versão digital.

¹²⁵ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 125. No original: “(...) in all cases where power is to be conferred, the point first to be decided is, whether such a power be necessary to the public good; as the next will be, in case of an affirmative decision, to guard as effectually as possible against a perversion of the power to the public detriment”.

¹²⁶ BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 12.

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 44.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-61.

garantístico da Constituição, no sentido de que o Estado tem como razão de ser a proteção dos direitos fundamentais¹²⁹.

Assim é que se interseccionam separação de funções, deveres-poderes, direitos fundamentais, interesse público, e garantias institucionais ou normativas¹³⁰. O controle de contas insere-se, portanto, como instrumento assecuratório de limitação do poder e de proteção da sociedade, na medida em que se presta a inibir o exercício arbitrário da autoridade e a malversação de recursos públicos.

Conquanto nem sempre a Constituição seja clara na demarcação de competências, a limitação e a proteção a cargo do Tribunal de Contas assumem feições distintas daquelas típicas do Poder Judiciário. O Tribunal de Contas se posiciona como guardião do erário e, em matéria financeira-orçamentária, como garantidor do princípio republicano¹³¹.

Deixando de lado concepções idealistas sobre o Estado e o funcionamento da vida em comunidade, há que se reconhecer que o dinheiro é a mola propulsora do ente político. Hamilton não usa meias-palavras para isso asseverar: “o dinheiro é, de fato, considerado o princípio vital do corpo político, uma vez que sustenta sua vida e seu movimento e lhe possibilita exercer suas funções mais essenciais¹³²”.

Essa questão ganha saliência com o reavivamento do conceito de república como *res publica*, como coisa de todos, que deve ser vigiada “para que realmente satisfaça e realize os interesses comuns da sociedade”¹³³. Essa genérica “coisa de todos” foi posta sob o controle do Tribunal de Contas pela Constituição ao estabelecer o dever de prestar contas para qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, e ao atribuir

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

¹³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 498 e 502; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105-106.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 17.

¹³² HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 89. No original: “[m]oney is, with propriety, considered as the vital principle of the body politic; as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions”.

¹³³ COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 199.

à Corte a competência para julgar tais contas (art. 70, parágrafo único, e art. 71, II, CF/88)¹³⁴.

Esses deveres do gestor público e do Tribunal de Contas podem ser vistos sob o enfoque dos direitos individuais e coletivos, tal como faz Jacoby Fernandes, ao falar de um direito fundamental ao controle¹³⁵. Porém, mais acurado parece ser o entrelaçamento desses deveres dos órgãos e agentes públicos com aquilo que Bresser-Pereira chamou de “direitos republicanos”, para se referir ao conjunto de direitos coletivos que fazem o patrimônio público – econômico, ambiental e histórico-cultural – ser de todos e para todos¹³⁶. Nessa ótica, entre os direitos republicanos tipicamente relacionados ao trabalho do Tribunal de Contas, poderiam ser mencionados o direito a que as compras públicas sejam feitas com total lisura ou o direito a que não sejam contratados servidores efetivos sem concurso público.

A ideia subjacente é de que a sociedade – como cidadã ou como contribuinte – tem o direito de que os recursos públicos não sejam capturados por interesses individuais, corporativos ou políticos. Não à toa, o autor defende que, a rigor, as renúncias fiscais deveriam ser incluídas no conceito de *res publica*, por serem recursos públicos potenciais¹³⁷, o que se coaduna com o dispositivo constitucional que inclui a renúncia de receitas como objeto do controle externo (art. 70, *caput*, CF/88).

Se, como um todo, a história do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais confunde-se com a evolução do controle¹³⁸, é correto considerar a história constitucional brasileira como parte dessa realidade. Segundo Harada, de uma mera autorização para arrecadação de tributos, o orçamento passou a ser o processo de fiscalização financeira e de “cerceamento de tendências abusivas dos governantes”¹³⁹.

¹³⁴ Para uma análise dos bens e valores públicos sujeitos ao controle financeiro-orçamentário, cf. ATALIBA, Geraldo. Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 293-294.

¹³⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40-42.

¹³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Filosofia Política*. Nova Série, v. 1, 1997, *passim*.

¹³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Filosofia Política*. Nova Série, v. 1, 1997, p. 123, nota de rodapé nº 43.

¹³⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1210.

¹³⁹ HARADA, Kiyoshi. Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1257.

A Corte de Contas revela-se, por conseguinte, uma garantia institucional a resguardar a sociedade contra “mecanismos de fechamento de poder”¹⁴⁰.

Outrossim, a limitação da autoridade pelo órgão de controle externo pode ser encarada também sob a perspectiva de defesa da Administração Pública contra o próprio administrador¹⁴¹, na medida em que o Tribunal de Contas tem a função de impedir o desgoverno e a má administração¹⁴². O método tradicionalmente a cargo desses órgãos para perfazer seus misteres é o controle da legalidade, seja porque o orçamento, a despeito de todas as controvérsias sobre sua natureza jurídica¹⁴³, é, no Brasil, lei em sentido formal, seja porque a atuação da Administração encontra-se inexoravelmente adstrita ao que estabelece o ordenamento jurídico.

O art. 70, *caput*, da Constituição Federal determina que a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional seja feita tendo como parâmetro a legalidade. Por isso adequado reputar a existência do órgão de controle como defesa dos direitos individuais, assegurada reflexamente pelo controle de legalidade¹⁴⁴, isto é, pela submissão dos agentes públicos ao ordenamento jurídico¹⁴⁵.

Em idêntico sentido, Carlos Ayres Britto pontifica a preponderância, no controle externo, de dois aspectos: o controle das receitas e despesas em face da autorização orçamentária e a fiscalização da observância dos princípios regentes da Administração Pública, como a publicidade, a impessoalidade e a moralidade¹⁴⁶. É digno de nota que, antes mesmo de a Carta da República prever expressamente a

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 86.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 135.

¹⁴² BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.74.

¹⁴³ Para uma perspectiva de Direito Comparado acerca da natureza jurídica do orçamento, cf. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 287 e seguintes.

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

¹⁴⁵ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011, p. 112-113.

¹⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

moralidade como princípio de Direito Administrativo, Seabra Fagundes considerava o controle da moralidade administrativa o “grande sentido” da Corte de Contas¹⁴⁷.

Em consonância com essa posição – então de vanguarda – do jurista potiguar, mas ampliando a ideia, o constituinte impôs à função de controle um outro parâmetro de exame da atividade administrativa que se vincula com a moralidade: a legitimidade¹⁴⁸. Prevista ao lado da legalidade, não pode ser com esta confundida, porque desborda do limite estrito do enunciado normativo e mitiga ainda mais o risco da prática de atos arbitrários pelo Poder Público¹⁴⁹. Presta-se, ainda, para verificação das omissões administrativas, seguindo a ideia de que a Constituição é “a resposta ao poder que insiste em não se deixar obrigar juridicamente”¹⁵⁰.

Fica claro assim que, ao levar a efeito o controle com base nesses parâmetros de cunho precipuamente jurídico, o Tribunal de Contas tem por desiderato restringir diretamente o domínio dos detentores do poder. Nada obstante, o órgão de controle externo auxilia a limitação do poder também por meio de contributos ao aprofundamento da democracia.

Aceita-se, em geral, que a democracia constitui essencialmente um sistema de concorrência limpa pelo poder¹⁵¹, de modo que o conhecimento por parte dos cidadãos da forma como a autoridade vem sendo exercida é condição para que formule e manifeste preferências, ou, em outras palavras, para uma efetiva democracia¹⁵². Com efeito, isso não passa de uma aspiração, se os indivíduos não souberem como seus tributos vêm sendo empregados e se não houver um órgão apto a verificar se a vontade

¹⁴⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, ano X, n. 20, dez. 1979, p. 87. Convergindo com esse entendimento, cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*, n. 73, ano XVIII, jan./mar. 1985, p. 188. Ainda, em sentido semelhante, identificando uma função de colaborar na salvaguarda da probidade administrativa, cf. BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 13.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57-58.

¹⁴⁹ A extensão do controle com base no parâmetro de legitimidade será objeto dos itens 2.1.1.1 e 2.1.1.2, *infra*.

¹⁵⁰ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

¹⁵² Cf. DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. 1. ed. 3. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015, p. 26-29. Cumpre referir, porém, que, por entender que a democracia ideal envolve outras questões e exigências, Dahl chama os regimes democráticos efetivamente existentes de poliarquias.

do povo, corporificada no orçamento aprovado por seus representantes, está sendo obedecida¹⁵³.

A classificação de um sistema político como uma democracia constitucional depende, de acordo com Loewenstein, da distribuição do poder entre diversos órgãos, por meio dos quais os detentores do poder estejam submetidos ao controle dos “detentores supremos do poder”, isto é, do povo¹⁵⁴. Nesse aspecto, a função de controle externo sob responsabilidade do Tribunal de Contas ganha uma nova dimensão, porque, ao controlar técnica e diretamente a Administração, em nome da sociedade, leva a esta informações imprescindíveis para que tome decisões racionais e conscientes, convertendo-se, com isso, em instrumento da cidadania ativa¹⁵⁵.

Veja-se que a avaliação da atuação administrativa empreendida pela Corte de Contas, ao “traduzir” atos e procedimentos imperscrutáveis para os leigos¹⁵⁶ e sobre eles emitir uma opinião técnica, possibilita que os cidadãos ajam para limitar o poder e ver responsabilizados os agentes que deste abusarem, seja na arena político-eleitoral, seja na seara judicial. Nesse sentido, é válido notar que a relação entre o controle de contas e a cidadania constitui uma via de duas mãos, em razão da abertura democrática do controle resultante da ampla legitimidade para o oferecimento de denúncias ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º, CF/88)¹⁵⁷.

A necessidade de dotar os cidadãos de informações suficientes para que tomem suas decisões é uma das grandes questões da democracia desde Rousseau¹⁵⁸. Na

¹⁵³ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Os Tribunais de Contas diante dos direitos fundamentais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Versão digital.

¹⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 149.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 122-127.

¹⁵⁶ CAMARGO, Guilherme Bueno. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 773. No mesmo sentido, cf. SCAPIN, Romano. *A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2016, p. 28-29.

¹⁵⁷ SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar. 1989, p. 43; TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 270-271. Para uma análise específica do controle social por meio de denúncia ao Tribunal de Contas, cf. MAGALHÃES FILHO, Inácio. O controle social e as denúncias nos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, n. 36, jan./dez. 2010, p. 9-18.

¹⁵⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 10. Em sentido semelhante, destacando a

lição de Luís Roberto Barroso, a autonomia pública implica “o direito às condições necessárias para participar do debate público”¹⁵⁹.

Por vezes, contudo, o caráter sensível dos documentos públicos impõe a classificação destes como sigilosos, limitando o acesso apenas a quem detém a chamada “necessidade de conhecer”, nos termos da lei. Ciente da importância da Corte de Contas na defesa e no estímulo da democracia, o legislador federal vedou a utilização de qualquer pretexto para sonegar o acesso do órgão a documentos e informações públicos¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Tal dispositivo garante que não haverá ação pública desprovida do respectivo controle, mesmo nos casos em que não se pode garantir a plena liberdade de informação dos cidadãos. Com efeito, a não oponibilidade de sigilo às solicitações de informações do Tribunal de Contas permite o resguardo ao máximo do segredo indispensável à segurança da sociedade e do Estado ou à intimidade das pessoas, sem descuidar do dever de prestação de contas, sustentáculo da proteção do erário e da limitação do poder do gestor público.

Ilustrativo do ora defendido é o Acórdão 2.514/2010-Plenário, do Tribunal de Contas da União, em que se restringiu a classificação de determinadas despesas como sigilosas, por não preencherem os requisitos exigidos pela lei para limitação da publicidade¹⁶². Note-se que, neste caso, mais do que exercer uma fiscalização sobre atos administrativos cujo sigilo impossibilitaria o controle social, a Corte de Contas Federal determinou a adoção de medida apta a promover diretamente, doravante, a publicidade e a transparência de gastos públicos.

“relação simbiótica” entre o direito à informação e os direitos de participação democrática, cf. RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 266, maio/ago. 2014, p. 91.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. ‘Aqui, lá e em todo lugar’: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 101, vol. 919, maio 2012, p. 170.

¹⁶⁰ Art. 42 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU): “Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto”. Normas semelhantes foram incluídas nas leis orgânicas de diversos Tribunais de Contas estaduais e do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

¹⁶¹ A jurisprudência do STF ressalva a oponibilidade ao Tribunal de Contas do sigilo bancário previsto na Lei Complementar nº 105, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 22801/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Banco Central do Brasil e outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Menezes Direito. Brasília, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515133>>. Acesso em 18 jan. 2019.

¹⁶² Para uma análise da relação entre direito à informação e orçamento, inclusive sobre o acórdão referido, cf. SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, em especial, p. 228-229.

A “liberdade de informação” guarda estreita relação com a liberdade de opinião e a liberdade de expressão¹⁶³, alicerces de qualquer verdadeira democracia. A atuação do controle externo nessa seara confirma, pois, que a especialização funcional dos vários níveis de decisões jurídicas contribui para gerar um efeito estabilizador e assegurado da liberdade¹⁶⁴.

Como referido, os direitos fundamentais podem, por um lado, obstar as consequências negativas de um deturpado exercício dos poderes públicos e, por outro, proporcionar benefícios diretos e indiretos do agir estatal¹⁶⁵. Com efeito, no constitucionalismo contemporâneo, marcado por cartas que pretendem instituir o *welfare state* (Estado de bem-estar ou Estado-providência)¹⁶⁶, a proteção do erário é apenas uma parte da razão de ser do controle externo.

Para Hamilton, a definição de bom governo contém a ideia de uma “expedita e salutar execução das leis”¹⁶⁷. No Brasil regido pela Constituição Cidadã, a execução da maior das leis envolve a promoção de uma série de direitos, de modo que o Tribunal de Contas não pode mais restringir sua atuação controladora à limitação do poder.

1.1.2.2 Da função de controle externo como meio de promoção de direitos

A repartição do poder estatal, pretensamente conducente a sua moderação, tem como finalidade histórica fundamental a proteção da liberdade do particular¹⁶⁸. Contudo, se a liberdade dos modernos não pode ser confundida com a dos antigos¹⁶⁹, a

¹⁶³ SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 216-219.

¹⁶⁴ Sobre especialização funcional e seus efeitos de estabilização e garantia da liberdade, cf. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13. Em sentido semelhante, HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 377-378.

¹⁶⁵ Não se ignora, aqui, a clássica taxonomia dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões. Para os fins deste trabalho, contudo, tal classificação – uma entre várias possíveis – não se mostra pertinente. Sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, cf., por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562-572.

¹⁶⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 84.

¹⁶⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 110. No original: “(...) that prompt and salutary execution of the laws which enters the very definition of good government”.

¹⁶⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 365.

¹⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

concepção contemporânea de liberdade tampouco se identifica plenamente com a moderna.

As teorias dos direitos fundamentais e da democracia desenvolveram-se a ponto de consolidarem o entendimento de que a liberdade do indivíduo se vincula a um *status* social e material mínimo, para cujo alcance o Estado deve contribuir direta ou indiretamente. Evoluiu-se da liberdade em relação ao Estado para a liberdade no Estado e, enfim, para a liberdade por meio do Estado¹⁷⁰. A aquisição de condições econômicas e culturais representa, então, premissa necessária – embora não suficiente – para converter pessoas em cidadãos, isto é, em indivíduos aptos a participar efetivamente do governo¹⁷¹.

Com isso, os direitos fundamentais são dilargados e passam a abarcar interesses a serem promovidos pelo Poder Público, indo desde prestações positivas já clássicas, como o direito à saúde, até a criação e conformação de órgãos e procedimentos¹⁷². Nesse contexto, cresce a importância do Direito na execução dos novos deveres estatais, na medida em que o Direito Público, como um todo, torna-se responsável por configurar e operacionalizar as políticas públicas pensadas para dar conta dos reclamos sociais¹⁷³.

Na quadra constitucional inaugurada em meados do século XX, as demandas da sociedade ganham força porque convertidas em promessas constitucionais dotadas de normatividade, constituindo, portanto, direitos e deveres que são mais do que mera plataforma política¹⁷⁴. Os direitos fundamentais sociais positivados passam a consubstanciar objetivos estatais que impõem tarefas ao Estado e, enquanto compromissos jurídicos-constitucionais, sobrepõem-se aos objetivos políticos que eventualmente surjam¹⁷⁵. O aprofundamento da normatividade, do “dever-ser” constitucional, vem com o constitucionalismo do último quarto do século XX, inaugurado com a Constituição Portuguesa de 1976, a qual influenciou tanto o

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

¹⁷¹ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 1. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 290.

¹⁷² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 73.

¹⁷³ COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

¹⁷⁴ Em sentido semelhante, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 130.

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 170-171.

constituinte espanhol de 1978 quanto o brasileiro de 1988¹⁷⁶ – este inspirado também pela Constituição Espanhola¹⁷⁷.

Não obstante o constituinte de 1988 tenha preferido a fórmula “Estado Democrático de Direito”, não incluindo a expressão “social”, uma análise sistemática do texto constitucional basta para aduzir que a intenção do legislador maior foi constituir um Estado de bem-estar social¹⁷⁸. O art. 3º da CF/88, que traz os objetivos da República, inclui entre estes a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza, a mitigação das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum; o art. 6º traz uma vasta lista de direitos sociais, posteriormente alargada pelo constituinte derivado; o art. 7º elenca os igualmente amplos direitos dos trabalhadores. Por fim, dedicou-se um título à ordem social (artigos 193 a 232), com a prescrição de condutas, abstenções e objetivos gerais em áreas como seguridade social (saúde, assistência social e previdência), educação, cultura e família.

Pode-se notar aí a conversão do Direito em meio de planificação social e de consecução de progresso social¹⁷⁹, motivo pelo qual Grau ressalta as “normas-objetivo”, que acentuam a instrumentalização do Direito com vista à implementação de políticas públicas¹⁸⁰. De seu turno, o orçamento deixa de ser apenas um indispensável meio de controle do Parlamento e da sociedade para sobressair como aparato de planejamento da atuação estatal, expressando o esforço da Administração para concretizar os direitos fundamentais¹⁸¹.

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40-41.

¹⁷⁷ Para uma análise acerca da influência das Constituições Portuguesa e Espanhola sobre a Constituição Federal de 1988, mormente no que diz respeito a seus aspectos socioeconômicos, cf. SILVA, José Afonso da. *Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha/Brasil*. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 231-235.

¹⁷⁸ Note-se que, em Portugal, adotou-se a expressão “Estado de direito democrático” (art. 2º); na Espanha, “Estado social y democrático de derecho” (art. 1º).

¹⁷⁹ REHBINDER, Manfred. *Las funciones del Derecho*. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, vol. 8, n. 1-6, 1981, p. 135.

¹⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87.

¹⁸¹ NAGATA, Bruno Mitsuo. *A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 363. No mesmo sentido, cf. HARADA, Kiyoshi. *Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas: controle interno, controle externo e controle social do orçamento*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1272.

Em convergência com o que aqui se expõe, Ricardo Lobo Torres preleciona:

Também os gastos públicos estão inteiramente voltados para os direitos humanos. O serviço público, financiado com o dinheiro do Estado, neles encontra o seu fundamento e a sua finalidade. As prestações positivas do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, que compõem o *status positivus libertatis*, bem como a garantia do mínimo existencial, representada pelas prestações no campo da educação, saúde e assistência social e até a proteção dos direitos difusos, como acontece com o meio ambiente e os bens culturais, demandam o aporte de recursos públicos substanciais.¹⁸²

Isso reforça que o poder estatal só se justifica por sua destinação social¹⁸³, legitimando-se por meio da realização programada de finalidades coletivas¹⁸⁴. Em outras palavras, os serviços hábeis a promover direitos assumem a dianteira no elenco de prioridades públicas, reconhecendo-se que a atribuição de funções estatais também se baseia na fundamentalidade dos interesses a serem garantidos¹⁸⁵.

Entra em cena, pois, a noção de “boa administração”, como um dever jurídico-administrativo, a significar que o agir estatal deve se dar da maneira mais adequada para o alcance dos fins normativamente postos. Firma-se um conjunto de obrigações aos gestores públicos visando à adoção de medidas orientadas, material e temporalmente, ao atingimento dos objetivos traçados pelas normas, notadamente as constitucionais¹⁸⁶.

Ao assumir o encargo de administrar um ente ou um órgão, o gestor já se depara com um arcabouço jurídico-institucional que guia seu agir: a Constituição e outros atos normativos estabelecem a estrutura orgânica e suas competências, bem como os fins a serem perseguidos. O dever de boa administração constitui, para o agente público, o elo que densifica sua atuação, uma vez que impõe, sempre em concreto, condições e formas para a busca do interesse público.

¹⁸² TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 35.

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

¹⁸⁴ COMPARATO, 1997 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jan./mar. 2004. Versão digital.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105.

¹⁸⁶ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 64-67; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126. Em sentido aproximado, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42-43.

Dessa forma, o postulado da eficiência passa a jogar um papel de relevo na conformação da ação pública. Postulado – e não princípio propriamente dito –, porque não obriga à promoção de um fim específico, mas estrutura a aplicação do dever de promover uma ou várias finalidades¹⁸⁷. Tal qual o dever de boa administração, com o qual se relaciona umbilicalmente, o postulado (ou dever) de eficiência decorre simplesmente da atribuição de objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública¹⁸⁸.

É válido vislumbrar, a partir do dever de boa administração, um direito à boa administração. Contudo, opta-se por tratá-lo como dever (ou postulado), porque evita possíveis confusões entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos subjetivos. Como alerta Alexy, nem sempre que há uma norma instituidora de direitos fundamentais há uma norma que assegura esses direitos e os constitui como direitos subjetivos¹⁸⁹. Assim, ainda que haja um direito fundamental à boa administração, por estruturar a aplicação dos demais deveres estatais, sejam de abstenção, sejam de ação, parece preferível tratá-lo sob a perspectiva do dever.

Ademais, tratar a boa administração como uma norma implícita consubstanciada em um “feixe de princípios e regras” ou um “plexo de direitos (...) encartados numa síntese”¹⁹⁰ impede que se diferencie esse direito-dever de boa administração dos demais direitos que ele sintetizaria. Em oposição, considerá-lo um postulado permite justamente que ele atue como vetor estruturante da aplicação dos deveres específicos da Administração e dos direitos dos indivíduos, sem com ambos se confundir.

Para realizar as promessas constitucionais e concretizar, no plano fático, os direitos de segunda e terceira gerações (saúde, educação, cultura, meio ambiente etc.), o Poder Público lança mão de um conjunto de atos e processos que enformam as políticas públicas. Nesse sentido, os deveres de boa administração e de eficiência relacionam-se com a correta delimitação em termos de escopo e duração e com

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (2006). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 50. De forma similar, tratando de deveres que não dão origem a direitos subjetivos, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 81-86.

¹⁹⁰ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13 e 21.

periódicas avaliações e correções dessas ações públicas¹⁹¹, pressupostos para que logrem tornar-se efetivas.

Abordar a existência e a extensão desses deveres, aqui reputados parte da razão de ser da função de controle contemporânea, mostra-se decisivo pelo reconhecimento do fraco desempenho administrativo-governamental no que respeita à consecução de metas coletivas¹⁹² - ou, dito diretamente, à promoção de direitos constitucionalmente outorgados.

Nesse ponto, não parece adequada a antagonização apresentada por Patrícia Baptista entre o aperfeiçoamento do controle e a garantia da eficiência da Administração Pública¹⁹³. Por certo, o cumprimento das normas e a observância de rotinas burocráticas podem afetar negativamente o melhor atendimento às necessidades sociais. Contudo, os deveres de boa administração e de eficiência são obrigações que só podem ser plenamente definidas, em concreto, à luz do ordenamento jurídico que as fundamenta¹⁹⁴.

É precisamente a compreensão de que a boa administração e a eficiência estão inseridas no sistema jurídico que autoriza a defesa do alargamento do objeto do controle pelo Tribunal de Contas, a partir de novos padrões de aferimento do agir administrativo¹⁹⁵. Não é outro o entendimento de Juarez Freitas ao advogar a expansão da sindicabilidade da Administração Pública, com vista não apenas a corrigir o que é feito de forma inefetiva ou insuficiente, mas também a fazer agir o gestor omisso e inerte¹⁹⁶.

Fica patente, assim, a relação entre a atuação do controle externo – no caso brasileiro, do Tribunal de Contas –, a implementação de políticas públicas e a promoção de direitos. Não à toa, o constituinte de 1988 incluiu a fiscalização operacional, a

¹⁹¹ COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

¹⁹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

¹⁹³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

¹⁹⁴ Ideia similar, baseada em trabalho de Roman Schnur, pode ser encontrada em ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 198, *in verbis*: “A expressão *bem público* sempre representa a abreviatura daquilo que a Constituição entende por limites permitidos ou não”.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 19 e 24.

¹⁹⁶ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20 e 27.

verificação da gestão propriamente dita e de seus resultados, como atribuição do controle externo¹⁹⁷, na medida em que a gestão fiscal corresponde à expressão financeira das políticas públicas¹⁹⁸.

Interessante notar que a doutrina estrangeira corrobora o quanto aqui afirmado, ao defender uma superação da visão “judicialocêntrica” de defesa e promoção dos direitos fundamentais, em benefício de instituições independentes não judiciais preocupadas com a realização dos compromissos fundamentais do Estado¹⁹⁹. Faz-se digno de transcrição, por sua acurácia, o diagnóstico de Pierre e Peters:

A necessidade de controlar o poder governamental torna-se ainda mais evidente na implementação de políticas públicas. O tradicional conceito de *accountability* continua uma questão crucial para a governança, e *accountability* envolve de forma quase imanente a construção de instituições que possam monitorar o que acontece no processo de implementação e identificar erros ocorridos nesse processo.²⁰⁰

Enquanto atividade de verificação e comprovação que reclama parâmetros prévios de comparação (jurídicos, contábeis, econômicos) e deve apresentar, ao final, uma conclusão, um juízo²⁰¹, a fiscalização constitucional tem por desiderato aferir “até que ponto as autoridades públicas são cumpridoras dos seus deveres” para com os indivíduos e a coletividade²⁰². Sendo válido considerar que os poderes da Administração Pública se assemelham a poderes fiduciários²⁰³, por gerirem bens alheios e visarem a finalidades de outrem, o controle externo existe para conferir se os atos administrativos-financeiros dos gestores corresponderam à fidúcia neles depositada.

¹⁹⁷ Cf. NÓBREGA, Marcos. Controle do gasto público pelos tribunais de contas e os princípios da legalidade e da transparência: uma visão crítica. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, ano XXVII, n. 45, set. 2010, p. 39.

¹⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 111-112.

¹⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 641.

²⁰⁰ PIERRE; PETERS, 2005 *apud* FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63, nota de rodapé nº 59. No original: “The need to control governmental power is even more apparent as public policies are implemented. The old-fashioned concept of accountability remains a crucial question for governance, and accountability almost inherently involves the construction of institutions that can monitor what happens in the process of implementation and identify errors occurring in that process”.

²⁰¹ MUÑOZ CID, Manuel Ángel. El control de mérito frente a las auditorías “3E” de la Contraloría General de la República. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 10, abr. 2017, p. 132-133.

²⁰² BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 82.

²⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39.

Todavia, há que se esclarecer e enfatizar que, de regra, a atuação do Tribunal de Contas sobre as políticas públicas não corresponde a uma tutela direta e individual de direitos subjetivos dos particulares, referindo-se, isto sim, ao agir estatal decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁰⁴. Nessa toada, à Corte de Contas se impõe um conjunto de ações de controle que visa evitar a não execução ou a má execução do orçamento, bem como contribuir para que o Estado maximize os benefícios oriundos de sua gestão financeira²⁰⁵.

O processo legislativo-orçamentário nasceu como controle prévio da arrecadação de receitas e da realização de despesas públicas, desenvolvendo-se a ponto de fundamentar lógica e teleologicamente o controle financeiro concomitante e posterior²⁰⁶. Este controle, por sua vez, retroalimenta o processo a cargo do Legislativo a partir das fiscalizações empreendidas e dos juízos proferidos, tendo por parâmetros inafastáveis as promessas constitucionais e o planejamento orçamentário²⁰⁷.

O grau de realização desses compromissos evidencia o verdadeiro antagonismo na seara dos direitos prestacionais: de um lado, o dever estatal; de outro, a escassez de recursos para atender a todos os direitos constitucionalmente previstos²⁰⁸. As dificuldades para escolher prioridades e avaliar resultados põem-se fatalmente, seja pelo caráter irrealizável de parte das promessas, seja pela eventual impossibilidade de mensurar seu grau de cumprimento. Esses óbices apenas corroboram a existência e a relevância da vinculação entre a função de controle externo e a promoção de direitos.

Tendo nascido com atribuição “negativa”, no sentido de contenção, a função de controle progrediu para abarcar uma atribuição “positiva”, de assegurar, por meio da fiscalização das políticas públicas, a realização das promessas constitucionais. No Título IV da CF/88, que dispõe sobre a organização dos Poderes, estabeleceu-se o

²⁰⁴ Sobre a distinção entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais no que diz respeito ao controle da Administração, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 194-195.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Os Tribunais de Contas diante dos direitos fundamentais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Versão digital.

²⁰⁶ Em sentido semelhante, cf. BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1224; DALLAVERDE, Alexandra Katia. A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1248.

²⁰⁷ Um claro exemplo é a análise da aplicação dos percentuais mínimos da receita em saúde e educação, previstos respectivamente nos artigos 198, § 2º, e 212, da Constituição Federal.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140.

sistema de fiscalização da Administração Pública no Brasil, visando à realização daquilo que a Carta estipulou como deveres dos gestores públicos.

A par de um sistema de controle interno próprio de cada Poder (art. 74), instituiu-se um sistema de controle externo cuja efetivação passa, obrigatoriamente, por dois centros constitucionais de poder: o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas. Mostra-se imperativo, portanto, analisar de que forma o Parlamento e a Corte de Contas compartilham o exercício da função de controle externo.

1.2 DA AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988, à primeira vista, parece bastante clara ao dispor, em seu art. 70, *caput*, que a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da União será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo. Porém, na sempre repetida lição de Eros Grau, não se interpreta o Direito em tiras: para se compreender o texto e dele se extrair a norma, há que se ter em conta, além da questão estritamente semântica, seus contextos sistêmico (relação do texto com o sistema em que inserido) e funcional (teleologia do texto)²⁰⁹.

No que se refere ao controle externo estruturado constitucionalmente para o País, isso significa que pouco se pode concluir da leitura isolada da cabeça do artigo citado. Evidentemente tal dispositivo serve como “fundação” do sistema de controle externo nacional, mas não pode ser adequadamente compreendido quando lido sozinho, sem todo o complemento que sobre ele se sustenta.

Como demonstrar-se-á a seguir, o controle externo da Administração Pública pensado pelo constituinte não é exercido exclusivamente pelo Parlamento; mais do que isso, ele não pode ser exercido pelo Parlamento em caráter individual. A função de controle externo não prescinde de seu viés político expresso no Poder Legislativo, mas tampouco se cinge a este, reclamando, em diversos momentos, a atuação independente do Tribunal de Contas.

Consubstanciando fiscalização complexa e plural – em termos tanto subjetivos como objetivos –, que combina aspectos técnicos e aspectos políticos, o controle externo – em senso estrito, lembre-se – é uma espécie de controle *sui generis*. Embora

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86-87.

obviamente se relacione com a Administração e o controle administrativo, bem como com a Política e o controle político, é inconfundível com qualquer deles. Suas formas de atuação são outras, suas possibilidades e seus limites discrepam, assim como suas finalidades imediatas.

Por essa razão, importa definir, primeiramente e de maneira tão clara quanto possível, a função de controle externo como função estatal própria e autônoma, nem constituinte de, nem submetida a outras funções. A partir dessa individualização, será possível observar que se trata de função obrigatoriamente compartilhada pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas e que as competências que o constituinte legou a este são exercidas de forma independente do poder político.

Na medida em que a autonomia funcional dificilmente se consolidaria em uma situação de dependência financeira e organizacional, passar-se-á em seguida ao exame das garantias institucionais, direcionadas ora para o órgão como um todo, ora para seus membros. Tais garantias, agregadas, conformam a autonomia orgânica da Corte. Entende-se, assim, que o desiderato próprio da função de controle externo e sua configuração constitucional servem como fundamento – nos sentidos de base e de justificação – para sua segregação institucional²¹⁰.

1.2.1 Da autonomia funcional do Tribunal de Contas no exercício do controle externo

O Tribunal de Contas recebeu da Constituição Federal competências próprias que, não constituindo delegação de um Poder do Estado ou de outro órgão constitucional, são exercidas de maneira individual e independente²¹¹. Em outras palavras, defende-se que a Corte de Contas exerce suas atribuições de forma autônoma, sem interferência de outrem em suas deliberações.

