TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Há 35 anos em defesa da supremacia do interesse social

OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

ORGANIZADOR

Wilber Carlos dos Santos Coimbra

Realização:
ESCOLA SUPERIOR DE CONTAS
A chave para o conhecimento na Administração Pública

ORDEM E PROGRESSO

COMPOSIÇÃO – 2018 / 2019

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Conselheiro **Edilson de Sousa Silva**
Presidente

Conselheiro **Valdivino Crispim de Souza**
Vice-Presidente

Conselheiro **Paulo Curi Neto**
Corregedor

Conselheiro **Benedito Antônio Alves**
Presidente da 1ª Câmara

Conselheiro **José Euler Potyguara Pereira de Mello**
Presidente da 2ª Câmara

Conselheiro **Francisco Carvalho da Silva**
Ouvidor

Conselheiro **Wilber Carlos dos Santos Coimbra**
Presidente da Escola Superior de Contas

Conselheiros-Substitutos
Francisco Júnior Ferreira da Silva
Omar Pires Dias
Erivan Oliveira da Silva

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Yvonete Fontinelle de Melo
Procuradora-Geral

Procuradores
Érika Patrícia Saldanha de Oliveira
Adilson Moreira de Medeiros
Ernesto Tavares Victoria

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

R771a Rondônia. Tribunal de Contas.

Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988 / Wilber Carlos dos Santos Coimbra (Org.). – Porto Velho: TCE-RO, 2018.
335p.

ISBN 978-85-64505-14-8 e-book

1. Tribunal de Contas 2. Gestão Pública I. Título II. Coimbra, Wilber Carlos dos Santos.

CDDir: 341.385

Ficha Catalográfica elaborada pela Diretoria Setorial de Biblioteca / ESCon / TCE-RO

Diagramação e Arte-final: ASCOM/TCE-RO

OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ORGANIZADOR
Wilber Carlos dos Santos Coimbra
Conselheiro do TCE-RO
Doutor em Ciência Jurídica
Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional
Especialista em Direito Administrativo
Professor Universitário

AUTORES
Débora Brondani da Rocha
Gabriel Heller
Andréa da Silveira Lima Rodrigues
Pedro Henrique Magalhães Azevedo
Maicke Miller Paiva da Silva
José Arimatéia Araújo de Queiroz
Carlos Renato Dolfini
Gilmaio Ramos de Santana
Israel Evangelista da Silva
Tiago Cadore
Carina Franco Dias Lyra
Ângelo Luiz de Carvalho
Jonas Faviero Trindade
José Ricardo Parreira de Castro
Milene Dias da Cunha
Karina Ramos Travaglia
José Anderson Souza de Salles
Luan Chaves Sobrinho
Tiago Cordeiro Nogueira
Ed Willian Fuloni Carvalho
Jaime Leônidas Miranda Alves
Elson Pereira de Oliveira Bastos
Fabrine Felix Fossi Bastos
Vitor Gonçalves Pinho
João Batista de Camargo Júnior

PORTO VELHO
TCE-RO

SUMÁRIO

O papel dos Tribunais de Contas no incentivo ao planejamento de políticas públicas
Autora: Débora Brondani da Rocha..... 07

Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha
Autor: Gabriel Heller..... 17

Os Tribunais de Contas e a Defesa de suas Prerrogativas institucionais
Autora: Andréa da Silveira Lima Rodrigues.....37

Dos latifúndios à competência pedagógica do Tribunal de Contas: análise à luz dos formadores do pensamento social brasileiro
Autor: Pedro Henrique Magalhães Azevedo..... 59

A prescrição no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia
Autor: Maicke Miller Paiva da Silva, coautor: José Arimatéia Araújo de Queiroz e coautor: Carlos Renato Dolfini..... 71

A importância de um sistema de informações de custos na melhoria da qualidade e transparência do gasto público
Autor: Gilmaio Ramos de Santana..... 92

A (im)possibilidade da atuação do Tribunal de Contas no controle das políticas públicas: perspectivas quanto à judicialização da saúde
Autor: Israel Evangelista da Silva..... 109

A atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para concretizar o princípio da sustentabilidade: o controle externo sobre as licitações públicas voltado à governança sustentável multidimensional
Autor: José Arimatéia Araújo de Queiroz..... 123

Sustentabilidade como limite à discricionariedade administrativa
Autor: Tiago Cadore..... 142

Os avanços do controle externo na fiscalização das organizações sociais pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro
Autora: Carina Franco Dias Lyra..... 157