Contudo, como aludido, revela-se necessário, previamente, tratar da veracidade e da pertinência da noção – aparentemente arraigada na doutrina e na jurisprudência pátrias – de que o Tribunal de Contas exerce atividade tipicamente administrativa. Para tanto, cumpre preliminarmente reforçar o conceito de função

²¹⁰ Não é demais esclarecer que o presente tópico presta-se ao exame da autonomia institucional do Tribunal de Contas a partir de referenciais normativos, não se confundindo, portanto, com análise de eventual abertura a ingerências político-partidárias, decorrente da forma de escolha e nomeação dos membros desse órgão.

²¹¹ Em sentido contrário, analisando a Corte de Contas sob a égide da Constituição de 1969 e entendendo que algumas de suas competências são exercidas por delegação, cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas: órgão constitucional, funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, jul./set. 1972, p. 5.

adotado e aclarar a importância da distinção – se existente – entre função administrativa e função de controle externo.

Na forma antecipada na Introdução deste trabalho, entende-se por função, basicamente, a situação em que alguém está incumbido do dever de buscar o atendimento de certa finalidade no interesse de outrem²¹². Extraem-se desse conceito os caracteres básicos de uma função, a saber, o sujeito dotado de deveres, os deveres (meios), o sujeito a cujo interesse a função serve (destinatário) e a finalidade visada (objetivo).

Essa ideia, principalmente no âmbito da Administração Pública, inova no tratamento das ações estatais, em primeiro lugar, ao identificar, como fator crucial de diferenciação das funções, a finalidade específica a que estão jungidas. Em complemento, inverte a visão tradicional ao tratar os meios empregados para o alcance da finalidade como deveres (deveres-poderes), e não mais simplesmente como poderes²¹³.

Dessa forma, a noção de função exposta pode ser apreendida como plexo de deveres-poderes (competências) atribuídos aos órgãos de soberania com vista à produção de efeitos necessários para a realização de uma determinada finalidade pública.

A distinção entre as funções, mais do que mera filigrana acadêmica, tem uma patente importância prática, qual seja, a de conferir uma diretriz que, ao individualizar e classificar as atividades do Estado, ofereça ao operador do Direito elementos hábeis à identificação do regime jurídico subjacente à concretização da finalidade legada às instituições públicas²¹⁴. Uma tal definição é, portanto, apenas a primeira condição necessária ao aprofundamento da especificação das funções.

A doutrina tradicional classifica as funções estatais em três, crendo que a edição do Direito positivo (função legislativa), a aplicação da lei de ofício (função administrativa) e a aplicação contenciosa da lei (função jurisdicional) complementam-

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 100. Em sentido semelhante, enfatizando a primazia, para a teoria funcional, da finalidade a ser atingida, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111.

²¹³ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 77.

²¹⁴ MODESTO, Paulo. Função Administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 214.

se e esgotam a atividade estatal²¹⁵. A insistência em se incluir o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas como atividade tipicamente administrativa tem muito a ver com a dificuldade de se reconhecer que a função administrativa configura mais do que mera “aplicação da lei de ofício”.

É indisputável que a Administração Pública frequentemente atua como executora daquilo que posto em lei pelo Parlamento. Nada obstante, basta pensar na edição de regulamentos ou no vasto campo de atuação discricionária para se verificar que administrar é mais que aplicar a lei de ofício²¹⁶.

A função administrativa é função de serviço²¹⁷ que deve ser definida de forma mais clara do que tudo aquilo que não é legislação ou jurisdição, como um agir estatal direto para concretização de tarefas técnicas e periódicas²¹⁸ com o fito de realizar as promessas estatais exteriorizadas nos textos constitucionais e legais. Essa função pode ser vislumbrada em sentido lato ou estrito.

Em sentido estrito, congrega quatro tipos de atividade, quais sejam, serviço público, fomento, intervenção e polícia administrativa²¹⁹. Em sentido amplo, além desses quatro vetores, a função administrativa inclui as ações internas de cada órgão, isto é, as atividades-meio, como licitações e concursos, levadas a efeito por praticamente todos os órgãos públicos.

As atividades do Tribunal de Contas, de seu turno, são precipuamente de verificação, não assumindo a Corte responsabilidade direta sobre a gestão pública²²⁰. Assim, enquanto a função administrativa tem por encargo fazer uso regular de bens e valores públicos de modo a concretizar seus objetivos, o órgão de controle externo é incumbido de uma proteção especial desses bens e valores.

Nessa senda, pode-se afirmar que a função administrativa visa ser e fazer da forma correta, ao passo que a função de controle externo objetiva verificar se a

²¹⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2-3.

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 164-165 e 231.

²¹⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 89.

²¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 397 e 402.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 247.

²²⁰ NUÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, vol. 8, n. 23, 2006, p. 131.

Administração logrou ser e fazer da forma correta. Vê-se, por conseguinte, que os meios empregados, assim como os fins imediatos visados pelas duas funções, são díspares.

O processo de controle externo, que tramita no Tribunal de Contas, presta-se a instrumentalizar a proteção do erário e a garantia da boa administração. Por essa razão, defende-se a inadequação de se classificar como “processo administrativo” todo processo que não seja judiciário ou legislativo²²¹, mas apenas aqueles por meio dos quais os órgãos de qualquer Poder do Estado conduzem suas atividades especificamente administrativas (em sentido lato).

Malgrado possa atuar de ofício – e aí reside a principal semelhança com a função administrativa –, o controle externo sempre atua reflexamente, em razão de um agir efetivo ou potencial da Administração. Isso permite ver mais claramente que as decisões do Tribunal de Contas, ao contrário das decisões e atos administrativos, têm por desiderato imediato a conservação do Direito, e não o cumprimento de tarefas materiais postas constitucional ou legalmente²²².

Por essas razões, rejeitando a identificação do controle externo como controle administrativo, há quem classifique a função e o processo de controle externo como “político-administrativos”²²³. O controle externo seria político, porque representa parte do mecanismo de freios e contrapesos dos Poderes constituídos; e seria administrativo no que concerne a seu objeto. Contudo, em desfavor de tal acepção, parece faltar-lhe clareza pela possibilidade de induzir à ideia de não ser um controle eminentemente técnico, como de fato é.

Por todo o exposto, considera-se a função de controle externo autônoma e inconfundível com a função administrativa. Cabe, agora, demonstrar, em particular, a autonomia do Tribunal de Contas no exercício dessa função, naquilo que à Corte foi atribuído.

²²¹ No mesmo sentido, cf. FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 31; BRITTO, Carlos Ayres. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*, v. 4, n. 8, jul./dez. 2010, p. 24.

²²² O contraste entre atividades que visam à conservação do Direito e atividades que objetivam o cumprimento de tarefas materiais postas pela Constituição ou pela legislação é trazido originalmente por Hesse para diferenciar a função jurisdicional das funções legislativa e executiva. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 413.

²²³ FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 31.

A autonomia funcional do Tribunal de Contas fundamenta-se em uma pluralidade de razões. A primeira, já abordada no item 1.1.1 *supra*, diz respeito a condicionantes práticas, isto é, à incapacidade dos Parlamentos para realizar a contento o controle da Administração.

Ainda, justifica-se, hodiernamente, de forma similar ao contencioso administrativo, na medida em que os litígios decorrentes do intervencionismo estatal e do desenvolvimento dos serviços sociais exigem conhecimento técnico especializado, que não se pode exigir nem do juiz, nem do parlamentar²²⁴. Não por acaso, em alguns países europeus que adotam o contencioso administrativo, como Espanha e França, a “jurisdição de contas” é tratada como um tipo especial daquele, e suas decisões podem ser impugnadas da mesma forma que as decisões do contencioso administrativo²²⁵.

Adicionalmente, a autonomia da Corte representa requisito de efetividade do princípio da prestação de contas, de modo que o controle externo não seja simples e vazia formalidade²²⁶. Nesse sentido, é reclamada pela natureza eminentemente republicana da função, que envolve a realização do Direito Constitucional e do Direito Administrativo e a responsabilização dos gestores públicos²²⁷.

De maneira bastante realista, salienta-se a não rara situação de submissão do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo, a demandar uma instituição que, posta entre ambos, como idealizou Ruy Barbosa, analise de forma imparcial e independente, as condutas dos administradores²²⁸.

²²⁴ Acerca do fundamento do contencioso administrativo, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI*, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245.

²²⁵ Na Espanha, o artigo 52.2 da *Ley 7/1988* (Lei de Funcionamento do Tribunal de Contas) prevê que a *Sala* (Turma) do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo é competente para julgar os recursos de cassação e de revisão interpostos contra sentenças da Corte de Contas. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-8678-consolidado.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2018. Na França, o artigo L315-2 do *Code des juridictions financières* estabelece a competência do Conselho de Estado para julgar o recurso de cassação contra as decisões do Tribunal de Contas. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070249>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 753.

²²⁷ ATALIBA, Geraldo. Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 98.

²²⁸ NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 371.

A par de tais circunstâncias, houve por bem o constituinte prever que a fiscalização da Administração Pública seria empreendida conjugando competências inconfundíveis de dois órgãos. E soube fazê-lo, apesar de alguns deslizes interpretativos da doutrina, que insiste em interpretar a Constituição “em tiras”.

O art. 70, *caput*, da Constituição Federal institui o Congresso Nacional como titular do controle externo; seu parágrafo único estatui quem se sujeita ao dever de prestar contas. E que contas são essas? São justamente aquelas que, segundo o art. 71, II, da Carta serão julgadas pelo Tribunal de Contas. A cabeça deste artigo, de seu turno, prescreve que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”, elencando, em seus incisos, as competências deste.

A dicção “com o auxílio do Tribunal” não pode ser entendida como carência de autonomia funcional, no sentido de que a função de controle externo seria exercida singularmente pelo Poder Legislativo e de que o órgão constitucional controlador não seria mais do que “braços” ou um “corpo sem cabeça” a serviço do Congresso Nacional²²⁹. Pelo contrário, a construção “será exercido com o auxílio” está a indicar que ao Parlamento não é dado optar por exercer o controle externo singularmente, ou seja, sem o contributo do Tribunal de Contas.

Embora, como se verá adiante, as demais normas dessa Seção da Constituição corroborem tal compreensão, ela resulta, sem grande esforço hermenêutico, da interpretação conjugada dos artigos 70 e 71 e de seus respectivos parágrafos. É que o rol de competências apresentado nos incisos do art. 71 é atribuído à Corte – e só a ela. O Congresso Nacional não julga contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; não aprecia, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal; não realiza auditorias e inspeções; não assina prazo para adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Ele tem competências próprias vinculadas à função de controle externo, como o julgamento das contas do Presidente da República (art. 71, I, CF/88) e a sustação de contratos administrativos (§ 1º do art. 71, CF/88). Porém, sobre as atribuições que o constituinte legou ao Tribunal de Contas, o Poder Legislativo não possui qualquer ingerência.

²²⁹ Convergentemente, cf. SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Os Tribunais de Contas no Supremo Tribunal Federal: crônicas de jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 41, jul./set. 1998, p. 47.

Assim como o Tribunal de Contas não é um órgão obrigatório na conformação de um Estado²³⁰ – e muitos países democráticos de fato não contam com essa instituição –, a independência de suas atividades e de seus pronunciamentos em relação ao Legislativo varia conforme o ordenamento jurídico²³¹. Na forma como dispôs a Constituição, diversas atividades do Tribunal de Contas, no exercício do controle externo, “nascem e morrem do lado de fora das Casas Legislativas”²³².

Por conseguinte, ainda que não seja um Poder²³³, a ideia de harmonia e independência prevista no art. 2º da Lei Maior se irradia para as relações entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas. O dever de harmonia decorre do fato de a Constituição atribuir-lhes uma série de deveres-poderes que servem à mesma finalidade de proteção do erário e de garantia da boa administração, *i.e.*, à função de controle externo; a independência, por sua vez, advém do fato de que esses deveres-poderes são próprios, nem se misturam, nem se submetem um ao outro²³⁴.

Pelo até aqui aduzido, faz-se impossível concordar com o entendimento de que o julgamento de contas e as auditorias são levados a efeito com a mera finalidade de “informar e fornecer subsídios ao Poder Legislativo, a quem incumbe o exercício do controle externo”²³⁵. Conquanto haja competências do Tribunal que são exercidas com fito auxiliar, o julgamento de contas e outras atividades são empreendidos como realização direta da função de controle externo, não como assistência, mas como concretização autônoma de uma finalidade pública cogente.

Não há, sequer para as competências ancilares da Corte, qualquer espécie de subordinação funcional em face do Poder Legislativo. Já no início do século passado

²³⁰ Esse é, inclusive, um argumento utilizado por parte da doutrina para classificar o Tribunal de Contas como órgão “de relevância constitucional”, mas não como “órgão constitucional estrito” (entidades políticas formadoras do Estado). Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 16.

²³¹ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 102.

²³² BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 63. No mesmo sentido, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179.

²³³ A configuração orgânica do Tribunal de Contas será objeto do item 1.2.2.

²³⁴ Em sentido semelhante, cf. BRITTO, Carlos Ayres. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*, v. 4, n. 8, jul./dez. 2010, p. 22.

²³⁵ GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 107.

se recusava também o entendimento de que o Tribunal de Contas exerceria suas funções por delegação do Parlamento, mesmo se reconhecendo que sua existência decorre da histórica atribuição parlamentar de controle das contas dos administradores²³⁶ ou que “extraem do Parlamento sua força”²³⁷. Também por isso se mostra difícil compreender a classificação da fiscalização pelo Tribunal de Contas como “controle legislativo”²³⁸.

Diverge-se, portanto, da abordagem que vê no liame entre esses órgãos uma típica relação “agente-principal”, em que o Poder Legislativo seria o “principal”, e o Tribunal de Contas, seu “agente”²³⁹. A Corte não age como delegada do Parlamento e não atua em seu nome, exercendo suas competências por expressa determinação constitucional. Confundir atribuições legadas originariamente pela Constituição com uma delegação de um órgão para outro importaria em confundir poder constituinte (no caso, Assembleia Constituinte) e poder constituído (Poder Legislativo).

Consonante com o exposto, o STF, em sede de controle concentrado, vem declarando a inconstitucionalidade de atos normativos estaduais tendentes a subtrair competências dos Tribunais de Contas ou reduzir-lhes a autonomia funcional. Alguns casos paradigmáticos são dignos de destaque.

A impossibilidade de revisão pelo Poder Legislativo do julgamento das contas dos administradores públicos foi reconhecida por meio da ADI nº 3.175/TO²⁴⁰. Nessa ação, declarou-se a inconstitucionalidade de emenda à Constituição do Estado de Tocantins que criara recurso à Assembleia Legislativa, dotado de efeito suspensivo, em face de julgamento de contas proferido pelo órgão de controle externo²⁴¹. Merece nota

²³⁶ CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 26.

²³⁷ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

²³⁸ Classificando a fiscalização do Tribunal de Contas como controle legislativo, cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 981.

²³⁹ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 66. Cumpre notar, porém, que, na Introdução do livro referido (p. 28-29), a autora parece restringir ao aspecto histórico-evolutivo a aplicabilidade dessa teoria às relações entre Tribunal de Contas e Poder Legislativo, com o que se está de acordo.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3.715/TO. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026331>>. Acesso em 7 abr. 2018.

²⁴¹ Sobre a impossibilidade de revisão pelo Parlamento das decisões do Tribunal de Contas que imputam débitos, aplicam multas ou exaram determinações ou recomendações, cf. BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. *Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 132.

o aparte do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da medida cautelar da ação em comento, no sentido de que a intenção da emenda impugnada era claramente “deslocar a discussão técnica que se trava nos tribunais de contas acerca da aplicação dos recursos públicos para um âmbito exclusivamente político”²⁴².

No mesmo julgado, declarou-se inconstitucional a atribuição ao Legislativo estadual de competência para sustar licitações, por representar usurpação de competência que a Constituição Federal outorgou ao Tribunal de Contas. Essa já era, com efeito, a orientação jurisprudencial desde a ADI 849-MC/MT, julgando o STF inconstitucionais normas que retiravam de Tribunais de Contas estaduais o poder de julgar as contas das Mesas Diretoras ou dos Presidentes de Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais²⁴³.

A consolidada posição da Suprema Corte nacional ratifica a autonomia funcional do órgão de controle externo e a reforça, na medida em que lhe reconhece a competência para julgar as contas da Mesa da respectiva Assembleia Legislativa. Ora, se dela não fosse mais que subalterno auxiliar, não poderia, por certo, julgar-lhe as contas ou mesmo determinar-lhe a adoção de providências com vista ao exato cumprimento da lei.

A evidenciar ser esta uma questão fulcral em termos de lógica jurídico-constitucional, vale referir que, em todas as ações diretas mencionadas, o Ministro

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3.715-MC/TO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387270>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 849-MC/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de julho de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346644>>. Acesso em: 7 abr. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.140/RR*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Roraima e Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, 03 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266670>>. Acesso em: 7 abr. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.779/PE*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 01 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266670>>. Acesso em: 7 abr. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.964-MC/ES*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 25 de março de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347354>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

Marco Aurélio restou vencido, votando no sentido de que os Tribunais não poderiam julgar as contas das Assembleias, uma vez que delas seriam meros auxiliares. Também pondo os órgãos de controle em posição de submissão funcional, Célio Borja, em sede doutrinária, compara a relação dos Tribunais de Contas com o Poder Legislativo à relação que se dá entre os Tribunais de segundo grau de jurisdição e os Tribunais Superiores da respectiva justiça especializada, defendendo a viabilidade de reforma das decisões, mas a impossibilidade de interferência em sua administração interna²⁴⁴.

Nada obstante, como aludido, a Constituição Federal não prevê qualquer hipótese de revisão dos atos e decisões da Corte de Contas pelo Parlamento. Mesmo quando o órgão de controle limita-se a emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo (art. 71, I, CF/88), o que incumbe ao Poder Legislativo, em caso de divergência, é simplesmente decidir de forma contrária ao parecer, o qual resta hígido, sendo, portanto, inalterável pelos parlamentares. Esse exemplo revela com nitidez a autonomia com que tanto o Tribunal de Contas quanto o Poder Legislativo exercem suas atribuições concernentes ao controle externo.

A autonomia funcional revela-se, contudo, frágil e inefetiva se não dotada de garantias que lhe sustentem. Nessa senda, a Constituição busca regular a disposição e conformação dos órgãos de acordo com as peculiaridades de suas tarefas, para assegurar o cumprimento de sua função²⁴⁵. Com base em Biscaretti di Ruffia, Moreira Neto afirma ser a repartição de funções que dá origem à divisão dos Poderes²⁴⁶. Em sentido semelhante, José Afonso da Silva trata da relação complementar entre a especialização funcional e a independência orgânica, a qual denotaria a ausência de meios de subordinação²⁴⁷.

Até aqui, identificou-se o valor político fundamental subjacente à função de controle externo e se analisou por que esse valor requer que o órgão dela incumbido receba proteção constitucional especial em face de ameaças externas. Resta, portanto,

²⁴⁴ BORJA, Célio. Competência constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 19, n. 40, abr./jun. 1998, p. 30. Ressalve-se, contudo, que o autor defende não atuar o Tribunal de Contas por delegação do Poder Legislativo, mas *ex vi constitutionis*.

²⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 41.

²⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 105.

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

verificar se e de que forma o constituinte previu, quanto ao Tribunal de Contas, o que Ackerman denominou “técnicas de isolamento institucional”²⁴⁸, isto é, elementos de autonomia orgânica aptos a assegurar a independência funcional desejada.

1.2.2 Da autonomia orgânica do Tribunal de Contas como reconhecimento de sua não dependência em relação ao Poder Legislativo

Liberdade decisória, competências privativas e impossibilidade de revisão meritória por outro órgão compõem apenas uma das facetas da autonomia de um órgão: trata-se da ausência de meios diretos de subordinação. A outra faceta corresponde à efetiva inexistência de formas indiretas de subordinação, isto é, à atribuição de condições de rechaço de formas escusas de interferência de outros Poderes ou órgãos nas competências próprias de uma instituição autônoma.

Nesse sentido, o cumprimento dos deveres inerentes a uma dada função exige que o órgão respectivo se veja livre de qualquer pressão indireta não prevista na Constituição²⁴⁹. O paradigma originário dessa preocupação constitucional está no Poder Judiciário, cuja independência, inaugurada na Inglaterra com o *Act of Settlement* de 1701, foi delineada justamente pelo novo *status* conferido por esse diploma aos juízes, que não permaneceriam mais no cargo por graça do soberano, mas sim *during good behaviour*, isto é, enquanto exercessem de forma idônea e legítima seu mister.

Uma reflexão simples permite constatar que o *munus* dos membros do Tribunal de Contas, de evidente viés limitador do poder político e administrativo, demanda garantias similares àquelas conferidas aos membros do Poder Judiciário. Não soa, assim, desarrazoada a fórmula constitucional portuguesa de inclusão do Tribunal de Contas no âmbito do Poder Judiciário, o que, por sinal, assemelha-se à proposta de Geraldo Ataliba, manifestada durante os trabalhos constituintes, de que a “jurisdição de contas” fosse prevista como um ramo especializado do Poder Judiciário na Carta de 1988²⁵⁰.

Ao pugnar pela criação do Tribunal de Contas da União, Ruy Barbosa destacou que tal órgão constituiria um aperfeiçoamento do modelo republicano

²⁴⁸ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 16-17.

²⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 254. O autor trata dessa liberdade sob a denominação “independência funcional”.

²⁵⁰ ATALIBA, Geraldo. Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 90.

estadunidense, que os líderes do movimento de 1889 tinham como norte²⁵¹. E, conforme se verá a seguir, nos artigos federalistas que embasaram a configuração constitucional e republicana que até hoje perdura nos EUA, tanto Madison quanto Hamilton dedicaram atenção às garantias de que se deveriam revestir o Poder Judiciário e seus membros.

Porém, antes de se adentrar nas garantias “em espécie” consagradas ao Tribunal de Contas, discorrer-se-á sobre a posição orgânica da instituição e os efeitos dela decorrentes, uma vez que a disposição e a conformação dos órgãos constitucionais devem ser compreendidas e adaptadas de acordo com suas tarefas e necessidades²⁵².

Configuraria exagero destoante da literalidade da Carta de 1988 considerar o Tribunal de Contas um “quarto Poder”. O art. 2º da CF/88 é claríssimo ao dispor que os Poderes são três, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Contudo, a Constituição não é menos clara ao distribuir as incumbências do poder público por uma gama de órgãos não necessariamente incluídos em algum desses Poderes, cristalizando um policentrismo institucional que autoriza a classificação da Corte de Contas como “órgão de relevância constitucional”²⁵³.

A insistência em se incorporar o órgão de controle externo a um dos três grandes centros de poder decorre da dificuldade de superação do dogma da tripartição²⁵⁴, o qual, uma vez fulcral para o desenvolvimento dos controles interorgânicos, agora se revela insuficiente, incapaz de lidar com a evolução política e social dos Estados.

Os argumentos tradicionalmente utilizados para colocar a instituição fiscalizatória junto ao Poder Legislativo relacionam-se ao dever de auxílio que aquela tem em face deste, bem como ao fato de que a Constituição cuida da Corte de Contas

²⁵¹ BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 459.

²⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 372.

²⁵³ Nesse sentido, cf. MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 101; TORRES, Ricardo Lobo. A posição do Tribunal de Contas na estrutura do Estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 14, n. 24, mar. 1993, p. 40.

²⁵⁴ Entendendo que o Tribunal de Contas tem obrigatoriamente de estar inserido em algum dos três Poderes, cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 119-120.

em uma seção pertencente ao Capítulo denominado “Do Poder Legislativo”²⁵⁵. Confunde-se, assim, uma parcela das competências do órgão com sua natureza, além de se lançar mão de uma frágil alegação de ordem tópica.

O dever de auxílio não pode justificar a filiação do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo, na medida em que há diversas atribuições que lhe foram cometidas em caráter privativo e independente – *e.g.*, a veiculada no inciso II do art. 71. O fato de o controle externo não poder ser exercido sem o contributo da Corte assemelha-se, pois, à configuração do Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127 da CF/88)²⁵⁶.

O argumento tópico tampouco se sustenta. Com efeito, a Seção IX, em que se dispõe acerca do Tribunal, compõe o Capítulo “Do Poder Legislativo”; contudo também integra essa seção o art. 74, que estabelece normas acerca do sistema de controle interno de todos os Poderes – e não apenas do Legislativo²⁵⁷. Ademais, o art. 44 da Carta estatui peremptoriamente que “[o] Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, deixando de fora o Tribunal de Contas²⁵⁸.

Por conseguinte, impõe-se o reconhecimento de que a Corte de Contas ocupa posição peculiar na organização dos Poderes, não estando albergada em qualquer dos três Poderes clássicos²⁵⁹. Se assim já era na ordem constitucional anterior²⁶⁰, com mais força será na ordem de 1988, que ampliou as competências privativas e a autonomia da Corte de Contas.

²⁵⁵ A mesma sorte de argumentos já podia ser vista sob a égide da Constituição de 1946, cf. BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 11.

²⁵⁶ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 62-63. Interessante notar, ainda, que, abordando a organização dos Poderes da Constituição de 1934, Cirne Lima situava o Ministério Público “entre o Executivo e o Judiciário” e o Tribunal de Contas “entre o Legislativo e o Executivo”, cf. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, 33-34.

²⁵⁷ HELLER, Gabriel. Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha. In: COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos (org.). *Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Porto Velho: TCE-RO, 2018, p. 23.

²⁵⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 60.

²⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de contas: aspectos polêmicos: Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64.

²⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 136.

Da natureza *sui generis* do órgão de controle externo e de sua desvinculação orgânica dos Poderes constituídos, decorre a ausência de qualquer espécie de hierarquia ou subordinação em face destes, submetendo-se estritamente à lei e ao Direito. Daí porque convém evitar repetir a formulação, encontrada na doutrina e na jurisprudência, de que o Tribunal de Contas seria “órgão auxiliar” do Legislativo²⁶¹. Tal locução é aposta frequentemente com o propósito de reduzir o alcance das competências da Corte e se presta tão somente a desorientar a interpretação das normas constitucionais. A CF/88 não utiliza a expressão “órgão auxiliar”, a qual confunde um dever geral do órgão com sua natureza e gera o risco de desvirtuar seu caráter de instituição estatal independente²⁶².

A confirmar que o Tribunal não se encontra organicamente ligado a qualquer dos Poderes, reitera-se que lhe compete exercer suas atribuições fiscalizatórias inclusive sobre o Legislativo, conforme pacífica e firme orientação do Supremo Tribunal Federal²⁶³. Nessa senda, revelar-se-ia de todo ilógico enquadrar um órgão na intimidade estrutural de um Poder e aceitar que pudesse controlar seus atos financeiros²⁶⁴ – o que, no caso da relação do Tribunal de Contas com o Poder Legislativo, converteria aquele em órgão de controle interno deste.

O surgimento de uma instituição autônoma, desvinculada de qualquer dos três Poderes, só pode ser justificado pelo reconhecimento anterior de uma função específica, enformada por deveres-poderes a serem cometidos a um determinado órgão capaz de garantir o objetivo subjacente a essa função. Por isso, entende-se que a Corte de Contas

²⁶¹ Cf., na doutrina, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 410. Na jurisprudência, a expressão é utilizada amiúde pelo Min. Marco Aurélio em seus votos – tanto condutores quanto vencidos –, cf., exemplificativamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2.546-MC/RO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Requerida: Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, 03 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347620>>. Acesso em: 1 set. 2018.

²⁶² Em convergência, cf. MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 124.

²⁶³ À guisa de exemplo, além dos julgados mencionados no tópico anterior, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2.546-MC/RO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Requerida: Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, 03 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347620>>. Acesso em: 1 set. 2018.

²⁶⁴ Cf. CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 25.

constitui um órgão-garantia à sociedade, com incumbências essenciais à promoção dos princípios republicano e democrático²⁶⁵.

Ao discorrer sobre a atribuição de garantias ao Poder Judiciário, Hamilton argumentava que todo o cuidado possível deveria ser tomado para permitir que esse Poder se defendesse dos ataques dos outros dois, de modo que lhe fosse assegurada efetiva autonomia²⁶⁶. Com efeito, a independência dos Poderes e dos órgãos de relevância constitucional só existe quando, na organização de seus respectivos serviços, cada um detém uma liberdade limitada apenas por prévias disposições constitucionais ou legais e quando a investidura e a permanência de seus membros não dependem da confiança ou da vontade dos demais²⁶⁷. A previsão dessas garantias na Constituição confere segurança, principalmente ao se considerar elementos pétreos, resguardados de maiorias ocasionais.

O pleno e imparcial exercício das competências constitucionais do Tribunal de Contas exige, portanto, que o órgão e seus membros recebam proteção equivalente à legada ao Poder Judiciário e a seus magistrados: a autonomia financeiro-orçamentária, sem a qual a independência funcional é meramente nominal²⁶⁸; a vitaliciedade dos membros no cargo e sua irredutibilidade de vencimentos²⁶⁹; e a autoadministração.

Ao propor a construção de um *integrity branch* e ranqueá-lo como uma alta prioridade para os constituintes modernos, Ackerman estipula alguns poderes e incentivos com que esse órgão ou Poder deve ser estruturado, de modo a proceder a uma fiscalização constante e eficaz: os membros da instituição hão de ter altos salários e ser protegidos contra sua redução; devem-lhes ser garantidas carreiras que lhes

²⁶⁵ Nesse sentido, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de contas: aspectos polêmicos: Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-65; TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 41-42

²⁶⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 241.

²⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

²⁶⁸ As palavras de Madison ao abordar a independência financeira são exatamente nesse sentido: “Were the executive magistrate, or the judges, not independent of the legislature in this particular, their independence in every other would be merely nominal”. Em tradução livre, “Não fossem os agentes executivos ou os juízes independentes da legislatura nesse aspecto, sua independência em qualquer outro seria meramente nominal”. Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 160.

²⁶⁹ Hamilton manifesta que nada contribuiria mais para a firmeza e a independência dos juízes do que “permanency in office” (estabilidade no cargo) e “fixed provision for their support” (vencimentos fixos). Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 242.

permitam evitar conflitos de interesses presentes e futuros; e se exige da Constituição que reserve à instituição um percentual mínimo da receita estatal para compor seu orçamento²⁷⁰. Os instrumentos assecuratórios da autonomia orgânica do Tribunal de Contas legados pela Constituição de 1988 pouco divergem das recomendações do constitucionalista estadunidense. Passa-se, pois, a seu exame.

A proteção aos membros do Tribunal de Contas da União²⁷¹ está prevista nos §§ 3º e 4º do art. 73 da CF/88, os quais conferem aos Ministros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e, aos Auditores, quando em substituição a Ministro, as mesmas garantias e impedimentos do titular ou, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

A auto-organização da Corte de Contas, por sua vez, decorre do *caput* do art. 73 da CF/88, que lhe confere, no que couber, as mesmas atribuições dos Tribunais, previstas no art. 96. Essa faceta da autonomia da instituição de controle não se restringe aos atos de gestão cotidianos e aos atos infralegais de sua alçada, como o Regimento Interno, reconhecendo-lhe o STF, também, a iniciativa para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento²⁷².

Como a Carta não menciona expressamente a aplicabilidade do art. 99 e de seus parágrafos ao órgão de controle externo, pode-se pensar que este não detém autonomia administrativa e financeira e que não lhe competiria elaborar sua proposta orçamentária. Fortalece essa impressão inicial o fato de a Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) partir da premissa de que a Corte de Contas está no âmbito do Poder Legislativo²⁷³, descaracterizando a ausência de vinculação orgânica entre ambos delineada previamente.

²⁷⁰ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 692-693.

²⁷¹ Com fulcro no art. 75 da CF/88, proteção similar é garantida aos membros das Cortes de Contas estaduais ou municipais, sendo o parâmetro, nesses casos, o Poder Judiciário estadual.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.418/TO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Interessados: Governador do Estado de Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado de Tocantins. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12592854>>. Acesso em 5 set. 2018.

²⁷³ “Art. 1º *Omissis*.

[...]

§ 3º Nas referências:

I – À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público”. (Grifou-se.)

Contudo, trata-se, a toda evidência, de situação que reclama interpretação sistemática da Constituição – e, preferencialmente, reforma legislativa²⁷⁴. É que algumas das competências previstas no art. 96, como o provimento de cargos e a organização dos serviços auxiliares, dependem diretamente da autonomia financeira e orçamentária. Tanto assim – e tanto equivocada a vinculação prevista na LRF – que, ao estabelecer o poder da Corte para provimento dos próprios cargos (art. 73 c/c art. 96, I, e), mandou-lhe observar o disposto no art. 169, o qual versa, por sua vez, sobre os limites de despesa de pessoal veiculados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Da análise conjunta dessas normas, depreende-se que a Constituição conferiu ao Tribunal de Contas, assim como ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (art. 127, § 2º), um limite próprio para seus gastos com pessoal, independente do limite do Poder Legislativo. Dessa forma, a LRF não só contraria a Carta Maior, como também enfraquece a autonomia do órgão de controle externo, uma vez que este estará sempre em desvantagem em relação ao Legislativo na disputa pelos valores que podem ser despendidos com pessoal²⁷⁵.

Mitigando parcialmente essa celeuma, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo aos Tribunais de Contas a autonomia financeira e a competência para elaborar sua proposta orçamentária. No julgamento da ADI 119/RO, o voto condutor do Min. Dias Toffoli, seguido unanimemente por seus pares, dispõe expressamente que “[n]uma análise sistemática da Constituição Federal, vê-se que são dadas ao Tribunal de Contas da União as mesmas garantias dos tribunais do Poder Judiciário, na forma dos arts. 73 e 96, o que inclui a autonomia financeira”. Convém notar que, citando o magistério de Hugo Nigro Mazzilli, a Suprema Corte entendeu que a competência para elaboração de sua proposta orçamentária está incluída na “autonomia financeira” do órgão. A conclusão irretocável do raciocínio do Ministro Relator converge com o defendido neste trabalho:

Além disso, é comum o estabelecimento de autonomia financeira a determinados órgãos e entidades, em razão da relevância institucional das funções desempenhadas, no mais das vezes atreladas às

²⁷⁴ Veja-se que o equívoco legislativo pode ter influenciado o constituinte derivado a repetir indevidamente a vinculação entre Legislativo e Tribunal de Contas na Emenda Constitucional nº 95, conforme consta agora do art. 107, III, do ADCT.

²⁷⁵ À guisa de exemplo, no Distrito Federal, a divisão dos 3% previstos no art. 20, II, *a*, da LRF era originalmente igualitária, com 1,49% para a Câmara Legislativa (CLDF) e 1,51% para o Tribunal de Contas (TCDF); atualmente, a partir da inclusão, em lei que estabelece o plano de cargos e salários dos servidores do TCDF, de dispositivo de duvidosa constitucionalidade formal e material (Lei Distrital nº 4.356/2009, art. 41), o limite da CLDF corresponde a 1,7%, restando apenas 1,3% para o TCDF.

atividades de controle e de fiscalização, e da necessária independência de atuação dos seus membros.

Assim o é em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública, a teor dos arts. 127, §§ 2º e 3º, e 134, § 2º, da Constituição Federal. Aos Tribunais de Contas, por conseguinte, tendo em conta a alta relevância dos serviços prestados no controle externo da administração pública, é a eles atribuída autonomia de caráter administrativo e financeiro, como salvaguarda para o desempenho de suas funções de maneira independente.²⁷⁶

Nessa senda, é imperioso que a Constituição e a legislação sejam tão claras quanto possível em suas disposições assecuratórias da autonomia dos órgãos de controle, de modo a se evitar que a dita “separação de Poderes” se deteriore para uma superficial engenharia constitucional²⁷⁷.

A autonomia do Tribunal de Contas, em suas facetas funcional e orgânica, assegura que a função de controle externo seja efetivamente compartilhada entre esse órgão e as Casas Legislativas. Se esse compartilhamento, por um lado, garante a ambos os partícipes independência no agir, por outro, obriga-os a cooperarem para levar a cabo seu mister constitucional, emergindo com destaque o dever de auxílio que a Corte tem não apenas em face do Legislativo, mas também em face da Administração Pública como um todo.

1.3 DAS COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS COMO CONCRETIZAÇÃO DE SEU DEVER DE AUXÍLIO

Até este ponto, a presente dissertação foi dedicada precipuamente a rebater as teses que pretendem reduzir o alcance das atribuições do Tribunal de Contas, torná-lo um “corpo sem cabeça”, que não toma decisões por si e em seu próprio nome, transformando-o em subalterno do Parlamento. Contestaram-se, assim, as pretensões de alijar o órgão de controle externo do sistema de *checks and balances*, delineando sua posição na organização do Estado e discorrendo, sem ainda descer a pormenores, sobre seu papel no controle interorgânico traçado pela Constituição Federal vigente. Cumpre, agora, adentrar no exame específico das competências da Corte de Contas, para que se logre, no segundo e último capítulo, examinar em minúcia os fundamentos e a eficácia

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 119/RO*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5530505>>. Acesso em: 5 set. 2018.

²⁷⁷ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639.

jurídica das determinações e recomendações exaradas por essa instituição, como elemento da separação de Poderes na ordem constitucional vigente.

A autonomia funcional defendida acima é marcada pela existência de atribuições privativas – não delegadas e não delegáveis – que a Carta de 1988 cometeu ao Tribunal. Todavia, dizer que o órgão é independente e que detém incumbências próprias não induz à conclusão de que ele trabalha isoladamente ou exclusivamente *sponte propria*, como um fim em si mesmo.

Pelo contrário, a autonomia funcional está apenas a significar que o corpo deliberativo da Corte tem plena liberdade para bem cumprir seu *munus*, o qual inclui, de um lado, competências exercidas de forma individual, que independem de provocação e não se prestam diretamente a auxiliar outro órgão, e competências de caráter manifestamente ancilar. No último grupo, assoma o dever do Tribunal de Contas de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração, dever esse que constitui uma via de duas mãos, na medida em que, se não é dado à Corte optar por cooperar ou não com o Parlamento, tampouco a este é dado escolher se receberá ou não a colaboração do órgão nesse mister, ainda que a Carta confira-lhe a titularidade do controle externo²⁷⁸.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a CF/88 configurou a função de controle externo – considerada em sua totalidade – como dependente da ação conjunta de dois plexos orgânicos inconfundíveis: Tribunal de Contas e Parlamento. Cumpre, por conseguinte, demonstrar a imprescindibilidade do auxílio da Corte para o exercício do controle externo pelo Poder Legislativo e assinalar as possibilidades e os limites dessa cooperação.

Uma vez caracterizados os encargos de assessoramento do Tribunal de Contas em face do Parlamento, proceder-se-á ao exame de suas demais atribuições, de modo a se evidenciar a existência de duas espécies de decisões proferidas pela Corte: as programadas, de caráter retrospectivo, marcadas pela simples subsunção dos fatos às normas e válidas para o caso concreto; e as programantes, de caráter prospectivo e natureza eminentemente mandamental, para cumprimento imediato ou futuro.

²⁷⁸ Em convergência, cf. FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle externo das licitações e contratos administrativos. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139.

1.3.1 Do auxílio do Tribunal de Contas como condição para o adequado exercício do controle externo pelo Poder Legislativo

Quando efetivamente existente, a separação de Poderes conjuga limitação do poder político com especialização de funções. Daí decorre a pacífica diferenciação entre executar e controlar, atribuindo-se ao Parlamento, desde os primórdios do Estado Moderno, a função de fiscalizar os atos do governo; afinal, o povo deve fazer por meio de seus representantes aquilo que não pode fazer por si mesmo, e o Poder Legislativo é, *a priori*, competente para verificar se as leis que elaborou são executadas a contento²⁷⁹.

Mais controversa é a discussão acerca de que porção das tarefas estatais a assembleia representativa deveria executar diretamente, cuja resposta pressupõe uma avaliação de “que tipos de tarefas uma assembleia é capaz de executar satisfatoriamente” *per se*²⁸⁰. No Brasil, a solução para a questão está posta na Constituição.

A constatação da incapacidade do Parlamento para realizar individualmente e com excelência a função de controle externo está nas origens da criação do Tribunal de Contas da União²⁸¹. Passado mais de um século, essa concepção se mostra consolidada na doutrina e na prática constitucional-administrativa brasileira²⁸². Porém, se o fundamento do controle externo está na prerrogativa da coletividade, como cidadania ou como contribuinte, de aprovar e fiscalizar a execução do plano de ingressos e dispêndios no atendimento às necessidades públicas²⁸³, e se não há condições fáticas de o povo realizar diretamente o controle, a titularidade dessa função deverá recair sobre a assembleia composta por seus representantes eleitos, de modo que estes constituem o “primeiro controlador financeiro do Estado”²⁸⁴. Principalmente em face da hipertrofia do Poder Executivo, com a consequente usurpação – de legitimidade

²⁷⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 170-171.

²⁸⁰ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 48.

²⁸¹ BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 453.

²⁸² SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 372; MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

²⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 758.

²⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 25.

questionável – da atividade legiferante, a função de controle revela-se a grande tarefa atual do Poder Legislativo²⁸⁵, com reflexos nas suas demais competências²⁸⁶.

Porém, titularidade e exercício são atributos diversos, e é necessário perscrutar o que o constituinte entendeu que o Parlamento é capaz de controlar satisfatoriamente e em que termos. O art. 49 da Constituição revela algumas competências fundamentais do Congresso Nacional nessa seara: julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República; apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (incisos IX e X). Ainda, o art. 51, II, comete à Câmara dos Deputados o poder de proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas tempestivamente ao Poder Legislativo.

A adequada compreensão do controle externo exige que essas atribuições sejam lidas em conjunto com os incisos do art. 71 e os dispositivos subsequentes, que dão forma à conjugação de esforços entre a assembleia representativa e a Corte de Contas. Assim é que o dever-poder de julgar as contas anuais do Chefe do Poder Executivo (art. 49, IX) pressupõe o recebimento de parecer prévio do órgão de controle acerca dessas contas (art. 71, I)²⁸⁷. O Tribunal exerce, *in casu*, a tarefa de evidenciar a “realização do orçamento e dos planos e programas de governo, bem como o cumprimento dos dispositivos constitucionais e legais relativos ao endividamento público e aos gastos com educação, saúde e pessoal”²⁸⁸.

²⁸⁵ Nesse sentido, cf. FANLO LORAS, Antonio. Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales: la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 108, set./dez. 1985, p. 333-334.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. e HERNÁNDEZ VALLE, R. (coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Editorial Dykinson, 1992, p. 461.

²⁸⁷ Luciano Ferraz enquadra o parecer prévio em posição *sui generis*, “entre o parecer obrigatório e o vinculante, porque a Constituição expressamente exige a sua emissão, fixando, inclusive, prazo para a sua conclusão”, cf. FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 153. Em consonância, o STF decidiu, em sede de controle concentrado, pela impossibilidade de se julgarem as contas sem a emissão do parecer prévio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 261/SC. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266278>>. Acesso em: 12 set. 2018.

²⁸⁸ WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 239.

Malgrado sua natureza meramente opinativa²⁸⁹ e sua fundamentação eminentemente técnica, o parecer prévio não deixa de consubstanciar uma forma de controle político²⁹⁰. Ao examinar globalmente a atuação da Administração para demonstrar os resultados gerais do exercício financeiro e a situação financeira do ente federativo, com o fito de subsidiar o julgamento das contas pelo Parlamento, o Tribunal de Contas oferece influxos para uma tomada de decisão política com potenciais reflexos sobre as atividades do Poder Executivo. A “função essencialmente política” da Corte transparece na medida em que contribui para a “preservação dos objetivos pretendidos pelo Congresso quando autorizou despesas e receitas” e para que “o Legislativo não seja ludibriado pelo Executivo”²⁹¹.

O fato de se tratar de competência manifestamente ancilar não descaracteriza seu aspecto político, o qual é reforçado no caso dos municípios, uma vez que o parecer prévio sobre as contas do Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (§ 2º do art. 31 da CF/88). Embora corrobore a ideia de que o controle financeiro é realizado em benefício do cidadão – e não do Poder Legislativo –, esse dispositivo foi absolutamente esvaziado pelo STF no julgamento do RE 729.744/MG, ao impedir a eficácia – mesmo provisória – do parecer pela rejeição das contas até que estas fossem julgadas pela Câmara Municipal (impossibilidade de julgamento ficto por decurso de prazo)²⁹².

Com isso, dispondo de maioria, mas não da maioria qualificada prevista na Carta de 1988, basta aos correligionários do responsável não colocar em pauta o julgamento de suas contas com parecer pela reprovação. A decisão do Pretório Excelso

²⁸⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 875-876.

²⁹⁰ Incluindo o papel exercido pelo Tribunal de Contas da União como mecanismo de controle político, cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 12.

²⁹¹ BALEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 12-13. No mesmo sentido, tratando da experiência espanhola, cf. RUDI ÚBEDA, Luisa Fernanda. Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas. *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 4, n. 12, 2002, p. 146.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 729.744/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>>. Acesso em: 12 set. 2018.

aniquilou, em decisão com repercussão geral, qualquer possibilidade de se coibir a omissão do Legislativo Municipal²⁹³.

Outra manifestação do auxílio prestado pelo Tribunal de Contas ao Parlamento para o bom exercício de seu quinhão do controle externo encontra-se no art. 71, IV, da Constituição Federal. Seu enunciado prevê a possibilidade de as Casas Legislativas e suas Comissões técnicas ou de inquérito solicitarem ao órgão de controle a realização de auditorias e inspeções relativas a matérias de sua alçada, viabilizando a concretização de seu poder geral de fiscalização da Administração veiculado no art. 49, X, da CF/88.

Ressalve-se que o ato do Parlamento constitui uma solicitação, não uma requisição, de modo que a Corte de Contas não é obrigada a realizar a fiscalização requerida. Entendimento diverso inviabilizaria o exercício autônomo das diversas competências privativas do órgão, comprometeria sua autoadministração e seu planejamento e o converteria, de fato e de Direito, em mero órgão auxiliar das Casas legiferantes, braços desprovidos de corpo e cabeça. Por conseguinte, não se acolhe a tese de que o Tribunal exerce todas as suas atribuições próprias com o propósito de “informar e fornecer subsídios ao Poder Legislativo”²⁹⁴; se a Corte tem um dever de oferecer ao Parlamento elementos necessários ao adequado exercício de seu mister, daí não decorre que todas as atividades do órgão controlador têm natureza auxiliar-informativa.

Ademais, o acompanhamento diuturno da atividade administrativa e a troca ininterrupta de informações com os órgãos da Administração permitem à instituição

²⁹³ A discordância em face da aludida decisão do STF restringe-se à rejeição de eficácia provisória do parecer prévio – enquanto não julgadas as contas –, por representar interpretação excessivamente restritiva do enunciado “só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal”. Nada há a obstar a conclusão da Corte Suprema quanto à inexistência, no ordenamento pátrio, de “julgamento ficto por decurso de prazo”, defendendo-se aqui tão somente a eficácia precária do parecer prévio do Tribunal de Contas pela rejeição das contas, eficácia essa que cessaria com o voto contrário da maioria qualificada prevista na Carta. Escrevendo sob a égide da Carta de 1969, que trouxe pela primeira vez essa peculiaridade quanto ao parecer prévio das contas dos Prefeitos (§ 2º do art. 16), assim se descreveu a *ratio* desse mecanismo constitucional: “Criou-se, portanto, para as contas municipais, um sistema misto em que o ‘parecer prévio’ do Tribunal de Contas (...) é vinculante para a Câmara de Vereadores, até que a sua deliberação em contrário atinja dois terços dos membros da Corporação, passando, daí por diante, a ser meramente opinativo e invalidável pela decisão qualificada do Plenário”, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *A Administração Pública e seus controles*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 114, out./dez. 1973, p. 32.

²⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 108.

controladora um conhecimento vasto e sempre atualizado dos jurisdicionados²⁹⁵, consolidado e armazenado em seus bancos de dados²⁹⁶. Dessa maneira, para orientação das ações fiscalizadoras e melhor alocação dos recursos disponíveis, o Tribunal de Contas se vale de uma “matriz de risco”, isto é, de uma mensuração sistematizada do grau de risco que cada entidade ou programa governamental apresenta²⁹⁷, a qual considera, também, a relevância social da matéria e o montante de recursos envolvidos.

Por certo, a Corte de Contas não pode simplesmente desconsiderar a solicitação de fiscalização da parte do Parlamento, que titulariza o controle externo em nome dos representados e demonstra, com seu pedido, que o tema versado consta da agenda pública e está a merecer atenção. Assim, o órgão deve sempre apresentar justificativas para a não realização das atividades de controle requeridas, sejam aquelas baseadas na ausência de risco, sejam fulcradas nos diminutos valores em questão, na medida em que o custo do controle não pode, por princípio, ser superior aos benefícios dele advindos.

Nada obstante, a CF/88 traz, no art. 72 e respectivos parágrafos, uma exceção ao caráter facultativo da realização de fiscalização solicitada pelo Poder Legislativo. Nos casos em que a Comissão Mista de Planos, Orçamento e Fiscalização (CMO) identificar indícios de despesas não autorizadas, poderá solicitar à autoridade governamental que preste os esclarecimentos necessários; se a CMO considerar as informações insuficientes, deve provocar o Tribunal para que se pronuncie sobre a matéria no prazo de trinta dias. Ora, se a Carta fixa um prazo para a manifestação da Corte a partir da provocação do Legislativo, impõe-se a conclusão de que o constituinte usou mal do vernáculo e, por “solicitará” (§ 1º), quis dizer “requisitará”. O § 2º, de seu turno, evidencia o caráter conjugado e cooperativo da atuação dos dois partícipes do controle externo, ao permitir que a CMO proponha ao Congresso Nacional a sustação

²⁹⁵ Nesse sentido, destacando a importância da atuação *ex officio* da Corte, “nos caminhos despertados pela conduta dos próprios administradores e segundo o senso de observação desenvolvido pela Corte”, cf. GALLOTTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 30-31.

²⁹⁶ O Manual de Auditoria do TCDF define a chamada pasta permanente como a “pasta em meio físico ou eletrônico que deve conter informações que possam ser utilizadas em mais de uma auditoria ou inspeção, referindo-se, em geral, a um determinado ente jurisdicionado”. Cf. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Manual de Auditoria: Parte Geral*. Brasília, 2008, p. 73. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500418.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

²⁹⁷ Cf. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Manual de Auditoria: Parte Geral*. Brasília, 2008, p. 23. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500418.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

do gasto se: 1) o Tribunal entender como irregular a despesa; e 2) a Comissão julgar que o gasto pode causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública²⁹⁸.

De forma similar, a Lei Maior consigna ao Congresso Nacional a competência para sustar contratos e solicitar ao Poder Executivo a adoção das medidas cabíveis²⁹⁹ (§ 1º do art. 71), a partir de irregularidades constatadas pela Corte de Contas, à qual incumbe representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI)³⁰⁰.

As consequências de eventual omissão do Congresso Nacional nessa seara envolvem profunda controvérsia doutrinária, a qual será analisada no próximo tópico deste trabalho; por ora, basta o registro de que as fiscalizações do Tribunal de Contas que tenham por objeto contratos administrativos constituem influxo para eventual sustação contratual, a qual compõe o plexo de competências de controle externo a cargo do Poder Legislativo.

Por derradeiro, o Tribunal de Contas detém competências de assessoramento da Casa Legislativa respectiva que a doutrina agrega sob a denominação de “função informativa”³⁰¹, notoriamente indispensável ao bom desempenho da porção parlamentar do controle externo. A doutrina espanhola fala no Tribunal de Contas como um “Argos”, o gigante de cem olhos da mitologia grega, capaz de alertar e informar ao Poder Legislativo e à sociedade sobre as irregularidades perpetradas pela Administração³⁰².

A Constituição Federal determina ao Tribunal de Contas que preste as informações solicitadas pelo Poder Legislativo ou por qualquer de suas Comissões sobre a fiscalização a ele cometida e sobre os resultados de auditorias e inspeções realizadas (art. 71, VII). Igualmente, o § 4º do art. 71 prevê mecanismo hábil a manter

²⁹⁸ Referindo o caráter colaborativo do controle externo veiculado nesse dispositivo, cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 883.

²⁹⁹ Consistindo a sustação em retirada coercitiva da eficácia do contrato, parece inadequada novamente a utilização do termo “solicitará”, não parecendo haver alternativa ao Poder Executivo em face da manifestação do Parlamento.

³⁰⁰ Enfatizando o caráter compulsório da representação em face de irregularidades constatadas e qualificando como grave omissão eventual abstenção da Corte nesse mister, cf. BARBOSA, Raïssa Maria Rezende de Deus. *Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 139.

³⁰¹ Cf., exemplificativamente, LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de (coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 138.

³⁰² NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, vol. 8, n. 23, 2006, p. 137.

o Parlamento sempre atualizado acerca da atuação do órgão de controle, estabelecendo que cabe a este encaminhar-lhe, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades – atribuição que importa em transparência ativa e prestação de contas por parte do Tribunal.

Nestes relatórios, é de bom alvitre que a Corte traga, também, o grau de atendimento de suas determinações e recomendações por parte dos órgãos controlados, uma vez que podem despertar a exigência de mudanças a nível de legislação e estimular profícuos debates políticos. Por essa razão, afirma-se que o controle técnico facilita tanto o controle político como o controle social³⁰³, os quais demandam acompanhamento e prestação de informações³⁰⁴.

Conquanto a Carta de 1988 não estenda aos parlamentares, individualmente, e às bancadas, coletivamente, a possibilidade de solicitação de auditoria ou inspeção, ela reconhece aos partidos políticos a legitimidade para denunciar irregularidades perante a instituição de controle. Tais denúncias, que poderão ser objeto de apuração ou servir de subsídio para futuras fiscalizações, configuram uma oportunidade de participação dos minoritários no controle externo, uma abertura para a fiscalização dos projetos vencedores no âmbito legislativo³⁰⁵. Trata-se, assim, de exemplo de concretização de um dos fundamentos da República: o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88).

Vê-se, pelo exposto, que a Corte de Contas aporta para o âmbito representativo contribuições de natureza técnica indispensáveis para que o Poder Legislativo esteja sempre bem informado e habilitado para exercer as suas competências próprias atinentes ao controle externo. Ainda que alguns reconheçam no assessoramento ao Legislativo a mais relevante função do órgão de controle³⁰⁶, isso não torna o Tribunal

³⁰³ NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, vol. 8, n. 23, 2006, p. 125.

³⁰⁴ Nesse sentido, cf. FONTES, Helenilson Cunha. Controle e avaliação dos gastos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado* (Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, v. 3). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 781-782; TORRES, Ricardo Lobo. A posição do Tribunal de Contas na estrutura do Estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 14, n. 24, mar. 1993, p. 41.

³⁰⁵ Destacando a necessidade de fomento da participação dos “derrotados no jogo parlamentar representativo”, cf. FREITAS, Juarez. Princípio constitucional da democracia participativa, orçamento e responsabilidade fiscal. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 130.

³⁰⁶ Cf. exemplificativamente, SEABRA FAGUNDES, Miguel Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, ano X, n. 20, dez. 1979, p. 3.

de Contas “preposto” do Parlamento, como pretendem outros³⁰⁷; não há, aqui, representação, não há prática de atividades em nome da Casa Legislativa, não há delegação, e as ações fiscalizatórias, mesmo as executadas à guisa de assessoramento, repercutem por si mesmas, pois eventual divergência dos mandatários impõe-lhes um custo moral e político, uma sanção perante a opinião pública³⁰⁸.

O fornecimento de subsídios técnicos e pareceres conclusivos pelo Tribunal de Contas, mais do que um apoio indispensável ao titular do controle externo, corresponde a um dever para com a sociedade que elege a assembleia representativa. É esse o valor semântico que deve ser atribuído ao vocábulo “auxílio” em uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional vigente.

A função de controle externo engloba um feixe de competências, as quais exigem diferentes técnicas de execução e oportunizam variadas formas de decisão. Contudo, é no exercício de suas competências decisórias, programadas e programantes, que se destaca com mais força e clareza as autônomas atribuições de controle do Tribunal de Contas.

1.3.2 Da competência constitucional para expedir decisões tanto programadas quanto programantes

A atividade de controle, entendida de maneira plena, encerra, no mínimo, duas fases: a da verificação, consistente no contraste entre a situação encontrada e os parâmetros legais ou técnicos definidos para a fiscalização³⁰⁹, e a das ações decorrentes do resultado da verificação. Afirma-se, pois, que “o juízo de verificação da regularidade da função é direcionado à medida, porque esta é destinada à eliminação da função irregular”, de modo que a providência constitui o “momento cominatório do controle”³¹⁰.

Tais medidas ou providências podem adotar as mais variadas formas, as quais possuem graus diferenciados de cogência, não deixando de configurar ações de controle

³⁰⁷ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987, p. 183.

³⁰⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, ano X, n. 20, dez. 1979, p. 8-9.

³⁰⁹ No âmbito do controle governamental de contas, vincula-se a auditoria à “verificação do cumprimento das obrigações, da execução dos programas de trabalho, da veracidade das informações geradas pela contabilidade”, cf. REIS, Heraldo da Costa. Auditoria governamental: uma visão de qualidade. *Revista de Administração Municipal*, v. 40, n. 209, out./dez. 1993. Versão digital.

³¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

aquelas desprovidas de caráter impositivo. De todo modo, uma fiscalização que constate incongruências entre os atos e fatos examinados e o critério eleito para exame jamais culmina na mera avaliação; a avaliação, que não é em si um fim, fundamenta uma medida subsequente, desde um mero encaminhamento de informações ou de uma provocação de certo órgão para que aja no âmbito de sua competência, até um julgamento ou uma emissão de orientações³¹¹. Portanto, a *accountability* não resta descaracterizada nos casos em que as instituições restringem-se a remeter o resultado de investigações a outras esferas, por não deterem a capacidade de diretamente impor consequências pelas falhas detectadas³¹².

Identifica-se assim um conceito funcional e genérico de controle, apto a satisfazer finalidades distintas, como a crítica, a exigência de responsabilização e a adoção de medidas para o cumprimento de normas ou objetivos. Essa noção permite diferenciar algumas espécies de controle, como o “controle-responsabilidade”, em que a atuação do poder público em desconformidade com os parâmetros fixados conduz à responsabilização reparatória ou punitiva dos culpados, e o “controle-direção”, no qual a fiscalização leva a uma reorientação da ação governamental³¹³.

Tal diferenciação, que não esgota as possibilidades do controle, basta para se vislumbrarem os dois tipos de provimento que o Tribunal de Contas pode proferir nos termos da Constituição Federal³¹⁴, as aludidas decisões programadas e programantes. Os fundamentos e eficácia dessas espécies decisórias divergem a ponto de merecerem exame individual, balizado pelas competências específicas trazidas na Carta de 1988,

³¹¹ A doutrina estrangeira elenca quatro funções que os “entes superiores de fiscalização” (no Brasil, os Tribunais de Contas) podem exercer, a saber, a de juiz, a de contador público, a de pesquisador e a de consultor da Administração, cf. LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; POLLITT, Christopher. O ofício do auditor. In: POLLITT, Christopher et alii. *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 164.

³¹² É o pensamento de Scott Mainwaring, analisado em WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48-49.

³¹³ NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, vol. 8, n. 23, 2006, p. 123-124.

³¹⁴ Tal taxonomia, conquanto não seja a única possível, revela-se a mais adequada aos propósitos da tese defendida neste trabalho. Para uma outra forma de classificação das atribuições da Corte, calcada nos “tipos de processo” (processo de contas, de fiscalização, de pedido de informação, de denúncia ou representação, de consulta e processo normativo ou regulamentar), cf. FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 38-39.

afinal, é esta que define os órgãos de cúpula do Estado, discrimina sua competência e fixa, por conseguinte, os limites de sua atuação legítima³¹⁵.

As decisões programadas, típicas de órgãos de aplicação do Direito³¹⁶, possuem caráter retrospectivo, resolvendo-se a questão pela simples incidência das normas aos fatos sob análise, com as consequências jurídicas também trazidas expressamente nos enunciados normativos. Embora se reconheça que toda aplicação do Direito envolve interpretação e, em alguma medida, criação³¹⁷, a criatividade do decisor aqui é reduzidíssima. Em uma analogia com a sentença judicial, poder-se-ia dizer que as decisões programadas têm eficácia declaratória, constitutiva ou condenatória³¹⁸.

De seu turno, as decisões programantes, mais características dos órgãos de criação do Direito, têm caráter prospectivo, voltando-se para orientar a atuação futura dos jurisdicionados. Nesses casos, ainda que os provimentos sejam exarados com base no Direito posto, verifica-se uma atividade criativa mais intensa por parte do aplicador, o qual, a partir da interpretação dos enunciados jurídicos, extrai orientações, sugestões ou comandos que serão materializados doravante ou a partir de um prazo fixado. Prosseguindo a analogia com a eficácia da sentença judicial, seria válido considerar que a eficácia preponderante dessas decisões é a mandamental, a qual envolve, de forma mais ou menos contundente, um agir sobre a vontade do interessado.

O exame pormenorizado das competências constitucionais e legais da Corte de Contas facilitará a compreensão do raciocínio expendido³¹⁹.

A mais tradicional atribuição do órgão de controle, o julgamento de contas (art. 71, II, da CF/88), *a priori*, dá azo a decisões programadas, seja pela regularidade das contas, a qual induz a quitação plena ao responsável (art. 17 da LOTCU), seja pela

³¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34.

³¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional*: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 398. De forma semelhante, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

³¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 46-47.

³¹⁸ Para uma análise sucinta e esclarecedora acerca da eficácia das sentenças, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 24, dez. 2014, *passim*. Para uma crítica parcial às ideias expostas nesse artigo, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 298-300.

³¹⁹ A análise que segue tomará por base a legislação que rege o Tribunal de Contas da União, em especial a sua Lei Orgânica (LOTCU), a qual, consoante já afirmado, serviu de modelo para a maior parte das leis orgânicas dos demais Tribunais de Contas brasileiros.

irregularidade das contas, que gera a aplicação de multa (parágrafo único do art. 19 c/c art. 58, I, da LOTCU), ou, havendo débito, a condenação ao pagamento da dívida, cumulável com multa de até 100% (cem por cento) do valor do prejuízo ao erário (art. 19 c/c art. 57 da LOTCU). Assim, verificando a Corte a presença de alguma das causas previstas no art. 16, III e § 1º, da LOTCU³²⁰, deverá julgar as contas irregulares, com as respectivas consequências. Trata-se de mudança em uma situação jurídica, alteração pela qual o responsável ou é considerado quite com sua obrigação de prestar contas, ou ingressa no rol daqueles cujas contas foram julgadas irregulares, em uma decisão com eficácia preponderante constitutiva³²¹ e, havendo débito, condenatória³²².

Contudo, é também possível que a Corte se depare com falhas, deficiências ou impropriedades que devem ser sanadas e evitadas, mas não as considere suficientes para julgar irregulares as contas; nessas situações, o órgão de controle julgará as contas “regulares com ressalva”, dando quitação ao responsável e determinando a adoção das medidas necessárias à recomposição da legalidade e à prevenção da ocorrência de desconformidades semelhantes (art. 18 da LOTCU). Vê-se, nesse caso, provimento híbrido, que contém elementos decisórios programados (julgamento pela regularidade com ressalva e quitação ao responsável), com eficácia constitutiva, e elementos decisórios programantes (determinações voltadas para atuação futura cujo conteúdo dependerá do que o Tribunal repute indispensável para a correção das irregularidades e para a prevenção de sua recorrência), de eficácia marcadamente mandamental.

³²⁰ “Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas”.

³²¹ Sobre a eficácia constitutiva, na seara processual civil, cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. *A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm>>. Acesso em: 22 set. 2018.

³²² Não é demais lembrar que, a teor do § 3º do art. 71 da CF/88, as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, não lhe competindo, contudo, executar seus provimentos.

Ainda na seara das decisões programadas, as leis orgânicas dos Tribunais de Contas, em geral, concedem-lhes competências de natureza “cautelar”³²³, que visam garantir a efetividade do processo de controle externo³²⁴. O STF, de seu turno, com fundamento na “teoria dos poderes implícitos”, reconhece à Corte de Contas o “poder geral de cautela”³²⁵, admitindo genericamente a adoção de providências reputadas necessárias para que os processos de sua alçada atinjam sua finalidade ou para prevenir lesão ao erário³²⁶. Nesse ponto, importa destacar, porque equívoco comum em sede doutrinária, que as medidas ditas “cautelares” não se confundem com as competências sancionadoras³²⁷ do órgão de controle, embora ambas tenham natureza programada.

Assim, impossível confundir a aplicação de multa, a declaração de inidoneidade para licitar com o ente e a declaração de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função comissionada – verdadeiras sanções (punições) – com o afastamento provisório do cargo por obstrução a fiscalização ou com a decretação de

³²³ Analisando os problemas práticos e teóricos oriundos da denominação de tais medidas, indiscriminadamente, como “cautelares” e defendendo, a partir dessa crítica, a utilização, nos processos de controle externo, da classificação do processo civil (tutela provisória de urgência, cautelar ou satisfativa antecipada, e tutela de evidência), cf. SCAPIN, Romano. *A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016, em especial, p. 113-115.

³²⁴ Veja-se, exemplificativamente, a Lei Orgânica do TCU (art. 44 e seus parágrafos).

³²⁵ Cf. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 39, n. 110, p. 14.

³²⁶ O *leading case* atinente à matéria foi o MS 24.510/DF, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.510/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>. Acesso em 17 set. 2018. No mesmo sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 26.263-MC/DF*. Decisão da Presidência, Min. Ellen Gracie. Impetrante: Ebco Systems LTDA. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 08 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26263%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/yc9lss>>. Acesso em: 17 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 26.547-MC/DF*. Decisão Monocrática. Relator Min. Celso de Mello. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Brasília, 23 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26547%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/atm2bgy>>. Acesso em: 17 set. 2018.

³²⁷ Aqui, refere-se a “sanção” em seu sentido estrito, como penalidade, e não como qualquer ato coercitivo previsto na norma como decorrência do descumprimento de um dever.

indisponibilidade de bens – medidas estritamente instrumentais para o resguardo da efetividade do processo de controle externo³²⁸.