A força normativa dos princípios constitucionais nas decisões dos Tribunais de Contas
Autor: Ângelo Luiz de Carvalho e coautor: José Arimatéia Araújo de Queiroz..... 173

Função Consultiva do Tribunal de Contas, análise dos discursos e possibilidades de abertura democrática: um estudo a partir da Teoria da Linguagem de Jürgen Habermas
Autor: Jonas Faviero Trindade..... 186

Teoria Econômica da Democracia e a função informacional dos Tribunais de Contas
Autor: José Ricardo Parreira de Castro..... 203

Os Tribunais de Contas na democracia brasileira: desenho institucional e efetividade na *accountability* horizontal
Autora: Milene Dias da Cunha..... 218

Aprimoramento do controle externo: boas práticas dos Tribunais de Contas após a promulgação da Constituição Federal de 1988
Autora: Karina Ramos Travaglia..... 236

Implantação de uma política de qualidade em busca pela efetividade das decisões do Tribunal de Contas do RN
Autor: José Anderson Souza de Salles..... 251

A autoexecutoriedade da multa aplicada pelos Tribunais de Contas
Autor: Luan Chaves Sobrinho e coautor: Tiago Cordeiro Nogueira..... 271

A contratação de aplicativos de transporte pela administração pública: análise a partir da dupla perspectiva dos limites de atuação do ente público e o paradigma da eficiência
Autor: Ed Willian Fuloni Carvalho e coautor: Jaime Leônidas Miranda Alves..... 289

O papel paradigmático dos Tribunais de Contas no constitucionalismo contemporâneo e o controle socioambiental da administração pública
Autor: Elson Pereira de Oliveira Bastos e coautor: Fabrine Felix Fossi Bastos.....305

Os Tribunais de Contas na defesa do Federalismo Fiscal: cenário e perspectivas de atuação para a equalização do regime de partilha compensatória do ICMS desonerado das exportações
Autor: Vitor Gonçalves Pinho e coautor: João Batista de Camargo Júnior.....319

Apresentação

Este livro eletrônico – coletânea cuja temática cinze-se sobre assuntos relativos à atuação e ao espaço de competência institucional dos Tribunais de Contas – é fruto do 1º Concurso de Artigos Científicos Inéditos/2018, ação que guarda vínculo direto com o VII Fórum de Direito Constitucional e Administrativo Aplicado aos Tribunais de Contas, realização anual exitosa do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO), por meio da Escola Superior de Contas (ESCon), que, nesta edição, trouxe como temática: "Os Avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988".

São, portanto, ações e eventos que demonstram o interesse e a preocupação do TCE-RO e da ESCon de fomentarem a pesquisa científica e a difusão do conhecimento atinente às áreas de interesse do controle e da fiscalização dos recursos públicos mediante a edição de trabalhos inovadores com esse desiderato, estimulando, sobretudo, a pesquisa e aprofundando o conhecimento na área de Administração Pública e Controle.

É exatamente esse o propósito norteador do presente *e-book,* que reúne os 20 melhores artigos selecionados no concurso, por especializada Banca Examinadora, oferecendo à leitura uma gama de estudos e pesquisas sobre temática escassa no mundo da produção científica, tendo, portanto, impacto direto nas esferas acadêmica, jurídica e institucional, com temas pertinentes, que servem de referência ao Estado e como fonte de pesquisa no âmbito do interesse singular da Administração Pública, uma vez que todos os artigos são originais e inéditos.

Com esta obra eletrônica, não tenho dúvidas que o Tribunal de Contas e a Escola Superior de Contas também dão valiosa e relevante contribuição ao alcance do objetivo primordial da Administração Pública, qual seja, a obediência aos princípios constitucionais e administrativos explícitos e implícitos, oferecendo a todos os envolvidos na gestão de recursos públicos e aqueles que lidam em áreas afetas ou se relacionam com a Administração Pública um atualizado e profícuo suporte de estudos e pesquisas.

Por óbvio, os artigos aqui inseridos não esgotam as diversas temáticas propostas, já que os assuntos versados são dinâmicos por sua natureza, além do que não é este o objetivo. Porém, vale destacar que mencionados artigos científicos servem de arcabouço teórico-documental para divulgar a produção acadêmica, não somente ao público interno, como também disponibilizá-la como recurso e fonte de consulta a outros tribunais, bibliotecas, órgãos e instituições públicas, por meio da via mais democrática existente na atualidade: a tecnologia.