Também de sede constitucional, as competências de sustação do Tribunal igualmente se enquadram como decisões programadas. A sustação de ato administrativo – de eficácia constitutiva –, prevista no inciso X do art. 71, corresponde à cessação dos efeitos do ato, aplicável quando o jurisdicionado não adotar providências determinadas pela Corte para o exato cumprimento da lei. Sobre essa espécie de sustação, não há maiores polêmicas na doutrina.

Situação diversa se verifica quanto à possibilidade de sustação de contratos pelo órgão de controle. É que, após atribuir ao Poder Legislativo a competência para sustar contratos (§ 1º do art. 71), o constituinte estatuiu que, se o Parlamento, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas nesse dispositivo, o Tribunal “decidirá a respeito” (§ 2º do art. 71). A grande celeuma jurídica consiste no deslinde da questão “o que significa ‘o Tribunal decidirá a respeito’?”.

Há quem afirme que, por “a respeito”, subentende-se “sobre a legalidade ou não do contrato e da respectiva despesa”, já então no exercício da competência de julgar as contas do responsável (art. 71, II)³²⁹. Por conseguinte, o art. 45, § 3º, da LOTCU teria ido além da Constituição ao tentar esclarecer seu conteúdo com a expressão “a respeito da sustação do contrato”³³⁰.

Com a devida vênia, tais posicionamentos não se sustentam: em relação à primeira parte, o argumento não faz sentido, na medida em que eventual decisão do Parlamento pela não sustação do contrato, decisão essa que, como acertadamente lembra Di Pietro³³¹, obedece a critérios políticos, e não a critérios jurídicos-formais, em nada interfere no poder do Tribunal de Contas de julgar as contas do responsável. Enquanto competências autônomas, pode o Legislativo não sustar o contrato, caso em

³²⁸ Incluindo medidas cautelares no que denomina “função sancionadora” e incidindo, assim, na confusão aludida no texto, cf. LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 99. Da mesma forma, mencionando, entre as sanções a cargo do Tribunal, o arresto de bens, a declaração de indisponibilidade de bens do responsável por até um ano e o afastamento temporário do responsável, cf. LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. *Fiscalização financeira e orçamentária*. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de (coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 133.

³²⁹ GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 109.

³³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013. Versão digital.

³³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013. Versão digital.

que a ilegalidade é momentaneamente superada por um juízo político acerca do que o interesse público reclama³³², e, ainda assim, a Corte julgar irregulares as contas com base na ilegalidade das despesas decorrentes do ajuste em questão. Ademais, a Lei Orgânica do TCU, aprovada, lembre-se, pelo Congresso Nacional, nada mais fez do que integrar o enunciado constitucional, esclarecendo algo este deixara compreensível, mas potencialmente dúbio. Por conseguinte, cumpre reconhecer que a sustação do contrato só caberá ao Tribunal de Contas se o Parlamento quedar inerte³³³; decidindo este expressamente pela não sustação, independentemente dos motivos que o levarem a tal, à Corte só restará a possibilidade de julgar irregulares as contas do responsável no momento oportuno.

Ainda como decisões programadas, merecem menção os alertas que a Corte emite em obediência ao § 1º do art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, de natureza estritamente declaratória, como no caso de o montante da despesa total com pessoal de determinado órgão ou Poder ultrapassar 90% (noventa por cento) do limite estabelecido; e o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM), conforme definido em lei complementar (parágrafo único do art. 161 da CF/88), de eficácia constitutiva.

Como típica espécie de decisão programante, inicialmente vale citar a competência para responder a consulta, atribuição infraconstitucional³³⁴, positivada no art. 1º, XVII, da LOTCU e repetida em diversas leis orgânicas de outros Tribunais. Conquanto não tenha sido acolhida expressamente pelo poder constituinte, tal possibilidade foi advogada por Geraldo Ataliba, que via na resposta a consultas uma atividade de controle não “paralisante da Administração Pública, amedrontante dos inovadores”, mas sim “estimulante, na medida em que dá certeza do direito (...),

³³² Cf. DALLAVERDE, Alexandra Katia. A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1247.

³³³ Nesse sentido, cf. MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum: 2011, p. 381; SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar. 1989, p. 41-42.

³³⁴ Acerca do reconhecimento, por parte do STF, de que as competências do Tribunal de Contas previstas na Constituição Federal não são exaustivas, cf. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 39, n. 110, p. 7.

exatamente para conforto jurídico, muito justo, dos agentes políticos e até dos agentes administrativos que estejam por inovar, criar ou pretender trilhar sendas novas”³³⁵.

Por meio da consulta, o Tribunal de Contas esclarece dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matérias de sua competência, em claro auxílio ao agente público, estabelecendo a LOTCU que se trata de decisão com caráter normativo – logo, prospectivo – e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou do caso concreto (§ 2º do art. 1º). Trata-se, portanto, de encargo que se coaduna com a missão de orientar os gestores, visando evitar o cometimento de erros e irregularidades³³⁶. A reforçar a natureza programante da decisão proferida nesses casos, a jurisprudência do TCU³³⁷ considera que as respostas a consultas são destinadas a todos os jurisdicionados da Corte de Contas e não somente àqueles que as realizaram, o que se mostra consentâneo com o caráter normativo que a lei outorga-lhe³³⁸, adiantando para os órgãos controlados como o Tribunal decidirá questões semelhantes.

A resposta a consultas, contudo, não é uma atribuição propriamente de controle, na medida em que não há ato concreto de verificação a ela subjacente. Nessa senda, a atividade de controle da Corte de Contas se sobressai nos casos que ensejam a proposição de ações voltadas para o futuro, mitigando-se o paradigma de que o controle jurídico é estritamente retrospectivo e se reconhecendo o valor do prognóstico advindo de um órgão técnico³³⁹.

³³⁵ ATALIBA, Geraldo. Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 95.

³³⁶ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 308.

³³⁷ Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 831/2003*. Plenário. Interessados: Deputado Federal Simão Sessin e Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 09 de julho de 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%25a/NUMACORDAO%253A831%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 set. 2018; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 250/2004*. Plenário. Interessados: José Tadeu Cury e outros. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 17 de março de 2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%25a/NUMACORDAO%253A250%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 set. 2018.

³³⁸ Nesse sentido, cf. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 254.

³³⁹ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137-142.

Isso se dá em um contexto de mudança de vetor nas atividades de controle, as quais passam a ser guiadas pela busca de resultados e pela análise de probabilidade de sua consecução³⁴⁰. O novo paradigma do controle externo volta-se para a influência sobre o processo decisório administrativo, que deve ser aprimorado em benefício da sociedade³⁴¹.

Esse tipo de decisão programante se materializa no Tribunal de Contas por meio de determinações e recomendações, exaradas com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, o qual comete à Corte o poder de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Ao propor, com maiores ou menores especificidade e cogência, ações a órgãos igualmente autônomos, a instituição de controle atua sobre a sua vontade de forma obrigacional e colaborativa, atribuindo-lhe uma obrigação de fazer ou de não fazer com vistas à satisfação, por parte do órgão controlado, da exigência legal. Nesse diapasão, percebe-se que a eficácia preponderante, nesse tipo de provimento, é mandamental³⁴².

Essas espécies decisórias serão analisadas pormenorizadamente no próximo capítulo. Para o momento, basta concluir que a competência da Corte para expedir determinações e recomendações acentua o caráter “subordinante” do órgão de controle e as “relações de supraordenação perante funções de outros conjuntos orgânicos independentes”³⁴³, clarificando sua posição político-jurídica no equilíbrio entre os Poderes em matéria financeiro-orçamentária e consolidando a ideia de que o Tribunal de Contas é um instrumento do Estado, e não do Poder Legislativo³⁴⁴.

³⁴⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 404-405.

³⁴¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38.

³⁴² Em sentido diverso, entendendo que os “atos de comando” do Tribunal de Contas são “atos constitutivos ou desconstitutivos de direitos e de deveres”, cf. ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 190. Acerca do caráter obrigacional-colaborativo das sentenças mandamentais e sua atuação sobre a vontade da parte, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 24, dez. 2014, p. 49-51.

³⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de contas: aspectos polêmicos: Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-65.

³⁴⁴ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 191.

2. DA COMPETÊNCIA PARA DECISÕES PROGRAMANTES COMO ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os poderes de verificar, orientar, comandar e vetar, de maneira independente, atos de competência de outros órgãos conferem ao controle oportunidade de participação na atividade administrativa³⁴⁵ e consubstanciam, no caso brasileiro, a presença do Tribunal de Contas no esquema de *checks and balances* nacional. A análise da posição de uma instituição estatal no sistema de divisão de Poderes a partir de determinadas atribuições demanda, invariavelmente, a perscrutação de suas possibilidades e de seus limites, e é a isso que se propõe o segundo capítulo desta dissertação, no tocante às determinações e recomendações oriundas do órgão de controle externo.

Essas duas espécies de decisões programantes têm como fundamento legal o inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, o qual confere ao Tribunal de Contas competência para “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. A redação, à primeira vista, não comporta grande complexidade, porém, no Direito, mesmo os conceitos aparentemente determinados são dotados de algum grau de indeterminação³⁴⁶, em especial porque não existem isoladamente, de modo que cada enunciado normativo é composto por uma pluralidade de conceitos mais ou menos indeterminados.

O dispositivo constitucional em comento não utiliza as palavras “determinação” ou “recomendação”, sendo estas oriundas da praxe dos Tribunais de Contas e das leis orgânicas respectivas³⁴⁷, o que também constitui uma fonte potencial de embate doutrinário e jurisprudencial. Assim é que parte da doutrina não diferencia determinações e recomendações, confundindo tanto as espécies quanto os seus

³⁴⁵ Em sentido aproximado, cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. e HERNÁNDEZ VALLE, R. (coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Editorial Dykinson, 1992, p. 462.

³⁴⁶ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 23.

³⁴⁷ Vejam-se, ilustrativamente, o § 1º do art. 16 e os artigos 18 e 43, I, da LOTCU.

efeitos³⁴⁸, ou adverte para a ausência de um “critério claro de apartação entre essas duas ações”³⁴⁹.

Do mesmo modo, os fundamentos para esses provimentos não são objeto de consenso entre os estudiosos e os aplicadores do Direito, encontrando-se argumentos baseados na natureza da fiscalização empreendida pelo Tribunal de Contas (auditoria de conformidade ou auditoria operacional)³⁵⁰ ou na natureza do ato controlado (atos vinculados ou atos discricionários)³⁵¹.

Subjacente aos posicionamentos de teóricos e operadores do Direito, jaz a questão das balizas e dos limites das intervenções do órgão de controle na atividade administrativa, bem como das possibilidades de diálogo institucional que se instauram a partir da expedição de determinações e recomendações³⁵².

Reconhecendo que a atuação da Corte de Contas conforme a Constituição demanda uma solução para essa celeuma, os próximos tópicos são dedicados a destrinchar os elementos que compõem o inciso IX do art. 71 e a oferecer uma interpretação que oportunize o alcance dos objetivos da função de controle externo com observância ao princípio da separação de Poderes. Visa-se, assim, à proposição de critérios para a exarcação dessas duas espécies de decisões programantes e à definição precisa dos efeitos delas decorrentes.

Para tanto, entendendo-se que as determinações constituem um instrumento da Corte de Contas para correção da atuação administrativa, por meio do qual se impõe aos gestores a prática de condutas comissivas ou omissivas, cumpre inicialmente compreender o sentido das expressões “exato cumprimento da lei” e “ilegalidade” para fins de atuação do controle externo. Tal explicitação faz-se necessária porque define parâmetros e lindes da fiscalização do órgão.

³⁴⁸ À guisa de exemplo, cf. ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Interesse Público*. Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 256.

³⁴⁹ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

³⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188.

³⁵¹ REIS, Fernando Simões dos. Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 89, jan./fev. 2015, em especial p. 249 e 255.

³⁵² Propondo pioneiramente a inclusão dos Tribunais de Contas na teoria dos diálogos institucionais, cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 288-289.

Em complemento, abordar-se-ão o caráter obrigatório conferido pela Constituição Federal às determinações e os requisitos para sua expedição, dedicando-se atenção especial ao dever de autocontenção do Tribunal em face das competências constitucionais e legais dos demais órgãos e Poderes.

A seguir, tratar-se-á das recomendações do Tribunal de Contas como instrumento de indução para o agir administrativo, destacando-se seu caráter particularmente auxiliar e dialógico entre os órgãos controlador e controlado. Por fim, será objeto de exame a ausência *prima facie* de cogência das recomendações exaradas pela Corte.

2.1 DAS DETERMINAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal oferece poucas pistas para a apreensão do significado do termo “irregularidade”, o qual aparece nos incisos II, VIII e XI do art. 71 e nos §§ 1º e 2º do art. 74; o mesmo se dá com o vocábulo “ilegalidade”, o qual, conquanto à primeira vista seja de fácil assimilação (ilegal é aquilo que contraria a lei), pode ser problematizado em função de seu aparecimento ora isolado (art. 71, IX), ora contrastado com as expressões “abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, *a*, LXVIII e LXIX) e “irregularidade (art. 71, VIII, e §§ 1º e 2º do art. 74).

Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1967, a primeira a dar ao Tribunal de Contas poder de assinar prazo para adoção de providências visando ao “exato cumprimento da lei”, afirmava que “irregularidade” abrangeria “ilegalidades” e “defeitos”, separando-os, sem maiores explicações, de “abusos”³⁵³. Na doutrina portuguesa, também equiparando as expressões, António Francisco de Sousa defende que “todo erro, seja manifesto ou não, é ilegal”³⁵⁴.

Para o momento, essas diretrizes normativas e doutrinárias são suficientes para firmar posição no sentido de que o inciso IX do art. 71 da CF/88 aplica-se sempre que a atuação administrativa submetida à competência controladora da Corte de Contas³⁵⁵ mostrar-se falha, defeituosa, equivocada, irregular, ilegal³⁵⁶ ou inconstitucional,

³⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 256.

³⁵⁴ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 109 e 226.

³⁵⁵ Os limites objetivos da competência da Corte de Contas serão abordados nos itens 2.1.2.1 e 2.1.2.2.

³⁵⁶ “Ilegal”, aqui, no estrito sentido daquilo que viola lei formal.

reclamando, por conseguinte, correção. Como se passa a expor, é a violação direta ou indireta a normas jurídicas que atrai a incidência de tal dispositivo constitucional.

2.1.1 Da constitucionalidade da imposição de condutas comissivas ou omissivas pelo Tribunal de Contas ao gestor público em caso de violação a normas jurídicas

A alteração das competências do Tribunal de Contas com a promulgação da Constituição de 1967 (e sua subsequente reforma, por meio da Emenda Constitucional n° 1, de 1969) gerou críticas por parte da doutrina, que via, no novo texto, um enfraquecimento do órgão de controle³⁵⁷. O câmbio nas atribuições da Corte teve, contudo, o mérito de cometer-lhe um poder até então inédito no ordenamento administrativo-constitucional, qual seja, o de impor à Administração Pública a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

Com isso, modificou-se a própria configuração da separação de Poderes no Direito brasileiro, na medida em que se conferiu ao órgão de controle externo o dever-poder de determinar a outro órgão autônomo a realização de medidas mais ou menos específicas, interferindo diretamente na “vontade” deste. Além disso, a previsão de que a Corte de Contas não só pode, como tem a obrigação de assinar prazo para que a Administração faça ou deixe de fazer algo para que a lei seja cumprida de forma “exata” evidencia o *status* do Tribunal como intérprete da lei, constitucionalmente habilitado para interpretar o enunciado normativo e dele extrair a norma aplicável ao caso concreto.

A dicção do constituinte de 1967 foi praticamente repetida pelo de 1988³⁵⁸. Isso posto, para se aferir precisamente a extensão da competência legada pela Constituição Federal, mostra-se imprescindível, antes de mais nada, compreender o significado de “exato cumprimento da lei” e “se verificada ilegalidade” no contexto constitucional brasileiro.

³⁵⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*, n. 73, ano XVIII, jan./mar. 1985, p. 184.

³⁵⁸ Veja-se, no texto de 1967, o § 5° do art. 73, cujas alíneas *a* e *b* transformaram-se, na Carta de 1988, nos incisos IX e X do art. 71, respectivamente.

2.1.1.1 Do caráter amplo dos termos “lei” e “ilegalidade” no art. 71, IX, da Constituição Federal

O estudo do Direito Administrativo no Brasil é tradicionalmente iniciado com a lição de que a função administrativa é atividade que se exerce com estrita vinculação à lei, “subjacente” à lei³⁵⁹ ou em “regime de subserviência”³⁶⁰. Trata-se do princípio da legalidade estrita, segundo o qual, diferentemente do particular, que está livre para fazer tudo aquilo que a lei não veda, o Estado-Administração atua apenas *secundum legem*, conforme a lei, em caráter “sublegal, infralegal”, consagrando e exaltando a cidadania e a soberania popular expressas por meio da lei³⁶¹.

Pode-se subdividir o princípio da legalidade em pelo menos três outros princípios: a) o princípio da primazia da lei, que vincula a Administração positivamente (dever de atuar conforme as leis) e negativamente (dever de não infringir as leis); b) o princípio da reserva de lei, que reclama um fundamento legal autorizador da ação administrativa, assumindo que o princípio democrático reconhece ao Parlamento uma “legitimidade democrática especial” para promulgar as “regulações gerais”; e c) o princípio da reserva do preceito jurídico que, a despeito de demandar, igualmente, uma regulação como fundamento para o tornar-se ativo da Administração, aceita que essa autorização advenha na forma de atos normativos que não a lei, uma vez que os regulamentos jurídicos são condicionados, em forma e conteúdo, por um fundamento legal-formal³⁶².

Tal noção é problematizada quando se passa a considerar que, cada vez mais, as normas jurídicas restringem-se a estipular competências e suas finalidades, elencando aspectos que devem ser levados em conta na realização dos objetivos³⁶³. Dessa forma, a lei vem deixando de ser apenas a condição para a atuação administrativa, constituindo seu limite, o que, com maior ou menor clareza e precisão, amplia as

³⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 18.

³⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33

³⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103-104. Almiro do Couto e Silva, de seu turno, considera o princípio da legalidade “uma secreção do princípio da separação das funções do Estado”, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 15.

³⁶² MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 121-126.

³⁶³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 19.

possibilidades de ação dos agentes públicos³⁶⁴. Ao mesmo tempo, o princípio da legalidade não pode mais ser compreendido como exigência de previsão expressa em lei para todo ato administrativo, mesmo porque faticamente inviável; o que o princípio pede é que as decisões administrativas tenham sempre um fundamento extraído do ordenamento jurídico, reconhecendo-se inclusive a existência de poderes administrativos implícitos³⁶⁵.

Nessa senda, é o legislador, enquanto tomador das decisões fundamentais da coletividade e criador das regulações gerais, que define, voluntariamente ou não, se e quanto de discricionariedade será legado ao administrador³⁶⁶. A legalidade também deve ser concebida, a um só tempo, como limite e como origem-condição da discricionariedade, que pode decorrer de expressa previsão legal, de insuficiência ou abertura da lei ou da utilização de conceitos indeterminados³⁶⁷.

Ao analisar os componentes do princípio da legalidade, Maurer esclarece que não apenas na “reserva de preceito jurídico”, mas também na noção de “primazia das leis” não se está a falar em lei em sentido estrito ou em reserva de lei formal, sendo a “reserva de lei ampliada” adstrita às relações entre os cidadãos e o Estado, não aplicável, portanto, ao âmbito estritamente estatal, relativo à ordenação da Administração para execução de seu mister³⁶⁸. Assim se dá porque a legalidade estrita está alicerçada nas ideias de segurança jurídica e de proteção individual e coletiva, não havendo, segundo parte da doutrina, razão para exigi-la quando essas questões não estejam em jogo³⁶⁹.

³⁶⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

³⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54 e 246. Contra, entendendo que a Administração “nada pode fazer senão o que a lei determina”, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 108.

³⁶⁶ Em sentido semelhante, cf. SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 60-63, 99-101 e 224; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

³⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

³⁶⁸ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 122 e 126.

³⁶⁹ Defendendo que o princípio da legalidade representa uma regra de limite da atividade administrativa e que, nos casos em que esta não exprimir a “dialética da autoridade e da liberdade”, o princípio sequer precisa ser aplicado, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano XV, n. 61, jan./mar. 1982, p. 27.

Essa compreensão reforça a possibilidade de edição de atos infralegais visando à criação, implementação e avaliação de políticas públicas³⁷⁰. Nesse sentido, diferenciam-se as funções legislativa e normativa, entendida esta como emanção de estatuições primárias, ou seja, operantes por força própria e abarcando preceitos abstratos, conquanto a edição de certos atos, *e.g.* regulamentos, seja sempre dependente de uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal³⁷¹.

O ordenamento jurídico constitui, assim, um sistema dinâmico e aberto, o qual permite a descoberta ou a criação de novos princípios³⁷², convergindo para a percepção de um bloco – igualmente dinâmico – de legalidade, que, para além das leis em sentido formal, abrange os atos normativos infralegais, a jurisprudência dos Tribunais (sejam judiciários, sejam “de Contas”) e mesmo as orientações gerais de órgãos administrativos³⁷³. Tanto assim que a legislação brasileira passou a conferir caráter vinculante, para o órgão ou entidade a que se destinam, a regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (art. 30, *caput* e parágrafo único, do Decreto-Lei 4.657/1942, mais conhecido como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” ou LINDB). Conclui-se que a legalidade administrativa não é mais apenas aquilo que o legislador estatui, mas também aquilo que as esferas não legislativas (Administração e Tribunais) extraem da lei posta e impõem como “Direito vinculativo da Administração Pública”³⁷⁴.

³⁷⁰ COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84. Do mesmo modo, salientando a possibilidade de atos infralegais (“regulamentos, resoluções, circulares, portarias etc.”) alterarem “o desenho de importantíssimos setores da nação”, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 20.

³⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 236 e 239. Nesse passo, defendendo a possibilidade de o regulamento inovar na ordem jurídica com fundamento em poder atribuído pela Constituição, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 164-165 e 179.

³⁷² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 693. Ressalve-se que, neste trabalho, entende-se possível a criação de novos princípios apenas pela via da alteração legislativa ou constitucional, aceitando-se, contudo, a “descoberta” de regras e princípios implícitos ou latentes a partir da interpretação pelos aplicadores do Direito, como “conhecimento criativo”, na expressão de Larenz.

³⁷³ O parágrafo único do art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, define “orientações gerais” como “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

³⁷⁴ OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro.

Nessa toada, importa distinguir também “enunciado normativo”³⁷⁵ – ou “prescrição normativa”³⁷⁶ –, enquanto texto-significante, e norma, sendo esta o conteúdo de sentido (significado) que se pode apreender pela interpretação dos diversos dispositivos. Isso porque os enunciados contidos nos mais variados atos normativos não estão simplesmente um ao lado do outro, mas se relacionam e se limitam reciprocamente para, por meio desse “jogo concertado”, regular a vida social e estatal³⁷⁷ a partir das normas “produzidas” com a aplicação-interpretação³⁷⁸. E, com a aplicação do Direito nas esferas judicial, controladora e administrativa³⁷⁹, novos influxos adentrarão a dinâmica concertação normativa que forma o ordenamento jurídico.

Como guia e condicionante maior de todas as demais espécies normativas e de todos os atos decisórios, “a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”³⁸⁰, a Constituição, com os valores e objetivos que enformam a ordem sociojurídica, comporá esse bloco de legalidade³⁸¹, dando origem ao que a doutrina chama de “juridicidade” ou “legalidade em sentido amplo”³⁸². Logo, vincula-se o Estado não à mera lei formal, mas ao Direito como um todo³⁸³.

Ampliou-se, assim, a ideia de legalidade, de forma a submeter a Administração diretamente à Constituição. Se, por um lado, os gestores públicos restam sujeitos a mais

Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003, p. 160.

³⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 46.

³⁷⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 179.

³⁷⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 370.

³⁷⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27.

³⁷⁹ A classificação das esferas em “judicial, controladora e administrativa” foi positivada pioneiramente no País pela Lei nº 13.655/2018, que inseriu na LINDB “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, conforme consta de sua ementa.

³⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 36.

³⁸¹ Em convergência, cf. GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, e LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen III: La Justicia Administrativa. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, p. 20.

³⁸² Nesse sentido, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Debates em Direito Público*. Belo Horizonte, ano 13, n. 13, out. 2014. Versão digital; CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 102.

³⁸³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26, e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 367.

um parâmetro ou limite normativo para suas ações e omissões, por outro, recebem um fundamento mais aberto para a concretização da função administrativa. Vê-se, pois, com reservas a afirmação, encontrada na doutrina³⁸⁴, de que a constitucionalização da Administração Pública reduziu sua liberdade de ação, na medida em que os princípios e as diretivas constitucionais têm o condão de, *a priori*, alargá-la, muitas vezes dispensando – embora não vedando – a interposição legislativa³⁸⁵.

Passa-se, então, a admitir que a Administração aja *praeter legem*, isto é, que seus agentes atuem quando não houver lei específica incidente sobre o caso, mesmo que jamais trabalhem “no vazio”, recebendo do Direito seu fundamento e suas balizas³⁸⁶. A consagração das ideias de que a efetividade das normas constitucionais nunca dispensa a intervenção concretizadora da Administração Pública e de que há uma dependência mútua entre Direito Administrativo e Direito Constitucional³⁸⁷ conferiu à atividade administrativa uma perspectiva de resultados, uma preeminência das finalidades sobre os meios, que autoriza a Administração a inovar, a buscar novas formas de atuação, com supedâneo nos objetivos traçados pela Constituição. O que é exigido do gestor, no caso das “decisões validadas finalisticamente”, é a “correta adequação” entre os meios eleitos e os fins preestabelecidos³⁸⁸.

Vislumbra-se aí a descoberta pelo aplicador-intérprete de novos princípios e regras (estados ideais de coisas a serem promovidos e prescrições descritivas com pretensão de decidibilidade, respectivamente³⁸⁹) a partir de outros positivados explicitamente, assumindo-se a existência de “princípios de direito positivo latentes”³⁹⁰

³⁸⁴ Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 394; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42.

³⁸⁵ Em concordância, cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 276; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 179.

³⁸⁶ Sobre os limites da atuação *praeter legem*, cf. SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 62.

³⁸⁷ OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 147-148.

³⁸⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano XV, n. 61, jan./mar. 1982, p. 33.

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102 e 107.

³⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 101-102. Não é demais registrar a classificação normativa proposta pelo autor,

ou normas “em estado de latência”³⁹¹. As noções de “bloco de legalidade” e de “juridicidade” prestam-se, portanto, de um lado, a restringir a ação do administrador, ao vinculá-la diretamente à Constituição, e, de outro, a ampliar sua margem de atuação, ao dispensar uma previsão legislativa específica que autorize seu agir³⁹².

Se a “legalidade” corresponde, hodiernamente, ao “bloco de legalidade” ou à “juridicidade”, o seu oposto, a “ilegalidade”, trazida explicitamente na parte final do inciso IX do art. 71 da CF/88, igualmente deverá ser concebida em sentido amplo, a significar aquilo que viola o Direito, o ordenamento jurídico enquanto sistema aberto e dinâmico, resultante da concertação e das limitações recíprocas entre atos normativos das mais variadas espécies e das interpretações que sejam atribuídas a seus enunciados.

Essa conclusão traz à baila outra polêmica jurisprudencial e doutrinária que restara adormecida entre a década de 1960 e meados dos anos 2000: a possibilidade de o Tribunal de Contas “apreciar” a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. No ano de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 347, cujo inteiro teor dispõe que “[o] Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Em abono dessa tese, Themístocles Cavalcanti prelecionava que o mero processo de aplicação da lei conduz inexoravelmente à verificação de sua constitucionalidade, de modo que qualquer Poder “responsável pela aplicação de uma lei ou de um ato pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente”; tratar-se-ia simplesmente de “técnica

na qual “regra” é gênero do qual são espécies os princípios explícitos, os princípios implícitos e as regras em sentido estrito (p. 106).

³⁹¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2009, p. 42. Para uma visão cética acerca da existência dos “princípios implícitos” decorrentes do Direito Positivo, não vendo nestes mais do que “princípios que o sujeito considera importantes por alguma razão, mas para os quais ele não consegue apontar uma base normativa textual qualquer, direta ou indireta”, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293.

³⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Debates em Direito Público*. Belo Horizonte, ano 13, n. 13, out. 2014. Versão digital. Em sentido semelhante, defendendo que a “legalidade administrativa não pode (...) deixar de ser entendida à luz da unidade do ordenamento jurídico que encontra no texto constitucional o seu referencial axiológico e teleológico”, cf. OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 151.

de interpretação que conduz à valorização da lei maior”³⁹³. É possível chegar a tal conclusão por meio de um raciocínio silogístico, sendo a premissa maior “o Tribunal de Contas tem competência para efetuar o controle de legalidade dos atos da Administração” e a premissa menor “a inconstitucionalidade é simplesmente a ‘espécie mais conspícua’ da ilegalidade”³⁹⁴. Isso significa que, entre os parâmetros de que a Corte deve se valer em seus processos de controle, inclui-se a Constituição; mais do que uma possibilidade, tem-se aqui um dever, extraído do princípio da supremacia da Constituição, que, longe de valer apenas para o Poder Judiciário, incide sobre o Poder Público como um todo.

Ocorre que, com o julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888/DF, impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União que considerara inconstitucional a aplicação, pela Petrobrás, de seu “Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado” (Decreto nº 2.745/1998), a discussão voltou à tona. Em sua decisão monocrática, o Ministro Relator questionou a subsistência do verbete sumular, uma vez que a ampliação significativa do rol de legitimados a provocar o controle concentrado de normas por parte do STF teria acabado “por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”³⁹⁵. Julgamentos monocráticos recentes, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, têm reiterado a superação da Súmula nº 347, negando, por conseguinte, a possibilidade de o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade de leis³⁹⁶.

³⁹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas: órgão constitucional, funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, jul./set. 1972, p. 8.

³⁹⁴ A expressão é oriunda de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 258.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 25.888-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25888%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpyp6gn>>. Acesso em: 25 out. 2018.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 35.836-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Sindicato Paulista dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+35836%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7w3vfwj>>. Acesso em: 25 out. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 35.410-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+35410%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7w3vfwj>>. Acesso em: 25 out. 2018.

A resposta mais consentânea com a Constituição Federal parece estar em algum ponto no meio do caminho entre os posicionamentos históricos expostos. De início, há que se refutar que a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado tenha alterado, *per se*, de qualquer forma, o controle difuso. Assim se afirma porque não há argumentos jurídico-normativos que correlacionem amplitude de legitimação para uma ação de controle abstrato e a competência jurisdicional para o controle concreto de constitucionalidade. Ademais, inúmeros recursos com repercussão geral reconhecida e ações de controle concentrado descansam por dilatado período de tempo nos escaninhos do STF e aguardam deslinde definitivo, não havendo que se falar em maior celeridade da via concentrada.

Nada obstante, não se vislumbra no texto constitucional abertura para um puro controle de constitucionalidade de leis – em abstrato ou em concreto – por parte do Tribunal de Contas. A competência controladora dessa instituição restringe-se às condutas (comissivas e omissivas) da Administração Pública, não abarcando o exame de constitucionalidade das espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal³⁹⁷, do qual se incumbe privativamente o Poder Judiciário, em exercício de função que se destaca no sistema de *checks and balances* da Carta de 1988.

Por certo, quando da interpretação e aplicação das leis com vista a fiscalizar os atos dos demais Poderes e órgãos constitucionais, o Tribunal de Contas não tem como deixar de ler o diploma infraconstitucional – qualquer que seja – à luz da Constituição³⁹⁸. A Corte tem, como todas as instituições públicas³⁹⁹, o dever de promover a observância da Lei Maior e concretizar o princípio da supremacia da

35410%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7mpp34h>. Acesso em: 25 out. 2018.

³⁹⁷ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções”.

³⁹⁸ Advogando a interpretação conforme a Constituição como dever de todas as autoridades públicas – e não somente do Poder Judiciário – na aplicação de normas jurídicas, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 68.

³⁹⁹ Criticando a “sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário”, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Versão digital.

Constituição; isso não significa, porém, que possa ele afastar a incidência de lei sob o fundamento de exercer, *in casu*, controle de constitucionalidade desta⁴⁰⁰. Deparando-se, em seus procedimentos fiscalizatórios, com leis cujo conteúdo se revele inconstitucional, caberá ao órgão de controle duas opções não excludentes, em cumprimento ao inciso XI do art. 71 da Carta de 1988: a) representar aos Chefes dos Poderes Legislativo e Executivo competentes, para que tomem providências visando à revogação ou à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos viciados, bem como aos demais legitimados, para que ajuízem as ações de controle concentrado cabíveis; b) alertar, aos agentes públicos e aos eventuais beneficiários da legislação questionada, que pairam dúvidas acerca da constitucionalidade das prescrições legais, havendo a possibilidade de estas virem a ser infirmadas no âmbito judicial.

Outra é a situação quando o órgão de controle externo se depara com atos administrativos que violam, diretamente e por si sós, a Constituição Federal. Aqui, mesmo no caso de atos normativos⁴⁰¹ – que são, afinal, atos administrativos –, há que se reconhecer a possibilidade de um “controle de constitucionalidade”, que nada mais é do que o contraste de um ato praticado no exercício de função administrativa (e não legislativa ou jurisdicional) com a Constituição, a qual compõe, segundo já aduzido, o “bloco de legalidade”. Reconhecendo-se que o Tribunal de Contas pode (*rectius*: deve), no exercício de suas competências, apreciar a constitucionalidade dos atos do Poder Público praticados como concretização da função administrativa (típica ou atípica), mantém-se parcialmente conforme com a CF/88 a Súmula nº 347 do STF.

Ademais, se é admissível que a Administração Pública atue com fundamento direto na Lei Maior, mostra-se lógico que também o controle exercido sobre os gestores públicos se dê tendo a Carta da República como parâmetro imediato. Em consonância com essa ideia, entende-se que os princípios da legalidade, legitimidade e

⁴⁰⁰ Em sentido contrário, entendendo que a Corte de Contas, reputando inconstitucional determinada lei, tem “a competência para determinar à autoridade administrativa que se abstenha de sua prática”, podendo, em caso de recusa, “aplicar sanção ao agente que descumpriu a determinação do Tribunal”, cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 278. O grande problema dessa tese é que ela põe o administrador “entre a cruz e a espada”: ao descumprir uma prescrição legal, pode vir a responder nas esferas administrativa e judicial; ao descumprir uma determinação da Corte de Contas, pode vir a responder na esfera controladora; por essa razão, a melhor saída parece ser conceder ao agente público, por sua conta e risco, liberdade para agir, informando-o acerca dos riscos de suas opções de conduta.

⁴⁰¹ Incluindo expressamente os atos normativos da Administração no controle de legalidade a cargo do Tribunal de Contas, cf. TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 35.

economicidade, previstos no *caput* do art. 70 da CF/88 como os parâmetros de fiscalização da Administração, têm dois destinatários imediatos: os gestores públicos, que devem garantir que sua atuação ocorra conforme o Direito e o interesse público, e os órgãos responsáveis pelo controle externo⁴⁰², mormente o Tribunal de Contas, que detém a expertise técnica para tanto.

Ao pôr, ao lado da legalidade, a legitimidade e a economicidade como critérios de correção da ação administrativa, o constituinte manifestou claramente a insuficiência de exames formalistas⁴⁰³, associados à concepção estrita e tradicional de legalidade. Legou-se, pois, ao controle externo, o dever de adentrar o mérito do exercício da função administrativa⁴⁰⁴, a partir da concepção de que os resultados da ação pública importam tanto quanto ou mais do que as questões legais-procedimentais⁴⁰⁵.

A orientação finalística, com foco nos resultados, coloca em relevo e juridifica a legitimidade do agir administrativo⁴⁰⁶, ensejando um controle substantivo que tem por objeto não apenas atos individuais, mas também programas e políticas públicas complexos, analisados sob o prisma dos benefícios trazidos aos cidadãos⁴⁰⁷. Torna-se necessário, por conseguinte, definir o que está em jogo quando se toma a legitimidade como parâmetro jurídico de fiscalização.

Guido Falzone, em sua clássica obra sobre o “dever de boa administração”, fala na violação desse dever como um vício de legitimidade, assumindo um senso

⁴⁰² Nesse sentido, cf. NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 373.

⁴⁰³ Cf. GALLOTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 25.

⁴⁰⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 750; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

⁴⁰⁵ Cf. VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 28, n. 74, out./dez. 1997, p. 62.

⁴⁰⁶ Sobre a conversão de princípios econômico-financeiros em conceitos jurídicos, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 27.

⁴⁰⁷ De forma semelhante, cf. IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas públicas: o controle pelo Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 111; FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 18-19. Fala-se, também, em apreciação da atividade administrativa “como um fluxo, isto é, cinematograficamente, ao invés de sê-lo apenas fotograficamente, na contemplação isolada de um ato, visto que cada ato se insere em um conjunto”, cf. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 141.

amplo de afronta à lei⁴⁰⁸. Na doutrina nacional, há um relativo consenso de que, ao falar em controle de legitimidade, o constituinte está a exigir que a máquina pública seja posta em movimento, invariavelmente, para promover o interesse público e a boa administração⁴⁰⁹, isto é, para garantir que as receitas sejam arrecadadas e as despesas, realizadas, tendo por objetivo lograr o alcance de algum bem eleito direta ou indiretamente como de utilidade ao corpo social, conforme o ordenamento jurídico⁴¹⁰.

Essa constatação impõe que a legitimidade seja aferida tanto nos fundamentos (causas) quanto nos resultados (efeitos) da ação pública. De um lado, legitimação tem a ver com justificação, abrindo-se ao controle a possibilidade de verificar a causa do ato administrativo, compreendida como “a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade legal”⁴¹¹. De outro, o controle de legitimidade se relaciona com os resultados propriamente ditos, particularmente importante em função da consolidação da ideia, já abordada, de que o princípio da legalidade estrita deve ser invocado precipuamente quando em face da dialética autoridade-liberdade, isto é, nas situações que envolvam direitos subjetivos e medidas afitivas.

Assim é que a fiscalização da Corte de Contas sob a perspectiva da legitimidade representa “o fechamento do círculo que contém o Poder Público na intimidade das fronteiras da legalidade”⁴¹² (em sentido lato), que se toca com a noção de boa administração⁴¹³. A legitimidade se caracteriza, pois, de forma dúplice, pelo

⁴⁰⁸ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 154-155.

⁴⁰⁹ Cf., exemplificativamente, FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95; BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. *Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116. É também comum a esses autores a vinculação da legitimidade ao princípio da moralidade.

⁴¹⁰ Acerca da necessidade de se perscrutar, no ordenamento jurídico-positivo, os significados em concreto de “bem comum” e “interesse público”, cf. ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 206; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 242; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

⁴¹¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

⁴¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 135.

⁴¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93. No mesmo passo,

exercício (poder exercido com vista ao interesse público) e pelo resultado (desempenho administrativo satisfatório, que alcança o desiderato posto pela ordem jurídica)⁴¹⁴.

Diante do exposto, vale notar que a legitimidade está a conferir aos cidadãos uma garantia de que a Administração não pode dar-se por satisfeita simplesmente por seguir procedimentos formais-burocráticos. Não basta, por exemplo, realizar licitações; é imperioso que as licitações tenham por objeto compras, serviços e obras que correspondam e atendam a necessidades públicas reais⁴¹⁵, e o controle de legitimidade se põe justamente para corrigir comportamentos desviantes das finalidades da atuação administrativa⁴¹⁶.

Assim sendo, conclui-se que, ao tratar da “lei” e da “ilegalidade”, a Constituição Federal cometeu ao Tribunal de Contas um amplo – embora não ilimitado – poder de intervenção nas condutas da Administração Pública, que se alicerça na verificação se o agir administrativo é válido, isto é, conforme a lei e o Direito, atendendo ao ordenamento jurídico enquanto sistema aberto e dinâmico e ao interesse público⁴¹⁷, que só se pode definir no caso concreto e à luz desse mesmo ordenamento. Fixada essa premissa, pode-se avançar à análise do caráter cogente das determinações, que consolida o Tribunal de Contas como ator na separação de Poderes prevista pelo constituinte originário.

relacionando boa administração, legitimidade e economicidade, cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 95.

⁴¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21. Ainda, analisando a “legitimação pelo êxito” característica do Estado Social, a qual impõe à Administração Pública a obtenção de um “resultado eficiente na satisfação das necessidades sociais”, cf. OTERO, Paulo. *Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 150.

⁴¹⁵ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 720; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 367. Não se está, contudo, de pleno acordo com esta autora quando afirma que “legítimo é mais que legal” (p. 58); o que se verifica, com efeito, é que o controle de legitimidade aprofunda a fiscalização tradicional de mera legalidade, oportunizando um controle substancial efetivo.

⁴¹⁶ Nesse sentido, cf. CAMARGO, Guilherme Bueno. *Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 780.

⁴¹⁷ Acerca dos requisitos de legitimidade e validade do ato, em sentido aproximado ao aqui expandido, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *A Administração Pública e seus controles*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 114, out./dez. 1973, p. 24.

2.1.1.2 Da natureza cogente das determinações como decorrência do sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição Federal

Examinar se o Tribunal de Contas tem competência para exarar provimentos cogentes, isto é, obrigatórios para os seus destinatários, significa, ao fim e ao cabo, verificar se faz sentido denominar “determinações” os ditos “atos de comando” da Corte. Analisa-se, assim, se o Tribunal pode impor deveres, obrigações de fazer e de não fazer, a terceiros.

Determinação, na praxe da Corte de Contas – e em nosso vernáculo, de modo geral –, é o mesmo que comando ou ordem, o que traz a ideia de obrigação ou dever imposto ao órgão, entidade ou agente a que se dirige. Logo, se se pretende definir juridicamente o termo “determinação”, é necessário, antes, perscrutar de que se está a tratar quando se fala em um “dever jurídico”.

Em *O Conceito de Direito*, Hart defende que a posição de comando é caracterizada pelo exercício da autoridade sobre homens, não necessariamente vinculado à capacidade de infligir um dano ao sujeito passivo do dever, não correspondendo, portanto, a “um recurso ao medo”, mas sim a “uma chamada ao respeito pela autoridade”⁴¹⁸. A conjunção da ameaça de imposição de medida afliativa à prescrição jurídica seria uma possibilidade, mas não constituiria elementar do *status* de autoridade. Em estudo posterior, o mesmo Hart define dever jurídico como a conduta que pode ser correta ou justificadamente exigida de um sujeito, de modo que a desobediência envolve a probabilidade e a justificação legal de uma punição⁴¹⁹.

Com uma visão similar, a teoria kelseniana do dever jurídico estatui que este só está presente quando se exige de alguém uma dada conduta – comissiva ou omissiva – e, para o caso de desatendimento desta, prevê-se uma sanção⁴²⁰. Sanção, aqui, há de ser entendida em sentido amplo, como ato coercitivo decorrente do descumprimento de um dever, e não no sentido estrito de punição⁴²¹.

⁴¹⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 26.

⁴¹⁹ HART, H. L. A. Problemas da Filosofia do Direito (1967). In: HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 102-103.

⁴²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 56.

⁴²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 45, 125 e 129. De forma similar, tratando “sanção jurídica” como “consequência juridicamente relevante”, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 83-84.

A relação de dever demanda, assim, a existência de uma norma que imponha uma conduta e estabeleça uma consequência afliativa (não necessariamente uma pena) em face da conduta oposta. Dever (vínculo obrigacional) e responsabilidade (exigência prestacional) andam, pois, juntos⁴²², sendo válido enxergar nessa concepção uma noção relacional de poder, posta quando um sujeito obtém de outro um comportamento que não ocorreria na ausência da relação subordinante⁴²³.

Nesse passo, importa trazer novamente à tona a mudança de paradigma do Direito Administrativo hodierno, que deixou de conceber a posição das autoridades públicas como um feixe de poderes administrativos, convertendo-se estes em deveres jurídicos ou “deveres-poderes”⁴²⁴. A Administração Pública age por dever, não por prerrogativa ou faculdade; sua atuação é imposta pela lei, com vista ao atendimento do interesse público conforme definido no ordenamento jurídico. Em consequência, o órgão do Estado é tido como sujeito de deveres, por ser quem pode, com sua conduta, violá-los e encetar os efeitos da desobediência⁴²⁵.

Diante dos deveres cometidos autoritativamente pelo ordenamento jurídico, a Administração Pública pode aceitá-los e cumpri-los ou negá-los por meio do descumprimento, sujeitando-se aos riscos inerentes ao desatendimento do comando⁴²⁶. Enquanto vigor o império da lei, não se dá a possibilidade de “desconfirmação” da autoridade, isto é, de sua pura desconsideração, como se não existisse; ao ser ignorada, de modo a se manter como autoridade, deverá tratar a “desconfirmação” como “rejeição” e infligir as consequências previamente estabelecidas para o descumprimento⁴²⁷. A reação ao descumprimento é o momento em que as normas referentes aos tribunais (administrativos ou judiciais) entrarão em ação, como resposta ao insucesso da obediência espontânea, objetivo primário do sistema jurídico; ainda

⁴²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162 e 168.

⁴²³ Para o “conceito relacional de poder”, cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 77-78.

⁴²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 77 e 86.

⁴²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 336.

⁴²⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano XV, n. 61, jan./mar. 1982, p. 30.

⁴²⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 107. Em convergência, tratando do princípio da primazia da lei e da vinculação positiva e negativa da Administração às leis existentes, Maurer assevera que “algumas sanções, contudo, devem existir, se esse princípio não deve andar no vazio”, cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 121-122.

que indispensável, a reação do controle – qualquer que seja o órgão dele incumbido – é sempre subsidiária⁴²⁸.

Pelo exposto, um provimento do Tribunal de Contas será considerado cogente, consubstanciando um dever jurídico sob encargo da Administração Pública, se e quando seu descumprimento tiver como reação um ato coercitivo por parte do primeiro, consequência que poderá corresponder a uma intervenção mais incisiva sobre a vontade administrativa ou a uma punição àquele de quem se exige a prestação, *i.e.*, o responsável. Uma análise aprofundada do inciso IX do art. 71 da Constituição Federal é o ponto de partida para consolidar o entendimento de que as deliberações da Corte que determinam a adoção de providências aos agentes administrativos veiculam, para estes, uma típica obrigação.

De início, não se pode considerar vazia ou inócua a previsão de que o Tribunal de Contas deve “assinar prazo” à instituição competente para a implementação de medidas. Quem não detém um poder subordinante, vigorosamente interventivo, não pode fixar termo para que outros façam o que quer que seja. Por óbvio, não se está a falar do órgão de controle como hierarquicamente superior aos demais órgãos constitucionais, mas simplesmente como detentor de uma autorização (*rectius*: dever-poder) constitucionalmente atribuída para imiscuir-se na atividade de outro detentor do poder estatal e, dessa maneira, frustrar sua postura (ação ou omissão) tida por ilegal⁴²⁹. Essa atribuição coaduna-se com a circunstância de a Lei Maior ter conferido primordialmente ao Tribunal “o controle da regularidade, da moralidade e da eficácia da Administração Pública brasileira”⁴³⁰.

Veja-se que o aprazamento já é uma medida de segundo nível (subsidiária, nos termos de Hart), prevista no ordenamento jurídico para se opor ao não atendimento espontâneo de um comando legal. Trata-se, pois, de uma reação, a um só tempo, informativa da ilegalidade e impositiva das ações necessárias à reconstituição da ordem jurídica⁴³¹. Resta clara, assim, a ausência de sentido em se instituir a hipótese de fixação

⁴²⁸ Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 52.

⁴²⁹ Sobre a autorização constitucional para intervir na atividade de outros detentores do poder como uma das formas de controle interorgânico típico dos mecanismos de *checks and balances*, cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 252.

⁴³⁰ GALLOTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 31.

⁴³¹ Em sentido contrário, afirmando, a nosso ver, illogicamente, que “ao determinar prazo para correção, o Tribunal não está, de fato, ordenando” diretamente uma providência, cf. SUNDFELD, Carlos Ari;

de prazo se, uma vez esgotado sem adoção das providências preconizadas, não houver consequências jurídicas como reação a esse novo descumprimento.

Dá se reputar correta e adequada a denominação “determinação” para os provimentos da Corte de Contas que assinam prazo para a implementação das medidas reputadas necessárias ao cumprimento da lei. Nesses casos, as deliberações constituem efetivos comandos, atos imperativos, não sendo seu atendimento mera faculdade dos destinatários. Há quem defenda não se tratarem de atos imediatamente obrigatórios para a Administração, mesmo em face da possibilidade de sustação da execução do ato impugnado, em caso de não atendimento⁴³². Trata-se de evidente equívoco.

Como discorrido acima, o dever jurídico está posto quando o não atendimento da prescrição constante do enunciado normativo é seguido de um ato coercitivo legalmente justificado – ou, na definição de “sanção” de Bobbio, uma “consequência institucional, isto é, organizada, desejada e efetivada pelo próprio sujeito que estabeleceu o comando”⁴³³. Na situação *sub examine*, o ato coercitivo é precisamente aquele estatuído no inciso X do art. 71 da Carta de 1988, qual seja, a sustação do ato impugnado, se não atendida, no prazo, a determinação visando ao “exato cumprimento da lei”, isto é, à “recomposição da ordem jurídica”⁴³⁴.

Nos textos constitucionais de 1967 e 1969, os primeiros a autorizarem o órgão de controle externo a assinar prazo para a adoção de providências com vista ao exato cumprimento da lei, havia expressa previsão de que o Presidente da República poderia, *ad referendum* do Congresso Nacional, ordenar a execução do ato sustado pelo Tribunal de Contas. O constituinte de 1988 repetiu *ipsis litteris* a competência da Corte, mas suprimiu a abertura aos Poderes Executivo e Legislativo para reverterem a decisão da esfera controladora⁴³⁵. Se já antes se identificava a natureza cogente da determinação

CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200.

⁴³² Cf. GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 108: “As decisões atinentes à estipulação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada irregularidade (art. 71, IX), a Administração pode não cumpri-las – daí não serem imediatamente obrigatórias para ela – o que, não obstante, poderá ensejar a sustação da execução do ato impugnado”.

⁴³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 185.

⁴³⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 326.

⁴³⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

do Tribunal, a exclusão da hipótese de superação da sustação por parte dos Poderes constituídos ratifica e robustece o caráter obrigatório desse tipo de provimento.

Com efeito, a previsão legal de intervenção no agir administrativo por parte do órgão de controle em caso de descumprimento é justamente o que garante o caráter imperativo da decisão do Tribunal, consistindo em muito mais do que uma denúncia de irregularidade ou solicitação de providências⁴³⁶. A sustação não foi, portanto, instituída “apesar” da possibilidade de rejeição da ordem da Corte; pelo contrário, foi elencada como meio de o órgão de controle “negar a negação” de seu comando, garantindo que sua autoridade continue válida e hígida.

Reforça o caráter cogente das determinações a jurisprudência do STF e do STJ, a qual recusa à autoridade administrativa que cumpre o comando da Corte de Contas legitimidade para figurar como coatora em mandado de segurança impetrado por terceiro afetado pelo ato ordenado. Nesses casos, por se reconhecer que o agente administrativo não tinha opção que não atender à determinação do órgão de controle, sendo mero executor de ordem, reputam-se, como autoridades cootoras, apenas os representantes do Tribunal de Contas respectivo⁴³⁷.

Nada obstante, a ilegalidade verificada pode eventualmente não se dar por meio de um ato comissivo, mas sim de uma omissão por parte do poder público, pelo não atendimento a um *facere* normativamente estatuído. Assumindo-se a existência de um controle não jurisdicional de juridicidade da implementação de políticas públicas, tal situação reclama, igualmente, combate por parte das instituições incumbidas dessa

⁴³⁶ No mesmo sentido, cf. SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Os Tribunais de Contas no Supremo Tribunal Federal: crônicas de jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 41, jul./set. 1998, p. 46.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 25403/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Ionni Tadeu de Sá. Impetrados: Tribunal de Contas da União e Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRIBUNAL+ADJ+DE+ADJ+CONTAS+E+MANDADO+ADJ+DE+ADJ+SEGURANCA+E+ORDEM+E+EXECUTOR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybk47wop>>. Acesso em: 24 nov. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. *AgRg no RMS 33.019/PE*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Francisco Geraldo Apoliano Dias. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18793720&num_registro=201001830027&data=20120203&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2018.

fiscalização⁴³⁸, afinal, a concretização do ordenamento jurídico “não é opção discricionária do administrador, dos administrados e do intérprete”⁴³⁹.

Isso posto, o legislador infraconstitucional, contribuindo para o alcance do desiderato constitucional, em consonância com a harmonia e o equilíbrio devidos na execução dos controles interorgânicos, instituiu mecanismos para lidar com o desatendimento de determinações tanto comissivas quanto omissivas. Positivada a hipótese de julgamento de contas “regulares com ressalva”, o qual enseja a emissão de determinações para prevenir a recorrência de falhas identificadas (art. 18 da LOTCU), fortaleceu-se a cogência desses comandos pela previsão da reincidência em seu descumprimento como possível causa para o julgamento pela irregularidade das contas (§ 1º do art. 16 da LOTCU). Em acréscimo, constam como fatos puníveis pelo órgão de controle o não atendimento, no prazo fixado, sem justo motivo, a decisão do Tribunal, bem como a reincidência no descumprimento de determinação da Corte (art. 58, IV e VII, da LOTCU)⁴⁴⁰.

Tal forma de atuação do Tribunal de Contas, oportunizada a partir de fiscalizações empreendidas por suas unidades técnicas, representa um contrapeso em face da “tecnoburocracia” surgida no âmbito da Administração, reequilibrando as relações entre esta e os órgãos responsáveis pelo seu controle⁴⁴¹. O diálogo volta a se dar, assim, com “paridade de armas”, *i.e.*, entre instituições não simplesmente políticas, mas também de acentuado caráter técnico, dotadas dos conhecimentos especializados para o desempenho de suas respectivas atribuições.

⁴³⁸ Em convergência, cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27.

⁴³⁹ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 325.

⁴⁴⁰ Cf. FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 47-49. O autor assevera, ainda, que o descumprimento de determinação emanada do Tribunal de Contas em decisão em face da qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo, além de gerar as consequências assinaladas na esfera controladora, configura crime de desobediência ou prevaricação, bem como ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei nº 8.429/1992. A hipótese de ato de improbidade, apesar de controversa, parece viável em tese; contudo, o sancionamento penal soa excessivo, principalmente porque o ordenamento jurídico já previu expressamente efeitos não penais com força suficiente para se atingir a finalidade constitucional e se proporcionar retribuição pelo ilícito, bem como prevenção geral e especial. Acerca da possibilidade de aplicação de sanções diretamente pelo Tribunal de Contas como inovação da Constituição de 1988, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

⁴⁴¹ Sobre o desequilíbrio no exercício do controle pelos Poderes Legislativo e Judiciário em função do “micropoder” representado pela “tecnoburocracia”, responsável por questões complexas surgidas com o Estado de bem-estar social, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

O termo “diálogo” não aparece neste momento por acaso. Como referido no início deste capítulo, Willeman propõe, de modo pioneiro, a inclusão do Tribunal de Contas na teoria dos diálogos institucionais. Enquanto, em sua formulação original, a teoria se refere aos embates argumentativos e decisórios entre os Poderes Judiciário e Legislativo⁴⁴², aqui, o foco estará preponderantemente voltado para as relações entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública (qualquer órgão ou Poder no exercício da função administrativa).

A determinação da Corte de Contas traz em seu bojo a informação de que se verificou uma ilegalidade e a ordem em si, que pode ser mais ou menos específica⁴⁴³, conforme será analisado mais adiante. Conquanto o órgão de controle externo e a Administração Pública sejam, hodiernamente, instituições de reconhecida especialização técnica, não há como se lhes negar sua natureza também política, e, como assinala Conrado Hübner Mendes, “[a] política é uma sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade”, exigindo-se que, a cada “rodada procedimental”, uma agência específica decida, ainda que a partir de uma combinação entre posições de diferentes agências⁴⁴⁴.

Tendo como norte tal concepção, é válido considerar que o Tribunal de Contas, sempre que se deparar, em sua atividade fiscalizatória, com irregularidades suficientes para ensejar uma determinação, deve instaurar um procedimento dialógico, de modo a oportunizar aos gestores públicos que se manifestem em relação tanto à existência de uma ilegalidade a ser sanada quanto ao que se revela efetivamente necessário para o “exato cumprimento da lei”⁴⁴⁵. Nesse sentido, nos casos em que não for indispensável a adoção de uma determinação “cautelar” em que o contraditório deva ser diferido, demanda-se a oitiva da Administração, seja para minimizar o “potencial invasivo” da ação controladora, seja para propiciar o amadurecimento do processo decisório⁴⁴⁶.

⁴⁴² Na doutrina nacional, cf., por todos, MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

⁴⁴³ A assinatura de prazo para adoção de providências constitui assim “efeito irradiado da decisão sobre o ato jurídico ilícito”, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 257.

⁴⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182 e 188-189.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 880. De forma similar, mas considerando o “procedimento dialético” necessário apenas para apurar eventual responsabilidade e meramente preferencial no caso das determinações, cf. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 251.

⁴⁴⁶ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 289.

Na configuração constitucional brasileira, a “última palavra provisória”⁴⁴⁷ nesse diálogo caberá ao Tribunal de Contas, o qual, após conceder ao jurisdicionado oportunidade para apresentar suas considerações, proferirá sua decisão, possivelmente determinando aos responsáveis pela gestão pública a adoção de medidas reputadas necessárias à recomposição da legalidade. A potencial ocorrência de equívoco e a discordância por parte dos destinatários não fazem o provimento perder autoridade ou obrigatoriedade, mas tornam legítimo o “desafio” dos Poderes constituídos à decisão, nas formas permitidas pela ordem constitucional⁴⁴⁸.

Esse “desafio” não se confunde com “descumprimento” ou “desconsideração” do comando, podendo consistir em contestação de irregularidades ou de suas causas – assinaladas por auditores de controle externo –, em interposição de recursos face às decisões ou mesmo em alterações de atos normativos utilizados como parâmetros por ocasião da fiscalização⁴⁴⁹. Nessa senda, faz-se razoável reputar a determinação do Tribunal de Contas como “relativamente definitiva” ou “última palavra provisória”, uma vez que sempre sujeita a reações (contestações e revisões)⁴⁵⁰, inclusive mediante o ajuizamento de ação junto ao Poder Judiciário⁴⁵¹, que poderá considerar nulo o comando da Corte de Contas.

De todo modo, uma vez tomada a decisão, até que eventual reação surta efeito modificativo ou desconstitutivo, a determinação do órgão controlador representa aplicação de uma norma geral a um caso concreto, consistindo, na formulação kelseniana, em produção de uma norma individual ou concretização da norma geral⁴⁵². Ao interpretar e aplicar um enunciado normativo (norma geral), a Corte “produz” a

⁴⁴⁷ A expressão consta em MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182-183.

⁴⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

⁴⁴⁹ Discorrendo sobre a validade e a normalidade de inovações no ordenamento jurídico como forma de oposição a posicionamentos da Corte de Contas (“retroalimentação legislativa”), em procedimento que se assemelha ao *backlash* das relações Legislativo-Judiciário, cf. ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de contratos públicos*. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017, p. 183.

⁴⁵⁰ Ao tratar dos diálogos constitucionais entre Cortes de Justiça e Parlamentos, Mark Tushnet afirma que “[a] conversa termina quando o participante cujas decisões têm definitividade normativa sinaliza que a conversa se encerrou, ao menos temporariamente”, cf. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008, p. 34. No original: “The conversation ends when the participant whose decisions have normative finality signals that the conversation is over, at least for a while”.

⁴⁵¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de contas: aspectos polêmicos: Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

⁴⁵² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 256.

norma⁴⁵³. Nesse sentido, mostra-se adequado atribuir às determinações do Tribunal um caráter normativo⁴⁵⁴, já que “as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas”⁴⁵⁵.

Conquanto semelhante, na medida em que também configura deliberação de órgão externo que interfere no agir administrativo, o provimento da Corte de Contas nem se confunde, nem substitui a decisão judicial. Com efeito, ambas constituem “normas individuais”, capazes de impor obrigações de fazer ou de não fazer ao jurisdicionado.

Entretanto, ao contrário do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas não tem por função assegurar o gozo de direitos subjetivos, ainda que possa oportunizá-lo indiretamente⁴⁵⁶, uma vez que “a proteção de bens e dinheiros públicos é estabelecida, em primeiro lugar, contra o próprio administrador público, nos termos da equação da relação de administração”⁴⁵⁷. Ao órgão de controle externo incumbe garantir que a Administração Pública cumpra seus deveres jurídicos, os quais podem implicar, mas não necessariamente implicam a existência de direitos subjetivos correspectivos⁴⁵⁸. Daí dizer-se que a competência para ordenar a recomposição da ordem jurídica lesada é exercida em face da autoridade pública, e não de eventual beneficiário do ato administrativo⁴⁵⁹.

⁴⁵³ Sobre a “construção” da norma pelo intérprete, em entendimento similar ao exposto, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 35.

⁴⁵⁴ Cf. LIMA, Dagomar Henriques. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 111, jan./abr. 2008, p. 39; ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Interesse Público*. Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 257.

⁴⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 258-259.

⁴⁵⁶ Em juízo semelhante, Zymler defende que o processo do Tribunal de Contas “é vocacionado a fazer cumprir o interesse público, cabendo à tutela de interesses privados plano secundário”, cf. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 256.

⁴⁵⁷ ATALIBA, Geraldo. Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 287. Para a definição da relação de administração, cf. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 51-52.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, defendendo que todo direito subjetivo implica um dever objetivo, mas que a recíproca não é verdadeira, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (2006). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 491. Divergindo parcialmente, embora reconheça que “a figura deontológica originária é o dever, não o direito”, Bobbio nega a existência de uma obrigação sem um direito correspectivo, cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 72 e 94.

⁴⁵⁹ Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 326.

Em se tratando de controle de políticas públicas, fluxos de atos e decisões que acarretam despesas visando à realização de uma finalidade estatal, a cogência de uma determinação proferida tem como efeito imediato, no mínimo, a (re)colocação do problema na agenda pública, pois obriga que ele receba algum tratamento⁴⁶⁰. O provimento do Tribunal pode interferir, assim, na percepção de um problema ou na sua definição, na implementação em si do programa, o que inclui seu financiamento, sua regulamentação, seu planejamento, suas rotinas e seus resultados, ou no acompanhamento que a própria Administração deve fazer da política pública⁴⁶¹.

Por todo o exposto, conclui-se que a posição do Tribunal de Contas como detentor de parcela do poder estatal, na formatação dada, em especial, pelo art. 71, IX e X, da CF/88, torna obrigatórias suas determinações para os agentes incumbidos da função administrativa⁴⁶². Não encontra respaldo no ordenamento jurídico, portanto, a tese de Grau de que as determinações do Tribunal de Contas só obrigarão a Administração “após terem sido acolhidas pelo Poder Legislativo”⁴⁶³. Inexiste enunciado normativo que estabeleça conexão entre o aprazamento para adoção de providências pela Corte e qualquer ação do Parlamento, cabendo àquela exclusivamente comunicar a este, *a posteriori*, a sustação de ato administrativo, caso venha a ocorrer (art. 71, X, *in fine*).

Tal entendimento não confere ao órgão de controle um poder discricionário sobre a Administração, mas sim uma competência relativamente vinculada que deve ser exercida de maneira parcimoniosa, nos limites conferidos pela ordem constitucional. Cumpre, pois, definir, tão precisamente quanto possível, os contornos para que o Tribunal de Contas exare determinações sem usurpar atribuições dos Poderes

⁴⁶⁰ Embora seja possível, em tese, que o Tribunal de Contas exija a criação *ab initio* de uma política pública para atender a um reclamo da ordem jurídica até então ignorado pela Administração, é mais comum e razoável conceber a atividade da Corte sob uma perspectiva incremental, atraindo atenção para um problema já existente, conhecido e parcial, mas insuficientemente tratado. Sobre a definição da agenda como fase inicial da política pública, envolvendo a percepção e a delimitação do problema, bem como a mobilização de apoio para incluí-lo na agenda, cf. RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: McCool. Daniel C. (ed.). *Public policy theories, models, and concepts: an anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 159.

⁴⁶¹ Acerca das fases da política pública aqui referidas, cf. RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: McCool. Daniel C. (ed.). *Public policy theories, models, and concepts: an anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 159-161.

⁴⁶² Victor Nunes Leal também assim entendia, mesmo antes de instituída a competência do Tribunal de Contas para assinar prazo para adoção de medidas, cf. LEAL, Victor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. (1949). *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*. João Pessoa, v. 2, n. 4, jul./nov. 2003, p. 94.

⁴⁶³ GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 108.

constituídos, ou seja, respeitando seu papel no sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição Federal de 1988.

2.1.2 Das limitações fáticas e normativas à exarcação de determinações pelo Tribunal de Contas

Em uma democracia constitucional como a brasileira, é um truísmo afirmar que nenhum Poder ou órgão exerce suas competências de maneira ilimitada ou desprezando as competências dos demais detentores do poder. Essa platitude se acentua ainda mais quando se refere à execução das atividades de controle, as quais têm por função basilar assegurar o hígido exercício das atribuições alheias.

Como abordado no início desta dissertação, o leque de incumbências legado pelo constituinte ao Tribunal de Contas revela-se amplo e variado; o “produto” de suas fiscalizações, contudo, restou condicionado e restrito de forma mais ou menos definida. As divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos limites do controle externo se aprofundam quando se está a analisar justamente o preceito contido no inciso IX do art. 71 da CF/88, isto é, o poder da Corte de Contas de ordenar a adoção de medidas⁴⁶⁴.

Tendo já se exposto as conclusões acerca da cogência desse tipo de provimento e da abrangência do que se considera “lei” e “ilegalidade” nesse contexto normativo, o que se põe a exame, agora, são os limites estabelecidos pela Constituição Federal para o exercício da competência de determinar. Requer-se, pois, um estudo do que significa a locução “exato cumprimento da lei” em sua conjugação com a expressão “se verificada ilegalidade”, sobre a qual versou parte do item 2.1.1.1 *supra*.

Assim, inicialmente, pretende-se demonstrar que a exarcação de determinações depende de uma dupla comprovação por parte do Tribunal: comprovação de que houve um desvio normativo, uma ilegalidade no sentido amplo apresentado anteriormente, bem como de que a medida ordenada é exigida para a concretização do ordenamento jurídico. Investigar-se-á, ainda, a viabilidade, à luz da ordem constitucional vigente, de expedição de provimentos ora mais genéricos, ampliando as opções da instituição controlada, ora mais específicos, limitando-lhe a liberdade de ação.

⁴⁶⁴ Reputando o poder de comando do Tribunal de Contas “bem restrito” e a fiscalização, quanto ao seu produto, “muito condicionada”, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

No tópico subsequente, em complemento à apreciação dos condicionamentos impostos ao poder de comando da Corte, abordar-se-á um tema caro à divisão de Poderes e ao controle interorgânico: o dever de autocontenção do órgão que detém a “última palavra provisória”.

2.1.2.1 Da condição de dupla comprovação para exarcação de determinações: o desvio normativo e a imprescindibilidade da medida para o correto cumprimento da norma

A interpretação dos enunciados normativos constitui atividade ínsita à aplicação do Direito⁴⁶⁵. Na medida em que o legislador constituinte fez uso do termo “exato” para configurar a atribuição do Tribunal de Contas que tem por finalidade garantir o cumprimento da lei por parte da Administração Pública, impende perquirir o que essa pretensão de exatidão pode, efetivamente, exigir. Enquanto órgão de controle exógeno, a Corte de Contas cumpre um papel de intérprete e aplicador do Direito similar ao do Poder Judiciário⁴⁶⁶, similitude que não pode ser confundida com identidade e que impõe, por isso, a diferenciação, justamente para que não haja uma usurpação de competências ou uma ampliação indevida daquelas instituídas pela Lei Fundamental.

O Direito, como campo do conhecimento, afasta-se das ciências exatas pela inviabilidade de demonstração cabal de suas “verdades”, de modo que sua concretização se dá antes por “argumentação” ou “justificação” do que propriamente por “demonstração”. Muitas vezes, a operação jurídica satisfaz-se com a verossimilhança, e seu resultado não será “a” verdade, mas apenas uma “versão da verdade”⁴⁶⁷. A realidade, a percepção da realidade e a descrição da realidade

⁴⁶⁵ Entende-se, assim, que qualquer órgão que receba competência para aplicar o Direito recebe, inexoravelmente, competência para interpretá-lo. De forma diversa, afirmando que “[s]eria absolutamente compatível com a Constituição que o poder de interpretar fosse alocado exclusivamente ao Congresso Nacional ou a algum outro órgão”, cf. GICO JR., Ivo Teixeira. *Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário*. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018, p. 73.

⁴⁶⁶ Contestando o monopólio do Poder Judiciário na interpretação jurídica e referindo, como “participantes da interpretação”, os “órgãos estatais com poder de decisão vinculante”, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 20.

⁴⁶⁷ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 345. De forma semelhante, tratando sobre as regras estipuladas pelos juriconsultos romanos e relativizando sua perfeição e definitividade, Villey declara que as decisões apenas “fazem as vezes da verdade”, cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 435.

distanciam-se uma da outra, levando ao entendimento de que há uma relativa inutilidade em se buscar o “verdadeiro” no Direito⁴⁶⁸. Por essa razão, classifica-se o Direito entre as ciências “compreensivas”, em oposição às ciências “exatas”⁴⁶⁹.

Por conseguinte, na atividade de concretização do Direito, os intentos de se chegar a uma resposta exata são pouco mais que “ficção e ilusão dos juristas”, não podendo, em geral, demandar-se mais do que “uma exatidão relativa, que reconhece a limitação de sua pretensão”, *i.e.*, no máximo, uma certeza jurídica limitada⁴⁷⁰. Tal exatidão relativa corresponderá sempre a uma noção de correção que só se deixa comprovar argumentativamente, ainda quando embasada, em maior ou menor monta, em demonstrações fáticas, pois a interpretação “não é saber puro, separado do ser”⁴⁷¹.

Nessa toada, vê-se com reservas a oposição entre demonstração e argumentação, aquela fundada na ideia de evidência, esta, na aspiração de lograr adesão às teses expostas⁴⁷². Com efeito, sendo o Direito uma “ciência compreensiva”, marcada pela proeminência argumentativa, a persuasão joga um papel decisivo – tão decisivo quanto o da realidade fática. Entretanto, a argumentação, a justificação com finalidade de persuasão, não se deixa contrapor à demonstração; pelo contrário, a demonstração, no sentido de evidencição da realidade ontológica, presta-se a reforçar ou a desmentir uma linha argumentativa adotada.

Adere-se, pois, à tese que trata o saber jurídico como “combinação de conhecer (demonstração) e estimar ou avaliar (persuasão)”⁴⁷³. Em uma contenda jurídica, importa a comprovação, amálgama de fatos e argumentos, por meio da qual se busca

⁴⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 58-59

⁴⁶⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 624.

⁴⁷⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 68-69. Em sentido similar, mas sem diferenciar o “exato” e o “correto”, Kelsen fala na ficção da interpretação “correta”, “de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica”, que só seria “realizável aproximativamente”, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 396.

⁴⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

⁴⁷² Acerca da oposição entre demonstração e argumentação, analisando os trabalhos de Perelman e Tyteca, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 324 e 335.

⁴⁷³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 349.

convencer assim o decisor como o destinatário da decisão⁴⁷⁴. Retomando-se a distinção entre realidade, percepção da realidade e descrição da realidade, cumpre ter em mente que a aplicação do Direito envolve não apenas a interpretação dos enunciados normativos, mas também a interpretação dos próprios fatos, ganhando sentido a ideia de que a “interpretação/aplicação” configura atividade “constitutiva”⁴⁷⁵, algo entre conhecimento e criação que continua o trabalho do legislador⁴⁷⁶.

Fala-se em “algo entre conhecimento e criação” porque a atividade interpretativa está inexoravelmente vinculada ao texto da norma, mas a decisão que consubstancia a norma individual resultante da interpretação é, dado o contexto fático subjacente à aplicação, mais do que o mero texto⁴⁷⁷. O decisor segue um procedimento por meio do qual visa assegurar o sentido correto dos enunciados aplicáveis, prestando-se sua fundamentação a comprovar que a resolução adotada, resultado de uma “aclaração e enlace de factos”, conforma-se com o Direito⁴⁷⁸. Nessa senda, o brocardo *in claris cessat interpretatio* não se confunde com o *clara non sunt interpretanda*: enquanto este significa que um texto claro dispensa interpretação – algo impensável, se a concretização exige a consideração de dada realidade –, aquele pontifica que “o que é claro põe termo à interpretação”, pressupondo, portanto, a atividade interpretativa, que deve cessar quando atingida a clareza (ou correção) pretendida⁴⁷⁹.

No mesmo passo, uma vez que as decisões jurídicas hão de decorrer de uma comprovação que congrega demonstração e argumentação, apresenta-se adequado o pensamento de Hart acerca da impossibilidade de se “demonstrar que uma decisão é a

⁴⁷⁴ “Mas ‘provar’ quer dizer, na linguagem do Direito Processual, ‘criar no tribunal o convencimento da exactidão de uma alegação de factos’”, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 431.

⁴⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 28.

⁴⁷⁶ Discorrendo sobre a acepção de interpretação como continuação do trabalho do legislador, cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 443.

⁴⁷⁷ Nesse passo, aduzindo que o conteúdo da norma deve ser determinado com base na realidade a ser ordenada e reconhecendo, assim, um limitado, mas inegável caráter criador na atividade interpretativa, sempre vinculada à norma, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-62.

⁴⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 209, 216 e 392.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, cf. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 108. Em divergência, restringindo o dever de interpretar o enunciado aos casos em que “um texto puder ser lido de mais de uma forma”, cf. GICO JR., Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018, p. 73.

única correta” – isto é, exata –, de forma que a deliberação deve tornar-se “aceitável como o produto ponderado da decisão imparcial informada pelos fatos”⁴⁸⁰. O reconhecimento teórico de que, em geral, não há uma única resposta correta não elide o fato de que, na aplicação do Direito – destacadamente em atividades de controle, seja judicial, seja extrajudicial –, “deve haver uma interpretação (e, pois, um sentido) que prepondera e põe um fim (prático) às múltiplas possibilidades interpretativas”⁴⁸¹.

Tal constatação nem obscurece a existência de interpretações simplesmente equivocadas, nem afasta a incidência da teoria dos diálogos, podendo-se aquiescer que a interpretação preponderante conforme o rito e as competências previstas é apenas a “última palavra provisória” e está sempre sujeita à “reserva de conhecimentos futuros melhores”⁴⁸² ou à mudança do contexto fático sobre o qual o enunciado normativo deve incidir.

A análise aqui expendida sobre as noções de exatidão e correção no universo jurídico é de particular importância para o presente trabalho porque a Constituição Federal expressamente refere o “exato cumprimento da lei” (art. 71, IX) como parâmetro para as medidas determinadas pelo Tribunal de Contas. Por todo o exposto, impõe-se a conclusão de que se trata aqui da “exatidão relativa” de Hesse, da “correção” de Grau e da “aceitabilidade” de Hart, cabendo à Corte definir, no caso concreto, após empreender atividade interpretativa, o que se mostra necessário para que a lei seja atendida.

Da parte final do inciso IX aludido, extrai-se a primeira condição para que o órgão de controle externo assine prazo para adoção de providências por parte da Administração: a verificação de ilegalidade, ou seja, o desvio normativo no amplo sentido apresentado previamente. Assim, a ilegalidade deve ser tida como violação ao Direito, independentemente da hierarquia do enunciado na “pirâmide normativa”. O trabalho do Tribunal de Contas, no primeiro momento, consiste, pois, em manifestar-se, a partir de uma avaliação dos fatos e das prescrições normativas – da atividade interpretativa –, acerca da juridicidade da ação ou da omissão administrativa.

Embora nunca se dispense fundamentação idônea e suficiente, há casos em que a ilegalidade é flagrante, por constituir franca contrariedade à letra da lei, ensejando

⁴⁸⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 265.

⁴⁸¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264.

⁴⁸² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 693.

a prolação de decisão com determinações para adoção das medidas necessárias ao atendimento da norma. Nessas situações, a prática de um ato vedado ou sem algum requisito exigido pela norma configura ilegalidade suficiente para reclamar a restauração da ordem jurídica⁴⁸³.

Em amparo a esse entendimento, a jurisprudência do STF reconhece à Corte o poder de determinar à Administração Pública que anule licitações viciadas e eventuais contratos delas decorrentes⁴⁸⁴, o que foi feito, à guisa de exemplo, pelo TCU no Acórdão 2.397/2017-Plenário⁴⁸⁵, que fixou prazo à Eletrobrás para anular certame em função da não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei de Licitações⁴⁸⁶. Outros casos, ainda que envolvam matéria estritamente jurídica, demandam um maior esforço argumentativo por parte do órgão de controle, como no Acórdão 1.086/2018-Plenário⁴⁸⁷, em que a Corte Federal considerou ilegal a utilização, como regra, da forma

⁴⁸³ Sobre o dever imposto à Administração Pública de restauração da ordem jurídica quando violada, cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 23.550/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Poli Engenharia LTDA. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23550%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23550%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aerj2nc>>. Acesso em: 11 nov. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 26.000/SC*. Primeira Turma. Impetrante: Empresa Concessionária de Rodovias do Vale do Itajaí S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26000%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26000%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b7urg9n>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.397/2017*. Plenário. Entidade: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). Relator Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2397%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴⁸⁶ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

⁴⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.086/2018*. Plenário. Interessado: Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Mato Grosso. Relator Min. Augusto Sherman. Brasília, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1086%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

presencial da modalidade licitatória pregão em detrimento da forma eletrônica, tanto porque o sistema virtual foi estabelecido como “preferencial” por Decreto do Presidente da República quanto porque mitiga o risco de ocorrência de falhas.

O desvio normativo pode dar-se, também, face à economicidade, seja pela constatação de sobrepreço, seja por falhas nos procedimentos licitatórios que inviabilizem a aferição da vantajosidade da contratação ou deem azo a práticas como o “jogo de planilhas”⁴⁸⁸. Nessa senda, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) considera irregular a aceitação de proposta com preços unitários superiores aos orçados pela Administração, mesmo que o preço global da contratação esteja compatível com a estimativa do órgão licitante⁴⁸⁹.

Se a constatação de ilegalidade, para os fins do art. 71, IX, independe da espécie do diploma normativo, podendo referir-se a uma afronta à Constituição, à legislação ordinária ou mesmo a atos normativos infralegais, independe igualmente da espécie normativa, sendo lícito ao Tribunal de Contas considerar violado o Direito assim por afronta a uma regra jurídica como por afronta a um princípio jurídico⁴⁹⁰. Do mesmo modo, a utilização, pelo legislador, de conceitos jurídicos indeterminados, ou a atribuição ao gestor de poder discricionário não inviabilizam, *per se*, o reconhecimento de desvio normativo e a consequente exarcação de determinações. Tal assertiva importa principalmente quando se depara com atos administrativos reputados ilegítimos ou

⁴⁸⁸ Entende-se como “jogo de planilha” a manipulação, em uma licitação, dos preços unitários de determinados itens de modo a garantir, no primeiro momento, a aceitabilidade do preço global para, durante a contratação, maximizar os ganhos pelo aumento das quantidades fixadas para os produtos ou serviços orçados individualmente com sobrepreço ou pela repactuação dos valores dos itens subavaliados.

⁴⁸⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Decisão n° 3.677/2011*. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relator Conselheiro Inácio Magalhães Filho. Brasília, 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

⁴⁹⁰ Adotam-se aqui os conceitos de regra e princípio cunhados por Humberto Ávila, segundo quem regras são “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”, devendo sua aplicação ser “centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes”, ao passo que os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”, estabelecendo um “estado ideal de coisas a ser promovido”, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102 e 107. Útil também, para os fins deste trabalho, a definição de princípios de Robert Alexy, tendo-os como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (mandamentos de otimização), cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (2006). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90-91.

atentatórios aos princípios da Administração Pública, destacadamente os elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁴⁹¹ e no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999⁴⁹².

No âmbito da legitimidade, atos administrativos que se mostrem inidôneos ao alcance da finalidade declarada ou definida pela norma são, para os fins do art. 71, IX, da CF/88, ilegais, devendo ser objeto de determinação visando a sua regularização⁴⁹³. O desperdício de recursos com aquisições ou atividades, quando imputáveis à Administração, deslegitimam a ação pública e autorizam a intervenção da Corte sob a forma de uma determinação⁴⁹⁴. Da mesma forma, a dissonância entre a atuação estatal e o interesse público constitui vício que não pode ser suportado⁴⁹⁵, possibilitando a emissão de um comando pelo órgão de controle com vista ao cumprimento da lei. Evidentemente, para declarar que um ato da Administração não corresponde ao interesse público, incumbirá ao Tribunal de Contas um maior esforço argumentativo, amparado, preferencialmente, em um “feixe de indícios convergentes” que permitam a convicção de desprendimento do ato em relação ao fim legal⁴⁹⁶.

No tocante aos princípios jurídicos, importa precipuamente verificar se o ato ou o conjunto de atos administrativos coaduna-se com o estado ideal de coisas a ser promovido, tal qual definido pelo enunciado normativo. Tomando o conceito de princípios de Alexy, a pergunta a ser feita é se a ação ou a omissão administrativa em causa presta-se a atender ao “mandado de otimização” estabelecido. Conquanto os princípios sejam, em geral, veiculados por conceitos jurídicos fluidos, que abrem ao gestor, *a priori*, um leque de atuações lícitas, apenas o exame do caso concreto trará uma conclusão sobre a real existência dessas opções⁴⁹⁷. A avaliação que deverá ser feita

⁴⁹¹ Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁴⁹² Legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁴⁹³ Nesse sentido, em trabalho publicado sob a égide da Constituição de 1969, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 145.

⁴⁹⁴ Tratando do controle de legitimidade e economicidade pelo Tribunal de Contas como verificação se os atos praticados pela Administração “foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam”, cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

⁴⁹⁵ Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83. Falzone, de seu turno, vincula o dever de boa administração à busca dos fins que enformam a função administrativa, pontificando que o ato violador de tal dever é inválido e enseja a atuação dos órgãos de controle para eliminar sua eficácia jurídica, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 64 e 154.

⁴⁹⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

⁴⁹⁷ São inúmeros os registros doutrinários asseverando que, malgrado o legislador tenha manejado conceitos indeterminados ou atribuído um poder discricionário ao administrador, o exame do caso concreto pode levar à conclusão de que só há uma opção válida para o gestor, sendo todas as demais

é se o uso das competências administrativas se deu de forma aceitável, não desbordando da autorização legal e tampouco omitindo-se quando devia agir.

Nesse sentido, a doutrina defende que a Administração, no uso da discricionariedade legada, pode incorrer em vícios como o excesso do poder discricionário, o não uso do poder discricionário, o desvio de finalidade, a inexistência ou insuficiência dos motivos alegados para agir, entre outros⁴⁹⁸. Garante-se, por meio do controle do Tribunal, o atendimento à juridicidade, evitando-se que a discricionariedade descambe para a arbitrariedade, a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade⁴⁹⁹.

De forma convergente, elencando as possibilidades de controle dos conceitos indeterminados, Sousa menciona as decisões insustentáveis ou indefensáveis, o erro grosseiro cometido na apreciação dos fatos que originaram a atuação da Administração, as valorações inequivocamente contraditórias ou claramente errôneas, a violação de qualquer dos “subprincípios” da proporcionalidade (adequação, necessidade ou proporcionalidade em senso estrito), a conduta que contraria conduta anterior em situações idênticas e os juízos da experiência ou do conhecimento técnico⁵⁰⁰. Não se descarta eventual impossibilidade cognitiva de se apreciar a correção ou o equívoco na aplicação de um conceito indeterminado pela Administração; contudo, trata-se de situação apenas aferível diante do caso concreto, não se afastando o controle simplesmente pela presença de formulações abstratas no enunciado normativo⁵⁰¹.

reputadas ilegais. À guisa de exemplo, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 222; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 95; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41 e 226.

⁴⁹⁸ Cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 149-151; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 60.

⁴⁹⁹ MUÑOZ CID, Manuel Ángel. El control de mérito frente a las auditorías “3E” de la Contraloría General de la República. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 10, abr. 2017, p. 140. Defendendo a utilização, pelo Tribunal de Contas, da razoabilidade (e de outros conceitos indeterminados) como critério de aferição da juridicidade do ato administrativo, cf. ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 205 e 209.

⁵⁰⁰ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos indeterminados” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 226-233.

⁵⁰¹ Nesse sentido, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 103.

Outrossim, mais do que um dever geral de seguir as prescrições normativas, a Administração Pública tem um dever de eficiência, que estrutura o modo como ela há de atingir seus fins⁵⁰², um dever de “bem administrar”⁵⁰³, indicando a sindicabilidade dos resultados alcançados pelos gestores públicos⁵⁰⁴. Fala-se, pois, em um controle de “legalidade finalística” pela Corte de Contas, que leva em conta a efetividade da atuação estatal⁵⁰⁵.

Neste ponto, a maior dificuldade diz respeito à assinalação dos resultados que tornam a ação administrativa contrária ao Direito. A Administração Pública tem o dever de promover incessantemente melhorias, ou um bom atendimento às necessidades sociais é suficiente para considerar lícita sua atuação? Parece mais consentâneo com a Constituição e mais alinhado à realidade o entendimento que se satisfaz com a “boa Administração” e não aquele que exige sempre a “melhor Administração”.

Assim se advoga porque ilegalidade tem a ver com irregularidade, erro, falha; tratar como defeituoso e exigir, sob pena de aplicação de sanções, a alteração daquilo que, não sendo contrário ao ordenamento, mostra-se útil, conveniente e aceitável não apenas soa contraditório, como também carrega o risco de inviabilizar a gestão e problematizar uma situação positiva e estável⁵⁰⁶. O gestor público tem, portanto, o dever de escolher meios que promovam os fins estabelecidos pelo constituinte e pelo legislador, mas, até mesmo pela frequente impossibilidade de se saber qual é o “melhor” meio, não se pode obrigar a Administração a agir para fazer algo mais do que o “bom”⁵⁰⁷ – *ad impossibilia nemo tenetur*.

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital.

⁵⁰³ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

⁵⁰⁴ Sobre a relação entre eficiência, resultados e “bom governo”, cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 55.

⁵⁰⁵ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-112.

⁵⁰⁶ Conquanto fale em um dever da Administração de agir da forma mais útil, suficiente e oportuna para promover os interesses que lhe são confiados (dever de meio), Falzone deixa claro que se deve encarar como “má administração” aquela que não cumpre seus objetivos, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 73-74 e 79.

⁵⁰⁷ Em convergência, ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital. Do mesmo autor, ressaltando a suficiência das medidas “adequadas” à promoção das finalidades públicas, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 210.

Daí não decorre, como pretendem Sundfeld e Câmara⁵⁰⁸, que os “atos de comando” da Corte só possam derivar de julgamentos que tenham por parâmetro a legalidade, negando-lhe a competência para emissão de ordens nos casos de violação à economicidade ou à eficiência. Ora, ambas constam expressamente na Constituição e representam critérios com tanta força normativa quanto qualquer outro princípio ou regra. A Carta da República não oferece à Administração um incentivo ou um conselho para que seja econômica e eficiente: ela comanda que assim seja. Da dificuldade de se declarar qual a medida necessária para se atingir a finalidade legal não provém uma supressão de competência do controlador, mesmo porque, como se detalhará a seguir, ainda quando este não puder instituir um comando específico, não lhe falece poder para determinar uma abstenção ou uma alteração de curso por parte da Administração.

A primeira condição para a exarcação de determinações pelo Tribunal de Contas tem, portanto, um caráter programado, uma vez que o órgão simplesmente deve comprovar, por demonstração e argumentação, que a postura administrativa – omissiva ou comissiva – destoa do ordenamento jurídico. Caso se restringisse a essa manifestação de desconformidade, a decisão da Corte teria um caráter meramente declaratório ou, no máximo, constitutivo da “mora” administrativa relativa a um dever de agir para alterar o cenário de irregularidade. Porém, os comandos da instituição controladora têm, conforme já salientado, eficácia mandamental, por intervirem na vontade da Administração com vista à recomposição da ordem jurídica. Exsurge, pois, a segunda condicionante para a emissão de uma ordem pelo Tribunal: a comprovação de que as providências exigidas são necessárias ao “exato cumprimento da lei”.

Em momento algum a Constituição Federal vincula o provimento na forma de determinações ao critério adotado, mas sim à existência de um desvio normativo e à comprovação, pela Corte de Contas, da imprescindibilidade da medida para que a ordem jurídica seja restaurada. Há circunstâncias em que não se encontram dificuldades para afirmar o que é devido pela Administração, como no caso de correções de editais que violam frontalmente as normas de licitação⁵⁰⁹. Nada obstante, o Tribunal examina

⁵⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 184.

⁵⁰⁹ Nesses casos, o preceito constitucional foi inclusive reforçado pelo § 2º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe: “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.”

mais do que falhas pontuais; a constatação do problema, obviamente indispensável, é, principalmente no controle de políticas públicas, também o ponto de partida para a aferição de suas consequências e, mais importante, para a investigação de suas causas, as quais constituem, idealmente, o fundamento das medidas cuja adoção o Tribunal determinará ao gestor público⁵¹⁰.

Como qualquer outra atividade de interpretação do Direito, a decisão do Tribunal de Contas vincula-se às normas objeto de sua apreciação e dá um passo além, criando a “norma individual” resultante de sua deliberação. Porém, quanto mais a determinação da Corte se afasta de uma mera repetição da letra da lei e caminha para um desenvolvimento do enunciado normativo, maior e mais profundo o seu ônus argumentativo e demonstrativo. Por isso, mostra-se necessário que, ressalvadas as medidas urgentes que exijam diferimento do contraditório, o órgão oportunize à Administração interessada um debate acerca das irregularidades e das providências necessárias a seu saneamento. Essa ideia, mais do que privilegiar o diálogo institucional, robustece e legitima a “última palavra provisória” proferida em forma de comando pelo Tribunal.

O Tribunal de Contas da União, ao proferir o Acórdão 1.703/2004-Plenário⁵¹¹, relacionou a emissão de determinações à presença de competência vinculada da Administração. Tal posicionamento mostra-se, a princípio, adequado; entretanto, a existência de discricionariedade, entendida como juízo de oportunidade, em que se escolhe entre opções juridicamente indiferentes⁵¹², depende sempre da avaliação do caso concreto, podendo-se constatar a presença de um dever onde, *a priori*, havia opção.

O fundamento do dever (logo, do comando) é a evidenciação da necessidade de adoção de uma medida, a qual pode ser exigida para a promoção de um fim

⁵¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 51. Alertando para o fato de que o “não alcance de resultados planejados pode advir de fatores outros que não, propriamente, as irregularidades passíveis de sancionamento”, cf. IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas públicas: o controle pelo Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 119.

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.703/2004*. Plenário. Interessado: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁵¹² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 202.

estabelecido em um princípio jurídico⁵¹³. Ilustram bem o ponto defendido as determinações que envolvem providências para coibir o referido “jogo de planilhas”, medidas essas exigidas para a promoção do princípio da economicidade.

Do mesmo modo, o estabelecimento de estruturas organizacionais e procedimentos administrativos, normalmente incluído na liberdade de conformação da autoridade administrativa, pode, em determinadas circunstâncias, vir a ser, de forma mais ou menos precisa, objeto de uma determinação do órgão de controle⁵¹⁴. Isso porque organização e procedimento frequentemente se revelam o único meio de se produzir um resultado exigido pelo ordenamento jurídico⁵¹⁵. Por um lado, não compete ao Tribunal de Contas “solucionar conflitos de interesses, adotar decisões envolvendo bens da vida em litígio ou dar a última palavra quanto à efetivação de um direito subjetivo”⁵¹⁶ – o que constitui a grande diferença material entre a atuação desse órgão e a do Poder Judiciário; por outro lado, a Corte pode compelir a Administração a cumprir seus deveres, o que indiretamente redundará na proteção e na promoção de direitos fundamentais⁵¹⁷. Como assevera Humberto Ávila, “o essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é devido”⁵¹⁸.

⁵¹³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

⁵¹⁴ Acerca da possibilidade de conversão da discricionariedade em vinculação (“determinação legal”) como imposição da realidade fática, cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

⁵¹⁵ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 288. No mesmo sentido, referindo ainda um “direito a prestações normativas”, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (2006). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 440 e 470-473. Na doutrina nacional, também fazendo alusão às prestações normativas, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 73.

⁵¹⁶ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 287. Kelsen expressamente discorre sobre a subsistência de deveres perante a comunidade jurídica interessada nos objetos correspondentes, mesmo quando não estejam em jogo direitos reflexos, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 143. Da mesma forma, Falzone adverte que, do descumprimento do dever de boa administração, não advém, para os sujeitos privados (cidadãos), qualquer direito subjetivo, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 70-71.

⁵¹⁷ Reconhecendo que “ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam (...) de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção de atuação estatal, presente e futura”, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 170.

⁵¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 161. Igualmente, Falzone postula que, se um determinado ato é necessário para se perseguir da melhor maneira um fim estabelecido, sua emanção se torna juridicamente vinculante, juridicamente devida, cf. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 81-82.

O legislador opta, conforme o caso, por traçar os objetivos a serem perseguidos pelo administrador, legando a este a definição dos meios, por detalhar a forma pela qual as finalidades deverão ser buscadas, ou por mesclar comandos gerais e específicos⁵¹⁹. Essa escolha legislativa influi diretamente na extensão da intervenção do Tribunal de Contas na atuação administrativa: quanto mais clara e específica a ordem legal, em termos de meios ou de fins, mais detalhado e profundo poderá ser o comando do controlador. Nos casos em que as respostas a questões relevantes de políticas públicas não podem ser extraídas de forma direta da prescrição normativa, o controle mantém-se viável, contanto que “seja possível – a despeito do caráter genérico dos parâmetros jurídicos – formular um juízo consistente de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos”⁵²⁰.

Nesse sentido, a Corte pode expedir determinações mais ou menos específicas, sendo absolutamente válidas as decisões que se restringem a determinar uma abstenção do jurisdicionado para cessação de uma ilegalidade ou a exigir-lhe a adoção de medidas para correção de irregularidades perpetradas ou para superação de omissões ilegais. Deixar de agir, quando essa faculdade não é posta para a Administração, também consubstancia violação ao Direito que abre as portas para a exarcação de um comando⁵²¹.

Em suma, as determinações podem decorrer direta ou indiretamente dos enunciados normativos; podem envolver um fazer ou um não fazer; podem também ser genéricas, obrigando a uma ação, mas deixando ao administrador a escolha dos meios para o correto cumprimento da lei, ou específicas, sem restar margem à Administração para exercer sua vontade. O que definirá o comando a ser expedido pela Corte é a sua própria capacidade de desvendar e comprovar, por meio de demonstração e argumentação, usando de instrumental das ciências exatas e do Direito, o que o ordenamento jurídico reclama⁵²². Reitere-se que a abertura ao gestor para rebater

⁵¹⁹ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 261.

⁵²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 615.

⁵²¹ Defendendo a presença de um dever de agir quando atribuída uma competência pública a um dado agente, cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2009, p. 270. Em sentido semelhante, falando em omissão “violadora da juridicidade”, cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

⁵²² Em sentido contrário, advogando que a escolha dos meios é sempre do administrador e que, ao determinar, a Corte de Contas apenas devolve àquele a questão atinente à ilicitude, cf. ROSILHO,

alegações, discutir soluções e contribuir para o saneamento do problema tonifica o comando e o torna legítimo produto de um diálogo institucional.

Ainda, cumpre anotar que os artigos 20 e 21 inseridos em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), conquanto não tenham alterado significativamente os requisitos aqui aduzidos para os provimentos cogentes da Corte de Contas, sem dúvida, densificaram-nos. Assim se afirma porque a lei passou a exigir expressamente: a) a consideração das consequências práticas da decisão, quando esta se valer de “valores jurídicos abstratos” (leia-se “conceitos jurídicos indeterminados” inclusive “princípios jurídicos”); b) a demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta; e c) a indicação das consequências jurídicas e administrativas das decisões que impuserem a invalidação de processo, ato, contrato ou norma administrativa. As prescrições para manifestação acerca das consequências da decisão e para comprovação da adequação e necessidade das providências determinadas relacionam-se, por certo, com o dever – já existente – de demonstrar que a obediência ao ordenamento jurídico reclamava, imprescindivelmente, a adoção das medidas comandadas pela Corte de Contas.

Despiciendo consignar que a norma não está a demandar do órgão de controle que elenque “todas” as consequências “práticas”, “jurídicas” ou “administrativas” de suas decisões, afinal, o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* não vale apenas para os particulares e para os gestores públicos, mas igualmente para qualquer instituição estatal. Ao exarar uma decisão programante como uma determinação, principalmente nos casos em que haja um desenvolvimento do enunciado normativo, o Tribunal de Contas está fazendo uma “prognose”, declarando que as evidências dos autos apontam para a necessidade presente de adoção de medidas cuja implementação proporcionará, em futuro próximo ou remoto, o correto cumprimento da lei⁵²³; porém, há sempre que

André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 190-191; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200.

⁵²³ Tratando da necessidade de a “cunhagem de providências” pelo controle “se revelar apta à obtenção do pretendido resultado”, cf. VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalização das políticas públicas e seus reflexos no controle. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 8, n. 85, mar. 2008. Versão digital.

se ter em conta que, em decisões voltadas para o futuro, “não há bitolas de exactidão e de verdade, mas apenas bitolas de cuidado”⁵²⁴.

Por derradeiro, encontram-se, na doutrina, relevantes vozes que defendem a inconciliabilidade entre determinações e auditorias operacionais⁵²⁵. Assim, há que se registrar a discordância em face desse entendimento e se fundamentar por que fiscalizações dessa natureza podem, sim, dar azo a provimentos cogentes.

As auditorias operacionais prestam-se a avaliar programas e a analisar a atuação estatal sob os parâmetros de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, analisando a performance da Administração⁵²⁶. O dispositivo constitucional que autoriza esse tipo de fiscalização é o mesmo que autoriza o controle financeiro, contábil, orçamentário e patrimonial, e não há, em qualquer preceito da Lei Maior, restrição acerca dos efeitos da auditoria operacional, mormente no que diz respeito ao seu art. 71, IX. Conquanto, em geral, as fiscalizações não mesclam parâmetros de conformidade e operacionais, não há vedação constitucional ou legal nesse sentido⁵²⁷; pelo contrário, há quem veja no conceito de conformidade “certa elasticidade, na medida em que pode se referir não só a regras, mas também a objetivos”, a resultados⁵²⁸. Igualmente, na doutrina estrangeira, vê-se a defesa de que “noções de adequação à lei (...) são parte importante de muitas auditorias operacionais”⁵²⁹.

⁵²⁴ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 115.

⁵²⁵ Cf. IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas públicas: o controle pelo Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 106; WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 287; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 184.

⁵²⁶ Cf. BARBOSA, Raïssa Maria Rezende de Deus. *Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 110; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188.

⁵²⁷ O Manual de Auditoria do TCDF, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de realização de auditoria integrada, que objetiva “verificar a legalidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos controles, processos e sistemas usados na gerência de recursos financeiros, humanos, materiais e de informação das instituições públicas e dos programas de governo, bem como avaliar se as atividades referentes à obrigação de prestar contas são desenvolvidas a contento, incluindo o cumprimento legal de normas e regulamentos, naquilo que for aplicável”, cf. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Manual de Auditoria: Parte Geral*. Brasília, 2008, p. 9. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500418.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵²⁸ BIJOS, Paulo Roberto Simão. O controle da gestão dos recursos públicos: bases conceituais e o falso dilema regularidade *versus* resultados. *Revista Controle*. Fortaleza, v. 9, n. 2, jul./dez. 2011, p. 130.

⁵²⁹ SUMMA, Hilka. Definições e estruturas. In: POLLITT, Christopher et alii. *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43. A autora lembra, ainda, que “uma única investigação pela *Cour* [Tribunal de Contas da França]

Em verdade, é frequentemente impossível discernir onde termina o controle vinculado a normas e começa o controle vinculado a desempenho, mesmo porque se observa uma contínua juridicização dos parâmetros de aferição de desempenho⁵³⁰. Mais: mostra-se de todo ilógico impedir que se expeçam comandos em auditorias operacionais, já que as causas de um desempenho pífio e contrário às expectativas sociais podem perfeitamente estar em descumprimentos de dispositivos normativos, merecendo, por conseguinte, tratamento por meio de determinações.

Nada obstante, há que se ter em conta que as determinações são menos presentes nas auditorias operacionais. Isso se dá pela dificuldade inerente em se comprovar que uma dada providência é necessária para que o desempenho da Administração torne-se eficiente, eficaz ou efetivo. As variáveis envolvidas no desempenho, em regra interdisciplinares, são muitas vezes mais díspares e imprevisíveis do que as atinentes a questões estritamente jurídicas.

O reconhecimento dessa realidade inexorável conduz ao próximo tema objeto de estudo, referente ao dever de autocontenção reservado ao Tribunal de Contas, cuja observância garante que seus provimentos cogentes mantenham-se dentro das balizas conformadoras da divisão constitucional de funções.

2.1.2.2 Do dever de autocontenção em face das competências constitucionais e das escolhas legítimas dos demais órgãos e Poderes

O princípio da divisão de funções implica a existência de controles mútuos, de interferência e de contribuição entre os detentores do poder estatal, na justa medida estatuída pelo poder constituinte. Isso significa que, para concretizar as aspirações constitucionais, as instituições públicas devem, além de fazer uso de suas competências para o alcance dos desideratos firmados, manter-se nos quadrantes funcionais postos pela Lei Maior.

Em outras palavras, os órgãos constitucionais têm de cumprir suas atribuições sem se omitir naquilo que lhes cabe e sem invadir a esfera de competência dos demais. Trata-se do que Hesse denomina “critério de exatidão funcional”, segundo o qual o

frequentemente combina uma preocupação conjunta com o uso legal de fundos públicos e o bom desempenho destes” (p. 63).

⁵³⁰ Em sentido aproximado, destacando o papel do princípio republicano no controle de resultados, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 29.

intérprete do Direito deve abster-se de, “pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição de funções” estabelecida constitucionalmente⁵³¹.

Por óbvio, enquanto instituição detentora de papel-chave no sistema brasileiro de *checks and balances*, a quem compete função de controle a ser exercida a partir de atividade de interpretação e aplicação do Direito, o Tribunal de Contas está igualmente vinculado a esse postulado de exatidão funcional. A pertinência desse esclarecimento é comprovada pelo apontamento de Ackerman de que a doutrina constitucionalista estadunidense demonstra antipatia em relação ao *Government Accountability Office* (GAO), baseada no receio de invasão de competências do Poder Executivo⁵³². Há que se interpretar de modo muito restritivo e com máxima cautela, então, a afirmação de Torres de que o controle, como garantia dos princípios jurídicos, “não sofre limitações constitucionais, mas estímulos a sua plena realização”⁵³³.

A separação de Poderes implica dar “voz institucional a diferentes perspectivas”, o que traz consigo uma “tensão deliberativa” capaz de produzir boas decisões⁵³⁴. Para garantir que assim seja efetivamente, as normas jurídicas não bastam por si sós⁵³⁵: é necessário que os detentores do poder estatal ajam espontaneamente com consciência de seu dever de autocontenção, o qual importa em aceitar que suas boas intenções e sua qualificação técnica não representam motivos constitucionalmente válidos para usurpar competência alheia, proporcionar uma redistribuição das funções e, com isso, gerar tensões institucionais desnecessárias e contraproducentes⁵³⁶.

⁵³¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 67.

⁵³² ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 692, nota de rodapé nº 137. Por oportuno, registra-se que o GAO é, enquanto “entidade superior de fiscalização”, o homólogo do Tribunal de Contas nos Estados Unidos, sendo, porém, exemplo do modelo de controladoria, como agência governamental de controle que integra o Poder Legislativo. Sobre os modelos controladoria e tribunal de contas, remete-se ao item 1.1.1 desta dissertação.

⁵³³ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 44.

⁵³⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

⁵³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10.

⁵³⁶ Nos artigos federalistas, Madison alerta que, em qualquer instituição política, o poder de promover o bem comum envolve uma discricção (poder de escolha) que pode ser excedida e mal aplicada, sendo determinante a criação de mecanismos que combatam eventual desvio do poder em detrimento da sociedade. Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015, p. 125.

Todavia, a separação de Poderes envolve independência e harmonia, ação e reação, intervenção e deferência, tendo, por isso, na prática, caráter dinâmico⁵³⁷. Até onde a Corte de Contas pode avançar de forma legítima com suas determinações é uma questão que precisa ser estudada e respondida, se se pretende definir, com o máximo rigor possível, qual é sua posição na divisão de funções da Constituição de 1988.

O mais basilar ato de autocontenção que incumbe ao Tribunal de Contas diz respeito à deferência que o direito positivo há de lhe inspirar. Se a Corte não tem poder para declarar a inconstitucionalidade da lei, tampouco o tem para sobrepor-se a esta, impelindo outrem a contrariá-la com base em uma valoração sempre subjetiva – ainda quando fundamentada em demonstrações de fato – de que a norma posta é ruim e não produz resultados satisfatórios⁵³⁸.

As noções de eficiência, eficácia e efetividade não são capazes de prevalecer, no âmbito da atividade controladora, sobre a legalidade. Nas palavras de Santamaría Pastor, “se as leis conduzem a resultados ineficazes, que se mudem as leis; mas não se as violem sob a desculpa de buscar o alcance de objetivos”⁵³⁹. Corrigir leis más não está entre as tarefas dos tribunais, sejam “de Justiça”, sejam “de Contas”; inclui-se, porém, na função de auxílio do órgão de controle externo, o dever de reportar ao Poder Legislativo que as leis por este aprovadas mais prejudicam do que promovem a consecução dos fins previstos na Constituição.

Nesse passo, as determinações do Tribunal de Contas não podem decorrer de entendimentos que alterem comandos legais por meio de artifícios interpretativos ou pura desconsideração do enunciado normativo, *i.e.*, de um ativismo controlador⁵⁴⁰. A

⁵³⁷ Nesse sentido, afirmando que as instituições “negociam passo a passo seus raios de atuação”, mesclando “atos de ativismo e contenção, ocupação e desocupação de espaços”, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

⁵³⁸ Em convergência, cf. GALLOTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 25, nota de rodapé n° 3. Igualmente, mas tratando exclusivamente do Poder Judiciário, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 435 e nota de rodapé n° 120.

⁵³⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Estado Social de Derecho y control jurídico de eficacia de la Administración Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out./dez. 2007, p. 172. Vê-se, pois, com reservas, por induzir um alargamento do poder dos órgãos de aplicação do Direito, a assertiva de que a promulgação de leis “supérfluas e incoerentes configura abuso do poder de legislar”, encontrada em CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 512.

⁵⁴⁰ O conceito de ativismo aqui adotado foi inspirado na definição de “ativismo judicial” encontrada em GICO JR. Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Políticas*

Corte de Contas, se persegue o exercício legítimo de suas competências, há de ter em conta que a atividade interpretativa não é um ato de vontade, mas sim um ato de conhecimento, de descoberta, ainda que implique, reitere-se, uma continuidade do trabalho legislativo⁵⁴¹. Existe uma profunda e inolvidável diferença entre decidir com base em um entendimento não contido na estrita literalidade do enunciado e decidir sem base no texto ou em contrariedade a este.

Ao Tribunal impõe-se o cuidado para que, no desempenho de seu mister, a interpretação que confere às prescrições normativas não seja mera retórica, “pseudo-fundamentação por amor de um resultado tido por satisfatório”⁵⁴²; a interpretação é determinante da decisão, e não sua falsa e posterior racionalização. Essa precaução assoma em importância na aplicação dos princípios jurídicos e em sua eventual ponderação, uma vez que, por seu conteúdo indeterminado, constituem saídas fáceis – e frequentemente insustentáveis – para as situações em que o controlador não dispõe de uma motivação idônea para o encaminhamento pretendido⁵⁴³. Nesse sentido, vale o alerta de Marcelo Figueiredo de que o controle de legitimidade pelo Tribunal de Contas não constitui um “cheque em branco ao questionamento irresponsável do

Públicas. Brasília, v. 5, Número Especial, 2005, p. 483. Para uma análise geral dos riscos de exarcação de decisões “ativistas” pelo Tribunal de Contas, cf. ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, *passim*.

⁵⁴¹ Destacando a necessidade de a interpretação ser empreendida como ato de conhecimento e não de vontade e se posicionando criticamente à chamada “nova hermenêutica constitucional”, que abre as portas para o ativismo judicial e conduz à “extrapolação indevida das funções jurídico-políticas”, cf. HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 96, n. 859, maio 2007, p. 85. Também defendendo que “a decisão de um tribunal não é uma ‘decisão de vontade’, mas sim uma ‘decisão de conhecimento’”, cf. SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 212. De seu turno, refutando a ideia de descoberta do Direito e a considerando um “mito”, cf. GICO JR., Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018, p. 74 e 76.

⁵⁴² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 107. Na mesma linha, Villey pontifica que a “arte do direito” não pode consistir “em contornar as leis sob a aparência de respeitá-las. Ou em explicar-se por subterfúgios”, cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 392.

⁵⁴³ Acerca do risco de “manipulação” no uso dos princípios e de, por meio dessa manipulação, ignorar-se o direito positivo, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282 e 287. Em sentido convergente, com duras críticas à “ponderação de princípios”, reputada, respectivamente, como “recurso retórico” e “pura expressão de subjetivismo”, cf. GICO JR., Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018, p. 75, e GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 117-118.

administrador, à sindicância política, à paralisação de negócios, obras e serviços públicos sem concretas evidências de ilícitos administrativos”⁵⁴⁴.

Igualmente, o Tribunal de Contas deve respeitar as competências privativas do Poder Judiciário, ou seja, deve abster-se de resolver lides, de atrair para si o poder – que a Constituição não lhe conferiu – de decidir causas em que sejam proeminentes os interesses privados, restando o interesse público apenas reflexamente afetado. Nessa toada, o art. 113, *caput* e § 1º, da Lei de Licitações⁵⁴⁵ merece interpretação restritiva, não se permitindo que contratados pela Administração Pública vejam no órgão de controle externo um sucedâneo das Varas de Fazenda Pública, apto a decidir toda e qualquer contenda entre o particular e a Administração que se refira a esse diploma legal.

Essa observação ganha força no que pertine aos litígios que envolvam pagamentos supostamente devidos pelo Estado. Admitir que o Tribunal de Contas possa, por meio de uma determinação, compelir a Administração a realizar um pagamento de tal ou qual forma, em divergência ao entendimento do órgão contratante, resultaria na criação de uma terceira via (nem administrativa, nem judicial) de cobrança, não prevista na Constituição, que importaria, ao fim e ao cabo, em subversão da regra dos precatórios e em privilégio dos contratados face aos demais credores da Fazenda.

Por derradeiro, a autocontenção da Corte na exarcação de determinações joga um papel mais decisivo na harmonia entre as funções de controle e de administração. Já se discorreu anteriormente sobre o caráter relativamente autônomo da Administração Pública, que representa mais do que execução irrefletida do Direito positivo. Os gestores públicos são dotados de competências próprias para concretizar as finalidades postas pelo constituinte e pelo legislador, sendo-lhes devida deferência para que desenvolvam suas atividades da maneira que reputarem adequada, contanto que nos quadrantes da legalidade.

⁵⁴⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

⁵⁴⁵ “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”.

Não sendo responsabilizável por eventuais insucessos na gestão administrativa, o Tribunal de Contas há de ser judicioso na imposição de medidas aos administradores. Afinal, são estes que suportarão os efeitos de decisões equivocadas, inclusive sob o ponto de vista eleitoral, e a Corte, ao interferir sem amparo real e justificável no Direito posto, pode produzir consequências sistêmicas, indesejáveis e ilegítimas, nos campos socioeconômico e político. Nesse sentido é que a doutrina fala em *accountability overload*, isto é, uma sobrecarga de controle⁵⁴⁶, apta a torná-lo disfuncional⁵⁴⁷. Cabe aqui a sabedoria popular: “muito ajuda quem pouco atrapalha”.

Assim sendo, a primeira coisa que os membros da Corte de Contas devem ter em mente antes de exarar uma determinação é que, em regra, a Administração não é composta por amadores que ignoram a realidade: pelo contrário, a burocracia é composta, não raramente, por indivíduos com formação específica, conhecimentos especializados e contato diuturno com os destinatários dos atos administrativos e das políticas públicas. Detém, por conseguinte, capacidade para, diante de situações indesejadas, encaminhar a melhor resposta para seu saneamento, motivo pelo qual suas ações merecem, *a priori*, a deferência da instituição fiscalizadora, principalmente quando se tratar de medidas inovadoras não manifestamente ilegais. Soluções “inovadoras e criativas” não são, *ipso facto*, “mais eficientes”, como postula autorizada doutrina⁵⁴⁸; entretanto, salvo demonstração de que as providências produzem maus resultados ou não são hábeis a gerar aqueles que as fundamentam, incumbe ao órgão de controle abster-se de determinar sua alteração ou mesmo sua rejeição.

Esse entendimento leva ao reconhecimento de que certas decisões administrativas serão, na prática, objeto de um controle menos interventivo, porque as dúvidas concernentes a seu acerto mostram-se, em geral, insanáveis *a priori*. São os casos das decisões de planificação administrativa e de caráter prognóstico, bem como

⁵⁴⁶ Cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 70. Em sentido similar, Baptista menciona o risco de o aprofundamento do controle comprometer a eficiência, algo que corresponde justamente ao contrário de seu objetivo, cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

⁵⁴⁷ Santamaría Pastor adverte para o fato de os juristas serem considerados, por vezes, mais geradores de problemas do que provedores de soluções, cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Estado Social de Derecho y control jurídico de eficacia de la Administración Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out./dez. 2007, p. 171.

⁵⁴⁸ Nesse sentido, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33.

daquelas enquadradas por parte da doutrina como de “discricionariedade técnica”⁵⁴⁹. As consequências dessas opções são, frequentemente, não apenas indemonstráveis, mas simplesmente incognoscíveis⁵⁵⁰, e sua adoção pressupõe expertise e *know-how*.

Tal peculiaridade nem afasta, por si só, a competência do Tribunal de Contas de exarar provimentos cogentes, nem impede que, *ex post facto*, constate-se a inadequação da medida e se exija a reforma ou a revogação dos atos administrativos⁵⁵¹. Assim se afirma porque, embora a ausência de capacidade de efetuar um controle objetivo demande autocontenção do controlador, o não exercício do controle em sua plenitude, por circunstâncias específicas, não implica subtração de atribuições constitucionalmente estabelecidas⁵⁵². De todo modo, a responsabilidade do agente pela escolha equivocada pode ser mitigada, cabendo ao controlador “ponderar a adequação da medida implementada pelo gestor às condições de contorno preexistentes”⁵⁵³.

Ademais, com similar recorrência, mesmo demonstrada a ilegalidade⁵⁵⁴, não é possível comprovar, com grau de certeza que justifique uma intervenção incisiva na vontade administrativa, qual a providência necessária para o correto cumprimento da norma ou para o alcance dos objetivos nesta consignados. Nessas situações em que subsiste a dúvida acerca do que o Direito reclama, o Tribunal de Contas deve igualmente deixar de proferir uma determinação específica, abrindo caminho para que a Administração encontre a forma adequada visando à concretização do Direito⁵⁵⁵.

⁵⁴⁹ Para uma análise profunda da chamada “discricionariedade técnica”, concluindo não se tratar de verdadeira discricionariedade, cf. SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 107-112.

⁵⁵⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 214-215. De forma similar, Sousa lista as espécies de decisões que não devem ser integralmente controladas: decisões altamente pessoais, caracterizadas pela “irrepetibilidade da situação na sua globalidade e no seu carácter único”; valorações vinculativas (comissões de avaliação); decisões de carácter prognóstico, quando presentes dúvidas que só o efetivo conhecimento do futuro poderia sanar; e decisões de informação (planificação administrativa), cf. SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 213 e seguintes.

⁵⁵¹ Em sentido contrário, entendendo que a “liberdade da administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado”, cf. ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital.

⁵⁵² SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 210-211.

⁵⁵³ ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 208.

⁵⁵⁴ Não é demais notar que, a teor do art. 113, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993, a responsabilidade por demonstrar a legalidade e a regularidade da despesa recai sobre os órgãos administrativos interessados.

⁵⁵⁵ Nesse passo, mas não tratando especificamente do Tribunal de Contas, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 112; SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 63.

Conclui-se, pois, que a autocontenção do Tribunal – ou a deferência em face das decisões dos órgãos controlados – pode advir de razões estritamente jurídicas (respeito às competências dos demais detentores do poder) ou de uma limitação no exercício de suas incumbências por razões de fato, isto é, pela inviabilidade ou pela incapacidade de comprovação de que se praticou uma ilegalidade ou de que uma dada conduta é necessária ao correto cumprimento da lei.

No entanto, a tentativa de identificar a exarcação de provimentos cogentes da Corte de Contas no controle de políticas públicas ou de atos administrativos de agências reguladoras com invasão da esfera discricionária dos gestores não passa de retórica generalizante, de lógica indutiva falha, que toma alguns exemplos concretos pelo todo sem uma efetiva demonstração do alegado⁵⁵⁶. O sistema de freios e contrapesos é, inexoravelmente, um sistema de mútuas intervenções entre os detentores do poder público no exercício de suas funções respectivas, sem que isso signifique propriamente uma assunção das competências de um órgão por outro⁵⁵⁷.

Ainda que se reconheça que os órgãos de controle – como qualquer outra instituição – cometem equívocos, há que se ter em mente que decisões viciadas por excesso de poder ou por usurpação de competências podem e dever ser combatidas por meio dos remédios jurídicos hábeis à restauração da ordem jurídica, como os recursos cabíveis junto ao Tribunal de Contas ou as medidas judiciais adequadas, *e.g.*, o mandado de segurança.

Questões técnicas e jurídicas podem gerar divergências entre os especialistas da Administração e do Tribunal, e apenas a produção de provas e a abertura dialógica possibilitarão a tomada de decisão mais próxima do “exato” ou do “correto”⁵⁵⁸. A ninguém cabe o “monopólio” das normas e dos fatos⁵⁵⁹; a dialética e o Direito não

⁵⁵⁶ Fazendo uso dessa retórica generalizante, cf. MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57-58.

⁵⁵⁷ Nessa linha, Hesse fala na necessidade de “coordenação das funções e dos órgãos especiais”, argumentando que “[à] tarefa dessa coordenação servem (...) os numerosos enlaces pela rede, à primeira vista desconcertante, de uniões, faculdades de cooperação, intervenção, oposição e controle”, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 374.

⁵⁵⁸ Em sentido aproximado, cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96. No mesmo passo, Freitas afirma que “no Direito, só os silogismos dialéticos são decisivos”, cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 18, nota de rodapé n° 6.

⁵⁵⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 347.

detêm um caráter estritamente científico⁵⁶⁰, e a verdade – quando existe – é um “fenômeno dialógico, consensual e procedimental”⁵⁶¹.

Se nem mesmo as decisões da jurisdição constitucional precisam tomar sempre a forma de ordens coercitivas aos demais Poderes⁵⁶², não há porque pretender que a “jurisdição de contas” atue sempre por meio de comandos. Embora os apontamentos expendidos neste tópico versem sobre as limitações à exarcação de determinações, aparentando estreitar a vereda por onde o Tribunal de Contas pode agir, eles, em verdade, abrem caminho para uma outra espécie de decisão programante: a recomendação.

2.2 DAS RECOMENDAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE INDUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A preponderância tradicional de técnicas coercitivas na prática jurídica frequentemente obscurece a existência de opções não imperativas, as quais vêm angariando adeptos e efetiva concretização tanto nas relações entre Administração e cidadãos⁵⁶³ quanto na prestação jurisdicional⁵⁶⁴. Como órgão de controle e de aplicação do Direito, o Tribunal de Contas não pode estar alheio ao processo de afirmação de um Direito dialógico, fundado na busca de consenso mais do que na imposição de decisões unilaterais⁵⁶⁵, o que conduz ao tema das recomendações exaradas pela Corte.

⁵⁶⁰ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 265.

⁵⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 72.

⁵⁶² TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008, p. 227-231.

⁵⁶³ Cf. BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'Administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris, n. 2, mar./avr. 1994, p. 305. Os autores falam em uma Administração que se utiliza sistematicamente de técnicas mais flexíveis, menos institucionais e não imperativas, sem que desapareçam as técnicas constritivas clássicas, isto é, uma Administração endógena – a qual tira sua força de sua imersão na sociedade –, que substitui progressivamente a Administração exógena. No original: “(...) d'une administration qui utilise systématiquement des techniques plus souples, moins institutionnelles et non impératives sans que pour autant – il est vrai – disparaissent les techniques contraignantes classiques. Une administration endogène – tirant sa force de son immersion dans la société (...) – remplace progressivement l'administration exogène”.

⁵⁶⁴ O estímulo dado pelo novo Código de Processo Civil aos “métodos de solução consensual de conflitos” (§ 3º do art. 3º) endossa o afirmado.

⁵⁶⁵ Ao proporem a emergência de um “novo Direito”, a passagem do Direito monológico para o dialógico, Belloubet-Frier e Timsit postulam a distinção entre os planos da imperatividade e da juridicidade. No original: “[...] le plan de l'impérativité et le plan de la juridicité. Deux plans parfaitement distincts [...]”. Cf. BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'Administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris, n. 2, mar./avr. 1994, p. 309.

Consoante observado nas relações administrativas ou judiciais, a viabilidade de um caminho persuasivo nem enfraquece, nem afasta os mecanismos coercitivos, mas apenas introduz uma outra maneira de sanar problemas jurídicos. As novidades, contudo, trazem dúvidas, incertezas e controvérsias na teoria e na prática, não estando esse moderno tipo de provimento do órgão de controle imune a tal realidade.

Assim é que, em defesa da autonomia administrativa e em contrariedade às deliberações cogentes da Corte de Contas, parte da doutrina aponta a ausência de efetiva distinção entre recomendações e determinações⁵⁶⁶, bem como acusa o controlador de tomar “a decisão administrativa no lugar do gestor”, tornando-o “mero braço mecânico (não do Legislativo, mas das instâncias de controle)”⁵⁶⁷.

A confusão acerca do cabimento e dos efeitos das deliberações programantes não são, porém, fenômeno recente no campo juspolítico. Hobbes dedica um capítulo inteiro de seu “Leviatã” para tratar dos “conselhos”, diferenciando-os das “ordens” e apresentando, ainda, as noções de “exortação” e “dissuasão”⁵⁶⁸. Também Bobbio, analisando as obras de Hobbes e Thomasius, oferece contribuição para discernir “comandos” e “conselhos”, propondo ainda a categoria intermediária da “diretriz”⁵⁶⁹. Apesar da distância temporal do pensamento clássico de Hobbes e Thomasius, os quais escreveram séculos antes da criação do Tribunal de Contas, e do fato de Bobbio não ter abordado esta instituição, seus estudos constituem, como se demonstrará nos próximos tópicos, relevantes influxos para se estabelecer uma moderna distinção entre determinações e recomendações no que respeita a seus fundamentos e a sua eficácia jurídica.

Nessa senda, tratar-se-á, a seguir, da emissão de recomendações como uma função auxiliar do Tribunal de Contas em face dos demais órgãos públicos – destacadamente da Administração em sentido lato –, apresentando-se seu suporte constitucional, bem como seu caráter colaborativo e dialógico. Por derradeiro, o último segmento deste trabalho é dedicado à discussão acerca do grau de cogência dessa espécie de provimento.

⁵⁶⁶ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

⁵⁶⁷ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27.

⁵⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217-225.

⁵⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 182-185.

2.2.1 Da emissão de recomendações como competência autônoma, mas auxiliar do Tribunal de Contas

Concluiu-se, nos tópicos anteriores, que o art. 71, IX, da Constituição Federal confere à Corte de Contas competência para determinar à Administração a adoção das medidas reputadas necessárias ao cumprimento da lei. Mitigou-se, porém, o cabimento dessa forma decisória, a qual só tem lugar nos casos em que o órgão de controle logre demonstrar a imprescindibilidade da medida imposta. Nesse passo, percebe-se que a possibilidade de se valer de uma determinação guarda relação com o nível de comprovação trazido aos autos em cada caso concreto, de modo que um comando cuja justificação não se encontre amparada em argumentação e demonstração suficientes configura uma ordem ilegítima e, portanto, contrária ao Direito.

Essa limitação fático-jurídica poderia encerrar a atuação do Tribunal de Contas, gerando algo similar a um *non liquet*, uma abstenção decisória pura e simples. Entretanto, a aludida emergência de um Direito dialógico, que não se utiliza necessariamente de medidas imperativas, abre as portas para uma atuação colaborativa do órgão de controle com a Administração Pública, com aproveitamento da expertise de seu quadro de pessoal, especializado e multidisciplinar, para a proposição de um leque de opções que pode trazer luz à escuridão da complexidade dos problemas públicos.

Inaugura-se, principalmente no controle de políticas públicas, uma nova forma de interlocução, de construção coletiva em detrimento da imposição unilateral⁵⁷⁰, não restando esta suprimida, mas apenas reservada aos casos em que legitimamente cabível. Se, por um lado, o inciso IX do art. 71 permite ao Tribunal de Contas proferir um comando ao gestor público para combater uma ilegalidade constatada, por outro, ele não obriga que essa ordem seja específica; em consequência, diante da verificação de um ato administrativo que afronte prescrições normativas ou de uma situação de inexistência ou insuficiência de ação pública reclamada pelo Direito, admite-se que o controlador determine genericamente à Administração Pública a adoção de providências para obediência à ordem jurídica, recomendando-lhe caminhos (um ou vários) que, conforme os estudos e as avaliações dos auditores de controle externo, podem promover o alcance do desiderato do ordenamento.

⁵⁷⁰ Cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 287-288.

Uma prática comum nos Tribunais de Contas brasileiros consiste em determinar ao órgão jurisdicionado a elaboração de um plano de ação contendo cronograma de implementação das medidas que o gestor adotará com vistas a atender às deliberações propostas e corrigir os problemas identificados⁵⁷¹⁻⁵⁷². Conquanto se advogue que a Corte só poderá ordenar a elaboração de tal plano quando demonstrar sua imprescindibilidade, há que se reconhecer que ele constitui um instrumento de diálogo entre a Administração, a qual apresenta seu planejamento para superação das ilegalidades verificadas, e o órgão de controle, que procederá futuramente à fiscalização de monitoramento, aferindo o grau de cumprimento do plano ao qual se vinculou o gestor e, conseqüentemente, o nível de observância da deliberação⁵⁷³.

As recomendações são exaradas, em geral, a partir da análise das causas de cada achado de auditoria (desconformidade entre a situação encontrada e o parâmetro – critério – eleito para a avaliação), sob o entendimento de que o ataque às origens do problema permitirá, com maior segurança, evitar sua recorrência. Tais proposições podem advir tanto de um exame casuístico do problema, enformado por estudos e técnicas específicos, quanto de *benchmarks* tomados junto a outras instituições públicas – ou mesmo privadas, se aplicáveis à seara estatal.

Essa configuração evidencia a hodierna concepção do controle como orientação, marcado, de acordo com a doutrina italiana colacionada por Medauar, pelo intento de colaborar com a Administração, guiá-la no exercício de seu mister e de servir a uma atividade de aprendizagem institucional, e não de penação⁵⁷⁴.

As recomendações são proferidas com plena autonomia pelo Tribunal de Contas, oriundas de seu entendimento acerca de quais providências têm maior chance

⁵⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 51.

⁵⁷² Tratando do que chama de “forma fraca” de controle judicial (“weak-form judicial review”), Tushnet aponta as numerosas maneiras em que podem vir os *weak remedies*, abarcando tanto a mera declaração de contrariedade à Constituição como a requisição aos agentes públicos para que desenvolvam um plano para eliminar a violação constitucional, o que parece se assemelhar ao “plano de ação” do Tribunal de Contas, cf. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008, p. 248.

⁵⁷³ Defendendo outras formas ainda mais modernas de controle, como o “termo de ajustamento de gestão”, similar ao “compromisso de ajustamento de conduta” previsto no § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, cf. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011, p. 117 e 124.

⁵⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 56 e 75. Também destacando a “ação de caráter cooperativo” a partir da constatação de irregularidades, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196.

de levar à restauração da ordem jurídica, mas sempre em caráter de auxílio à Administração. Nesse passo, a ótica deturpada do controle como obstáculo à Administração merece ser elidida em benefício da perspectiva do controle que contribui para que o poder público alcance suas finalidades⁵⁷⁵.

Sendo a interação entre os órgãos constitucionais “um fato, não uma escolha ou uma possibilidade”⁵⁷⁶, cabe àqueles a construção das formas de interação mais produtivas e consentâneas com a Carta Magna. Se o modelo de separação de Poderes de Montesquieu era centrado na paralisia mútua entre os detentores do poder⁵⁷⁷, a moderna divisão de funções importa em um estímulo recíproco ao movimento e ao avanço rumo à concretização da Constituição.

Além de as recomendações significarem uma maior abertura para o diálogo, elas implicam uma deferência constitucional-democrática, ao garantirem a liberdade de ação aos agentes eleitos pelo povo, e acentuam a ideia de que a democracia não é inimiga da técnica, indicando que os representantes escolhidos diretamente pelos cidadãos devem sempre se valer das informações e sugestões prestadas por órgãos técnicos para compreender e agir sobre uma pluralidade de fenômenos complexos e interdependentes⁵⁷⁸.

Desse modo, as recomendações configuram provimentos de indução do agir administrativo, podendo ser analisadas sob diversas perspectivas. Elas podem ser vistas como “proposições persuasivas que pretendem acautelar aquele que vai decidir, fornecendo-lhe fatos, atuais e históricos, experiências comprovadas”⁵⁷⁹, que, no juízo

⁵⁷⁵ REIS, Heraldo da Costa. Auditoria governamental: uma visão de qualidade. *Revista de Administração Municipal*, v. 40, n. 209, out./dez. 1993. Versão digital. No mesmo sentido, citando Serzedello Correa, Ministro da Fazenda de Floriano Peixoto e reconhecido defensor das competências do Tribunal de Contas, cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*, n. 73, ano XVIII, jan./mar. 1985, p. 185.

⁵⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

⁵⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O espírito das leis*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 97, v. 868, fev. 2008, p. 63.

⁵⁷⁸ LIMA, Hermes. *Introdução á sciencia do direito*. 1. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 296.

⁵⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 84-85. O autor aduz, ainda, que “o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício”.

ingressarem na pauta do controle social⁵⁸⁴. É isso que a doutrina contemporânea vem chamando de “*accountability* diagonal”: a interdependência entre o controle interorgânico e o controle social, que “busca engajar a cidadania na atuação das instituições horizontais de controle”, como é o caso da Corte de Contas⁵⁸⁵. Tendo em vista que o aparato administrativo tem, como função primordial, a recepção de influxos e estímulos da sociedade, para decodificá-los e oferecer as respostas aptas a satisfazer as demandas sociais⁵⁸⁶, identifica-se uma utilidade direta dos produtos oriundos do órgão de controle para o conjunto social, constituindo rico material para o exercício de pressão em face dos gestores públicos⁵⁸⁷. Como conclui Freitas, “numa democracia sólida, o melhor controle é aquele capaz de incluir os demais”⁵⁸⁸.

Demonstrando e tornando públicas as falhas verificadas nos procedimentos e nas condutas dos órgãos fiscalizados, mas reconhecendo que o ordenamento jurídico não traz, direta ou indiretamente, medida peremptória a ser adotada, a Corte de Contas tem, nas recomendações, um instrumento de orientação, de indução e de pressão em face do jurisdicionado, e, nas Casas Legislativas, um aliado com legitimidade e competência para fazer com que a Administração atue visando empreender as melhorias sugeridas.

2.2.2 Da ausência de cogência das recomendações do Tribunal de Contas

Hobbes abre seu capítulo acerca do “conselho” tratando da “confusão entre os conselhos e as ordens, resultante da maneira imperativa de falar em ambos utilizada”⁵⁸⁹. Conquanto sua distinção entre os conceitos, desenvolvida para servir ao Absolutismo dos Stuart, não possa ser integralmente transplantada para os tempos modernos, ela pode jogar luz sobre a questão fulcral que afasta, de um lado, “conselhos”, “sugestões”

⁵⁸⁴ Faz-se digno de referência o fato de a Constituição Francesa ter sido alterada em 2008 para incluir, em seu art. 47-2, a expressa previsão de que, por meio de seus relatórios públicos, a Corte de Contas contribui para a informação dos cidadãos (“Par ses rapports publics, elle contribue à l’information des citoyens”).

⁵⁸⁵ Cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 54-55.

⁵⁸⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 160.

⁵⁸⁷ LIMA, Dagomar Henriques. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 111, jan./abr. 2008, p. 40.

⁵⁸⁸ FREITAS, Juarez. Princípio constitucional da democracia participativa, orçamento e responsabilidade fiscal. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

⁵⁸⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217.

ou “recomendações” e, de outro, “ordens”, “comandos” ou “determinações”: o caráter cogente restrito a estes últimos⁵⁹⁰.

Analisando essa diferenciação a partir de Hobbes e do pensamento medieval, mas com os olhos voltados para a contemporaneidade, Bobbio conclui que, nos comandos, o destinatário está em uma posição de obrigação, obedecendo ao que lhe é exigido por seu valor formal, por proceder de uma autoridade, ao passo que, nos conselhos, há para o receptor uma faculdade, de modo que eventual obediência se dá por seu valor substancial; opõem-se, assim, a “necessidade” do enunciado ordenado à “utilidade” do enunciado sugerido⁵⁹¹. O jurista italiano acrescenta, ainda, uma “categoria intermediária entre conselho e comando”, qual seja, a “diretriz”, que conduz o destinatário ao seguinte cenário:

obedece somente se estiver de acordo, mas, se não obedecer, deverá motivar o seu dissenso. A diretriz importa, conseqüentemente, sempre uma obrigação: ou de obedecer, ou de motivar a não obediência, enquanto o conselho não implica sequer esta segunda obrigação.⁵⁹²

Tudo quanto foi exposto até o momento leva à convicção de que a recomendação do Tribunal de Contas assemelha-se à ideia de diretriz de Bobbio. Na medida em que decorre da constatação de uma ilegalidade em sentido lato, de uma situação irregular que requer tratamento com vista ao atendimento dos reclamos do ordenamento, a recomendação traz em si, expressa ou implicitamente, uma determinação genérica, um dever geral de agir. Essa ideia se coaduna com o dever de boa administração na forma pensada por Falzone, o qual argumenta que, ainda que não haja um dever jurídico em senso estrito, isto é, específico e acompanhado por um direito subjetivo reflexo, esses “deveres finais” não são “juridicamente indiferentes”⁵⁹³. Porém, o comportamento recomendado propriamente dito é totalmente desprovido de cogência, bastando ao gestor a que se destina, para se desincumbir do que lhe foi

⁵⁹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217-218.

⁵⁹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 182-184.

⁵⁹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 184.

⁵⁹³ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 73-74. Como lembra Hesse, “as formas do Direito Administrativo ‘clássico’, orientadas, de preferência, por ordem e proibição, demonstram-se muitas vezes insuficientes para dominar juridicamente a realidade alterada”, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 174.

prescrito, uma ação capaz de atender à finalidade subjacente à sugestão do Tribunal ou uma justificativa real e plausível que afaste seu dever de agir.

De maneira similar, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o voto condutor do Acórdão 73/2014-Plenário, da lavra do Auditor-Substituto Augusto Sherman, assim consignou:

Portanto, a recomendação emanada do Tribunal tem como objetivo buscar o aprimoramento da gestão pública, sendo resultante de avaliação técnica fundada na perspectiva da missão constitucional do controle externo atribuída a esta Corte de Contas. A meu ver, trata-se de comando que vai ao encontro do princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição Federal vigente. Não representa, por conseguinte, mera sugestão, cuja implementação é deixada ao alvedrio do gestor destinatário da medida. (...)

Por certo, a recomendação não traz em si a natureza coercitiva da determinação, a qual, via de regra, decorre da inobservância de normas ou princípios aplicáveis à Administração Pública. Ao passo que do gestor não é esperado outro proceder que não o cumprimento da determinação, em relação à recomendação já se admite uma certa flexibilidade na sua implementação. Assim, pode o administrador público atendê-la por meios diferentes daqueles recomendados, desde que se demonstre o atingimento dos mesmos objetivos, ou, até mesmo, deixar de cumpri-la em razão de circunstâncias específicas devidamente motivadas.⁵⁹⁴

Situação muitas vezes levada ao Poder Judiciário diz respeito à cogência de deliberações proferidas pelo Tribunal de Contas na apreciação de atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, conforme competência prevista no inciso III do art. 71 da Constituição⁵⁹⁵. Desde o início da década de 1990, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de se tratar de recomendação, não sendo

⁵⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 73/2014*. Plenário. Interessados: Luiz Antônio Rodrigues Elias e outros. Entidade: Secretaria Executiva do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Relator Auditor-Substituto Augusto Sherman. Brasília, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A73%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 1 dez. 2018. No mesmo sentido caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas do Distrito Federal, cf., ilustrativamente, DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Decisão n° 1.016/2018*. Jurisdicionadas: Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e outras. Relator Conselheiro Paulo Tadeu Vale da Silva. Brasília, 08 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁵⁹⁵ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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”

a Administração obrigada à adoção das medidas corretivas preconizadas pelo órgão de controle em face de ilegalidades verificadas⁵⁹⁶.

Sendo os atos de concessão “marcadamente vinculados”⁵⁹⁷, não haveria razão para se afastar o cabimento de uma determinação, principalmente porque, até o atendimento da diligência considerada imprescindível pela Corte, o ato concessório não será registrado, gerando incerteza jurídica e potencial prejuízo ao servidor público interessado. Ademais, havendo, em decorrência do ato administrativo viciado, o pagamento de valores indevidos, seus responsáveis e beneficiários podem vir a ser condenados à restituição, mostrando-se altamente arriscado deixar de seguir o provimento do Tribunal de Contas.

Porém, também é verdade que a jurisprudência reconhece a esses atos a natureza de ato complexo, que exige, para sua perfectibilização, o somatório das vontades do órgão administrativo e do órgão de controle⁵⁹⁸. Assim, embora não se esteja de acordo com o posicionamento pela ausência de cogência da decisão prolatada nesses casos, aceita-se sua plausibilidade ao se considerar que, se constituísse uma efetiva determinação, a agregação de vontades exigida cairia por terra, uma vez que a

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.462/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Sebastião Ribeiro Salomão. Impetrados: Tribunal de Contas da União e Procurador-Geral da República. Relator Min. Néri da Silveira. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 24 de novembro de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21462%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21462%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybtm4dkg>>. Acesso em: 25 nov. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.466/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: José Alceu Câmara Portocarrero. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21466%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21466%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4qkzst>>. Acesso em: 25 nov. 2018. Para uma análise convergente com esses julgados, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 224-229; ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 189.

⁵⁹⁷ ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 252.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. *MS 26.132/DF AgR*. Segunda Turma. Agravante: Zorilda Carvalho Moreira. Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26132%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc7254s>>. Acesso em: 25 nov. 2018. Para uma crítica à jurisprudência e à doutrina que classificam os atos de concessão como atos complexos, cf. BITENCOURT NETO, Eurico; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Súmula Vinculante nº 3 do STF: reflexões críticas sobre a teoria dos atos complexos e compostos e o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. In: *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, *passim*.

manifestação administrativa inicial seria substituída por outra oriunda do mesmo órgão que deve se pronunciar a seguir sobre a situação em exame.

De sua natureza facultativa, decorre a impossibilidade de o descumprimento das recomendações – quaisquer que sejam – propiciar a aplicação de sanções aos seus destinatários⁵⁹⁹. Mostra-se inviável, também, a conversão de recomendações em determinações em função de seu descumprimento, como previsto em ato normativo do Tribunal de Contas da União⁶⁰⁰ e observado em sua jurisprudência⁶⁰¹. Ora, recomendações são exaradas quando restrita a potestade do controlador⁶⁰², por não ter logrado comprovar que a providência reputada útil é imprescindível ao correto cumprimento da lei, reconhecendo-se ao destinatário, em consequência disso, uma liberdade para agir⁶⁰³; assim, a não realização de ato facultativo não tem o condão de retirar do gestor a margem de ação que detinha, sendo certo, entretanto, como já afirmado, que lhe compete sempre um dever geral de agir para sanar as irregularidades evidenciadas no processo de controle externo. Nessa senda, mostra-se pertinente e aconselhável que, sempre que expedir recomendações, a Corte de Contas alerte ao administrador público que lhe é facultado seguir ou não a proposição, mas não lhe é dado restar inerte em face de falhas que afrontem o Direito⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188.

⁶⁰⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Portaria-Segecex n° 27/2009*: Padrões de Monitoramento. Boletim do Tribunal de Contas da União. Brasília, ano XLII, n. 6, 23 de outubro de 2009.

⁶⁰¹ À guisa de exemplo, cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 653/2018*. Segunda Câmara. Interessados: Alexandre dos Reis e outros. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/converter%2520e%2520recomenda%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520e%2520determina%25C3%25A7%25C3%25B5es/%2520/DTR-LEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/23/false>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁶⁰² Sobre a potestade como poder de impor condutas, correlacionada à sujeição oriunda de uma norma de obrigação que limita a possibilidade de agir, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 168.

⁶⁰³ Como lembra Ana Paula de Barcellos, analisando a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, “se o juiz não pode recorrer a um fundamento normativo claro – que traz em si a legitimidade democrática própria associada a sua elaboração – e se sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico, sua opinião, na realidade, é apenas isso: uma opinião, sem qualquer valor intrínseco especial. E entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente”, *in casu*, a da Administração. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 615.

⁶⁰⁴ Analisando a questão e posicionando-se pela possibilidade de conversão de recomendações em determinações, cf. REIS, Fernando Simões dos. Novas perspectivas para o controle da

Encontra-se amiúde referência a uma certa “função pedagógica”, de natureza colaborativa, que caberia ao órgão de controle externo⁶⁰⁵, opondo-se, portanto, a sua atuação coercitiva e punitiva. Embora já se tenha, à exaustão, arguído em abono do auxílio que a Corte deve prestar aos Poderes constituídos, não parece digna de adesão a tese da “função pedagógica” do Tribunal de Contas, invocada com o intuito de levar o órgão a abster-se de adotar medidas coercitivas e punitivas legítimas.

Além de a denominação ser imprecisa – afinal, há diversas formas de pedagogia, das mais construtivas e participativas às mais punitivas e unilaterais –, o que existe para a Corte são as funções de proteger o erário e assegurar a observância do dever de boa administração, cumprindo seus deveres-poderes e respeitando as competências reservadas aos órgãos controlados. Isso não leva à desvalorização das decisões não cogentes do Tribunal, as quais compõem os “meios não imperativos” que enformam o “princípio de orientação administrativa”⁶⁰⁶, pois possuem caráter informativo, sugestivo, orientativo e de convite ao diálogo, com reconhecimento da liberdade do órgão controlado e da possibilidade de a proposição da Corte não ser necessária ou sequer a melhor opção.

Outrossim, as deliberações do Tribunal de Contas – assim as recomendações como as determinações – podem ser vistas como fontes de reações convergentes ou divergentes dos órgãos sujeitos a seu controle, as quais transcendem, por vezes, as instituições e os agentes diretamente interessados em um dado processo⁶⁰⁷. Assim, parece mais adequado falar em *efeitos* pedagógicos da atuação controladora ou de uma retroalimentação entre as decisões da Corte e as atividades administrativas e

discrecionabilidade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 89, jan./fev. 2015, p. 262-264.

⁶⁰⁵ Cf. GALLOTTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 28-29; ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de contratos públicos*. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017, p. 176; WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 287; FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle externo das licitações e contratos administrativos. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 144; SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar. 1989, p. 39.

⁶⁰⁶ Sobre a ideia de orientação administrativa (“principe de guidance administrative”), cf. BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L’Administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*. Paris, n. 2, mar./avr. 1994, p. 305-306.

⁶⁰⁷ Em sentido similar, falando em uma “função multiplicadora” dos julgados do Tribunal de Contas, cf. ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de contratos públicos*. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017, p. 183.

legislativas. Tal compreensão se coaduna com a ideia de que o Direito Público “é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas”⁶⁰⁸, ou, em outras palavras, de que o ônus de buscar a melhor resposta não se contrapõe, mas, pelo contrário, demanda a tomada de decisões provisórias e imperfeitas⁶⁰⁹.

Montesquieu, no século XVIII, reconhecia ser “da maneira de pensar dos homens que se valorize mais (...) a força do que os conselhos”⁶¹⁰. Parte da evolução do pensamento juspolítico dos últimos centênios consiste justamente na aceitação de que há situações que reclamam a adoção de medidas coercitivas e situações em que o oferecimento de sugestões não só bastará, como implicará maiores ganhos para os interessados na causa.

Gestores e controladores devem sempre ter em mente que a ação pública envolve, em algum grau, opção, e que “não há opção sem decepção”⁶¹¹. Seja na concretização administrativa, seja na fiscalização externa, o determinante é saber qual decepção constitui a vontade da Constituição.

⁶⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jan./mar. 2004. Versão digital.

⁶⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

⁶¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 177.

⁶¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 380.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa empreendida neste trabalho, foi possível verificar, inicialmente, que as exigências de controle da Administração Pública e de especialização de funções, decorrentes da evolução do Estado e de suas atribuições, levaram à superação do dogma da tripartição dos Poderes. Assumindo-se que a configuração do princípio da separação de Poderes varia conforme a época e a ordem jurídica em questão, examinaram-se seus contornos na Constituição Federal de 1988, o que possibilitou a constatação da existência de uma função específica de controle externo, exercida pelo Poder Legislativo em obrigatória cooperação com o órgão constitucional especializado nas tarefas envolvidas, o Tribunal de Contas. Assim, identificaram-se como finalidades precípuas subjacentes a tal função a proteção do erário e a garantia de observância do dever de boa administração.

Observou-se que a atribuição de competências de controle externo a um órgão especializado resultou, basicamente, de três circunstâncias: o crescimento do Estado e de seus deveres em face da sociedade; a relativa separação – de fato ou de direito – entre a Administração e o Poder Executivo; e a incapacidade do Poder Legislativo para controlar devidamente a atividade econômico-financeira do Estado. Na ordem constitucional brasileira, desde o advento da República, adota-se uma tripartição presidencialista à moda estadunidense, com o adendo do Tribunal de Contas, peculiar órgão de inspiração europeia, responsável pela fiscalização das contas públicas.

Assumindo-se que a missão da execução orçamentária é satisfazer as necessidades públicas com o mínimo sacrifício possível por parte dos cidadãos, e se inserindo o órgão de fiscalização orçamentária e financeira no sistema de freios e contrapesos, percebe-se sua contribuição também para a efetivação dos direitos fundamentais, seja inibindo o exercício arbitrário da autoridade e a malversação de recursos públicos, seja impelindo a Administração à promoção de direitos previstos na Carta de 1988. Assim, pôde-se demonstrar a relevância da atuação do controle externo na implementação de políticas públicas, uma vez que o constituinte de 1988 cometeu à Corte de Contas a verificação da gestão propriamente dita e de seus resultados (fiscalização operacional), reconhecendo-se a gestão fiscal como a expressão financeira das políticas públicas.

Ainda, concluiu-se que a função de controle externo sob responsabilidade do Tribunal de Contas detém uma dimensão democrática, porque traduz e expõe à

sociedade informações imprescindíveis para que tome decisões racionais e conscientes, convertendo-se a Corte, com isso, em instrumento da cidadania ativa.

A despeito de suas relações com a Administração e o controle administrativo, assim com a Política e o controle político, a função do Tribunal de Contas com aqueles não se confunde, pois se distinguem suas formas de atuação, seus limites e suas finalidades imediatas. Demonstrou-se que a Corte de Contas atua sempre reflexamente, em razão de um agir efetivo ou potencial da Administração, de modo que as decisões do controlador, ao contrário das decisões e atos administrativos, têm por desiderato imediato a conservação do Direito, e não o cumprimento de tarefas materiais postas constitucional ou legalmente.

De posse dessa configuração da função de controle externo, deduziu-se que a autonomia funcional e orgânica do Tribunal de Contas representa requisito de efetividade do princípio da prestação de contas. Dessa forma, malgrado haja atribuições que o Tribunal executa em caráter ancilar ao Poder Legislativo, o julgamento de contas e outras atividades são empreendidos como realização direta da função de controle externo, não como assistência, mas como concretização autônoma de uma finalidade pública cogente. Para o exercício pleno e imparcial de suas competências, exige-se que o órgão e seus membros recebam proteção equivalente à legada ao Poder Judiciário e a seus magistrados: a autonomia financeiro-orçamentária, a autoadministração, a vitaliciedade dos membros no cargo e a irredutibilidade de seus vencimentos.

Ademais, verificou-se que o Tribunal de Contas aporta para o âmbito representativo contribuições de natureza técnica indispensáveis para que o Poder Legislativo esteja sempre bem informado e habilitado para exercer as suas competências próprias atinentes ao controle externo. Isso não permite, contudo, a conclusão de que o Tribunal de Contas seja preposto Parlamento, por não praticar atividades em nome da Casa Legislativa, por não haver qualquer delegação por parte desta, por repercutirem por si mesmas as ações fiscalizatórias e também por serem inalteráveis pela assembleia representativa as decisões tomadas pela Corte.

Classificaram-se as decisões do Tribunal de Contas em duas espécies: programadas e programantes. Enquanto as decisões programadas, típicas de órgãos de aplicação do Direito, possuem eficácia declaratória, constitutiva ou condenatória e têm caráter retrospectivo, resolvendo-se a questão pela simples incidência das normas aos fatos sob análise, com as consequências jurídicas também trazidas expressamente nos enunciados normativos, as decisões programantes, mais características dos órgãos de

criação do Direito, detêm caráter prospectivo e preponderante eficácia mandamental, voltando-se para orientar a atuação futura dos jurisdicionados. Nestes casos, ainda que os provimentos sejam exarados com base no Direito posto, oportuniza-se uma atividade criativa mais intensa por parte do aplicador, o qual, a partir da interpretação dos enunciados jurídicos, extrai orientações, sugestões ou comandos que serão materializados doravante ou a partir de um prazo fixado.

Concluiu-se que as determinações e recomendações – provimentos programantes exarados com base no art. 71, IX, da Constituição Federal –, por influírem diretamente sobre a vontade e o agir administrativos e por abrirem espaço para diálogos institucionais, representam a principal participação do Tribunal de Contas na divisão de funções pensada pelo constituinte. Em razão da evolução do princípio da legalidade, hodiernamente entendido de maneira ampla como bloco de legalidade ou juridicidade, entendeu-se que a incidência do dispositivo aludido se dá sempre que o órgão de controle verificar uma violação direta ou indireta a normas jurídicas, independentemente da natureza do enunciado normativo e do diploma que o contenha. Portanto, caberão determinações ou recomendações sempre que a atuação administrativa submetida à competência da Corte de Contas mostrar-se falha, defeituosa, equivocada, irregular, ilegal ou inconstitucional, reclamando, por conseguinte, correção.

Por fim, constatou-se que, malgrado tenham a mesma fonte normativa e visem à recomposição da ordem jurídica, as determinações e recomendações são inconfundíveis quanto a seus fundamentos e sua eficácia jurídica. Demonstrou-se que as determinações, como provimentos cogentes que não conferem liberdade de ação a seus destinatários, só têm lugar quando, além da ocorrência da ilegalidade em sentido amplo, o Tribunal de Contas comprovar, por meio de argumentação e demonstração, que a medida preconizada é imprescindível para sanar o vício encontrado. De seu turno, as recomendações, embora tragam consigo, explícita ou implicitamente, uma determinação genérica para que a Administração aja com vista a corrigir as irregularidades constatadas, não são obrigatórias no que diz respeito à providência específica sugerida pela Corte. Assim, nos casos em que a Corte de Contas limita-se a recomendar uma ação, por não ter logrado comprovar sua necessidade à luz dos fatos e do ordenamento jurídico, concede-se aos destinatários da decisão maior liberdade de ação, bastando que as medidas adotadas sejam aptas a corrigir os problemas identificados pelo órgão de controle.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 13-23.

_____. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 633-729.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (2006). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 303-328.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 7-17.

_____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O espírito das leis*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 97, v. 868, fev. 2008, p. 53-68.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Debates em Direito Público*. Belo Horizonte, ano 13, n. 13, out. 2014. Versão digital.

_____. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jan./mar. 2004. Versão digital.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de contratos públicos*. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017, p. 175-197.

ATALIBA, Geraldo. Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 283-300.

_____. Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 87-106.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Versão digital.

_____. Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses*

privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, jan./mar. 1953, p. 10-22.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, ano XVII, out./dez. 1984, p. 133-150.

_____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de contas: aspectos polêmicos: Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*, n. 73, ano XVIII, jan./mar. 1985, p. 181-192.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Raïssa Maria Rezende de Deus. *Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Atos Inconstitucionais*. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2003.

_____. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. 'Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 101, vol. 919, maio 2012, p. 127-196.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'Administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris, n. 2, mar./avr. 1994, p. 299-324.

BIJOS, Paulo Roberto Simão. O controle da gestão dos recursos públicos: bases conceituais e o falso dilema regularidade *versus* resultados. *Revista Controle*. Fortaleza, v. 9, n. 2, jul./dez. 2011, p. 113-137.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Súmula Vinculante nº 3 do STF: reflexões críticas sobre a teoria dos atos complexos e compostos e o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. In: *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORJA, Célio. Competência constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 19, n. 40, abr./jun. 1998, p. 27-32.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. *AgRg no RMS 33.019/PE*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Francisco Geraldo Apoliano Dias. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18793720&num_registro=201001830027&data=20120203&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 119/RO*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5530505>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 261/SC*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266278>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.140/RR*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Roraima e Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, 03 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266670>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.779/PE*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 01 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266670>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3.715/TO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026331>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.418/TO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de

Contas do Brasil. Interessados: Governador do Estado de Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado de Tocantins. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12592854>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. *MS 26.132/DF AgR*. Segunda Turma. Agravante: Zorilda Carvalho Moreira. Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26132%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc7254s>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.462/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Sebastião Ribeiro Salomão. Impetrados: Tribunal de Contas da União e Procurador-Geral da República. Relator Min. Néri da Silveira. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 24 de novembro de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21462%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21462%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybtm4dgc>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.466/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: José Alceu Câmara Portocarrero. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21466%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21466%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4qkzqt>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 22801/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Banco Central do Brasil e outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Menezes Direito. Brasília, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515133>>. Acesso em 18 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 23.550/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Poli Engenharia LTDA. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23550%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23550%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aerj2nc>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 23.560/TO*. Tribunal Pleno. Impetrante: Incal Incorporações S.A. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Nelson Jobim. Brasília, 20 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85984>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.510/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 25403/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Ionni Tadeu de Sá. Impetrados: Tribunal de Contas da União e Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRIBUNAL+ADJ+DE+ADJ+CONTAS+E+MANDADO+ADJ+DE+ADJ+SEGURANCA+E+ORDEM+E+EXECUTOR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybk47wop>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 26.000/SC*. Primeira Turma. Impetrante: Empresa Concessionária de Rodovias do Vale do Itajaí S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26000%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26000%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b7urg9n>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 849-MC/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de julho de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346644>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.964-MC/ES*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 25 de março de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347354>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2.546-MC/RO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Requerida: Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, 03 de

fevereiro de 2003. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347620>>.
Acesso em: 1 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3.715-MC/TO*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387270>>.
Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 25.888-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de março de 2006. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25888%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpyp6gn>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 26.263-MC/DF*. Decisão da Presidência, Min. Ellen Gracie. Impetrante: Ebc Systems LTDA. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 08 de janeiro de 2007. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26263%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y9h1sss>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 26.547-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de maio de 2007. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26547%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/atm2bgy>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 35.836-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Sindicato Paulista dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de agosto de 2018. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+35836%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7w3vfwj>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. *MS 35.410-MC/DF*. Decisão Monocrática. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 15 de dezembro de 2017. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+35410%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7w3vfwj>>. Acesso em: 25 out. 2018.

CLA%2E+E+35410%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7mpp34h>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 55.821/PR*. Primeira Turma. Recorrentes: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Raul Vaz e Libino José dos Santos Pacheco. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Min. Victor Nunes. Brasília, 18 de setembro de 1967. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=154151>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 729.744/MG*. Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 73/2014*. Plenário. Interessados: Luiz Antônio Rodrigues Elias e outros. Entidade: Secretaria Executiva do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Relator Auditor-Substituto Augusto Sherman. Brasília, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A73%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 250/2004*. Plenário. Interessados: José Tadeu Cury e outros. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 17 de março de 2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A250%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 653/2018*. Segunda Câmara. Interessados: Alexandre dos Reis e outros. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/converter%2520e%2520recomenda%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520e%2520determina%25C3%25A7%25C3%25B5es/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/23/false>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 831/2003*. Plenário. Interessados: Deputado Federal Simão Sessin e Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 09 de julho de 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A831%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.086/2018*. Plenário. Interessado: Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Mato Grosso. Relator Min. Augusto Sherman. Brasília, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1086%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.703/2004*. Plenário. Interessado: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.397/2017*. Plenário. Entidade: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). Relator Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2397%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de Relação 9.323/2016*. Segunda Câmara. Interessados: Aílton Fernando Dias e outros. Entidade: Companhia Docas do Rio de Janeiro. Relator Min. Vital do Rêgo. Brasília, 16 de agosto de 2016. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A9323%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%252C%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Filosofia Política*. Nova Série, v. 1, 1997, p. 99-144.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 82-88.

_____. O dever da prestação de contas na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 13, mar. 1987/jun. 1990, p. 39-43.

_____. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*. João Pessoa, v. 4, n. 8, jul./dez. 2010, p. 18-28.

_____. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CAMARGO, Guilherme Bueno. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 5, n. 6, set. 2008, p. 17-30.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas: órgão constitucional, funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, jul./set. 1972, p. 1-10.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 500-517.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (org.). *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 181-208.

_____. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 95-109.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 11-31.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987, p. 183-198.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011, p. 111-147.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. 1. ed. 3. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 75-87.

DALLAVERDE, Alexsandra Katia. A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DENTE, Bruno; SUBIRATS, Joan. *Decisiones públicas: análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2014.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discrecionalidade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Versão digital.

_____. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013. Versão digital.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Decisão n° 3.677/2011*. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relator Conselheiro Inácio Magalhães Filho. Brasília, 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Decisão n° 1.177/2017*. Plenário. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Relator Conselheiro Paiva Martins. Brasília, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Decisão nº 1.016/2018*. Jurisdicionadas: Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e outras. Relator Conselheiro Paulo Tadeu Vale da Silva. Brasília, 08 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Manual de Auditoria: Parte Geral*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500418.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

FANLO LORAS, Antonio. Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales: la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 108, set./dez. 1985, p. 329-363.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. e HERNÁNDEZ VALLE, R. (coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Editorial Dykinson, 1992.

FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

_____. Controle externo das licitações e contratos administrativos. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano XV, n. 61, jan./mar. 1982, p. 27-33.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONTES, Helenilson Cunha. Controle e avaliação dos gastos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado* (Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, v. 3). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Princípio constitucional da democracia participativa, orçamento e responsabilidade fiscal. In: FREITAS, Ney José (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 29-55.

GALLOTI, Luiz Octavio. Tribunal de Contas da União: alguns pontos de sua competência nas três últimas constituições. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 21, n. 46, out./dez. 1990, p. 21-31.

GARCÍA CRESPO, Milagros. El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas. *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 1, n. 3, 1999, p. 91-110.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, e LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen III: La Justicia Administrativa. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GICO JR. Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2005, p. 480-499.

_____. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018, p. 55-84.

GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto Legislativo, não vincula atuação da administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, 1997, p. 105-110.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. [S.l.] Black & White Publications, 2015.

HARADA, Kiyoshi. Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Problemas da Filosofia do Direito (1967). In: HART, H. L. A. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HELLER, Gabriel. Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha. In: COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos (org.). *Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Porto Velho: TCE-RO, 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 96, n. 859, maio 2007, p. 81-91.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas públicas: o controle pelo Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- _____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.
- LEAL, Victor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. (1949). *Revista do Tribunal de Contas da Paraíba*. João Pessoa, v. 2, n. 4, jul./nov. 2003, p. 91-105.
- LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de (coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- LIMA, Dagomar Henriques. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 111, jan./abr. 2008, p. 35-42.
- LIMA, Hermes. *Introdução á sciencia do direito*. 1. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 2015.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- MAGALHÃES FILHO, Inácio. O controle social e as denúncias nos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, n. 36, jan./dez. 2010, p. 9-18.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 4, p. 47-77 set./dez., 1989.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri/SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 101-126.

_____. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus controles. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 114, out./dez. 1973, p. 23-33.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. Función y esencia del Tribunal de Cuentas (1965). *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 3, n. 8, pp. 163-217, 2001.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum: 2011.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981

MODESTO, Paulo. Função Administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 211-224.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de. et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MUÑOZ CID, Manuel Ángel. El control de mérito frente a las auditorías “3E” de la Contraloría General de la República. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 10, abr. 2017, p. 129-160.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Controle do gasto público pelos tribunais de contas e os princípios da legalidade e da transparência: uma visão crítica. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, ano XXVII, n. 45, set. 2010, p. 35-40.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 39, n. 110, p. 7-14.

NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, vol. 8, n. 23, 2006, p. 121-140.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 24, dez. 2014, p. 37-53.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Os Tribunais de Contas diante dos direitos fundamentais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Versão digital.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

POLLITT, Christopher et alii. *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967.

REHBINDER, Manfred. Las funciones del Derecho. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, vol. 8, n. 1-6, 1981, p. 125-135.

REINO DA BÉLGICA. *Constitution de la Belgique*. Disponível em: <<https://unionisme.be/Constitution.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

REINO DA ESPANHA. *Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de março de 1812*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/P-0004-00002.pdf>>. Acesso em: 15 de out. 2017.

_____. *Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-8678-consolidado.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *Act of Settlement (1701)*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2/section/I>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. *Bill of Rights (1689)*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 14 out. 2017.

REIS, Fernando Simões dos. Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 89, jan./fev. 2015, p. 239-275.

REIS, Heraldo da Costa. Auditoria governamental: uma visão de qualidade. *Revista de Administração Municipal*, v. 40, n. 209, out./dez. 1993. Versão digital.

REPÚBLICA FRANCESA. *Code des juridictions financières*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070249>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. *Constitution de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Constitution de la République Française, du 4 octobre 1958*. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em 13 mar. 2019.

RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: McCool, Daniel C. (ed.). *Public policy theories, models, and concepts: an anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 266, maio/ago. 2014, p. 89-123.

ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto;

SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RUDI ÚBEDA, Luisa Fernanda. Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas. *Revista española de control externo*, Madrid, vol. 4, n. 12, 2002, p. 143-171.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Estado Social de Derecho y control jurídico de eficacia de la Administración Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out./dez. 2007, p. 165-179.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). *Políticas Públicas: coletânea*. Volume 1. Brasília: ENAP, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Versão digital.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

SCAPIN, Romano. *A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, ano X, n. 20, dez. 1979, p. 80-88.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Os Tribunais de Contas no Supremo Tribunal Federal: crônicas de jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 41, jul./set. 1998, p. 39-48.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha/Brasil. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

SOUZA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar. 1989, p. 36-46.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 31-45.

_____. A posição do Tribunal de Contas na estrutura do Estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ano 14, n. 24, mar. 1993, p. 39-48.

_____. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 265-271.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUSHNET, Mark. Comparative constitutional law. In: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMAN, Mathias (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2008.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008.

VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalização das políticas públicas e seus reflexos no controle. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 8, n. 85, mar. 2008. Versão digital.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 28, n. 74, out./dez. 1997, p. 59-72.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Interesse Público*. Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 252-258.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 2, 1993, p. 205-210.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. *A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm>>. Acesso em: 22 set. 2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.