Sendo assim, cabe-me desejar a todos que encontrem nesta obra, além de respostas para suas indagações, motivação e estímulo para aprofundarem seu conhecimento em relevantes conceitos e aspectos do setor estatal, com foco primordial nas competências das Cortes de Contas, uma vez que isso se harmoniza com a própria vocação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, instituição que busca, de modo incessante, o aprimoramento da gestão e da governança, por meio do uso racional, equilibrado e sustentável do erário, em obediência à supremacia do interesse público e social.

Excelente leitura a todos!

Conselheiro WILBER CARLOS DOS SANTOS COIMBRA

Presidente da Escola Superior de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia

O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO INCENTIVO AO PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Autora: Débora Brondani da Rocha *

* Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, desde 25/01/2018. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, colação de grau em 15/08/1998. Procuradora do Município de Gravataí/RS, de 20/02/2000 a 06/10/2003. Assessora Jurídica do Ministério Público do Rio Grande do Sul, de 06/10/2003 a 24/09/2007. Auditora Pública Externa do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, desde 24/09/2007 (cargo atual). de_brondani@yahoo.com.br.

Palavras-chaves: Políticas Públicas; Educação Infantil; Melhorias; Desafios; Planejamento; Tribunal de Contas.

Resumo

O presente trabalho explicita a possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas em diferentes etapas do ciclo das políticas públicas. Analisa a experiência do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul no acompanhamento da expansão da rede de atendimento em educação infantil, com vistas ao cumprimento da meta 1 do Plano Nacional de Educação[3].

No decorrer do artigo são demonstrados avanços ocorridos ao longo dessa atuação e desafios a serem enfrentados para o alcance de maior número de crianças. Partindo-se dessa experiência concreta de verificação, se constatou um aumento da população infantil em Municípios de maior porte populacional (com mais de 100.000 habitantes) superior ao verificado nos demais Municípios. Com maior concentração de demanda, os Municípios de maior porte estão próximos de atingir ou já alcançaram o limite prudencial de despesa com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, o que, paradoxalmente, dificulta a expansão de sua rede de atendimento. Assim, conclui-se o trabalho destacando a especial relevância da fase de planejamento das políticas públicas por parte de seus executores, com o acompanhamento dessa etapa pelos órgãos de controle, dentre os quais os Tribunais de Contas.

Introdução

O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, conforme previsto no artigo 70 e seguintes da Constituição Federal. A atribuição constitucional da fiscalização operacional permite aos Tribunais de Contas uma abordagem que supera as óticas financeira e de legalidade, passando à defesa dos interesses primordiais da sociedade, através da análise do desempenho dos órgãos públicos.

A fiscalização operacional está intimamente ligada ao princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998 no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, como sendo de observância obrigatória pela Administração Pública. Conforme esclarece DI PIETRO[4] (2000), o princípio da eficiência apresenta um aspecto referente ao modo de atuação do agente público, que deve atuar da melhor maneira possível, e outro relativo ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Ambos dizem respeito à busca pelos melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

No seu mister de avaliar a observância do princípio da eficiência, os Tribunais de Contas têm desempenhado a missão de acompanhar o cumprimento de políticas públicas. Estas, de acordo com PROCOPIUCK[8] (2013), dizem respeito à mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços para solucionar determinados problemas da coletividade.

As políticas públicas são exercidas em diversas áreas de atuação do Estado, como por exemplo,

saúde, educação e assistência social. Elas envolvem a identificação de demandas e problemas coletivos, a seleção entre os mais relevantes, dada a amplitude das necessidades e a limitação de recursos públicos, o estabelecimento de regras disciplinando o seu cumprimento, assim como a elaboração de objetivos e metas, e posteriormente sua execução e avaliação de seu impacto social.

Considerando as diversas etapas que envolvem o ciclo de uma política pública, há diversas abordagens que podem ser efetuadas pelos Tribunais de Contas, em contribuição a um melhor desempenho pela Administração Pública.

1- Política pública de educação infantil - Experiência vivenciada no Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul

Em 2008, um ano após a publicação de estudo do Ministério Público de Contas sobre os índices de atendimento em educação infantil nos Municípios do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Contas do Estado passou a realizar análise sistemática nos Processos de Contas dos Poderes Executivos Municipais da oferta de vagas na primeira etapa da educação básica. A atuação relativamente à temática foi de considerável relevância, tendo em vista que em 2008 apenas 16,56% das crianças de 0 a 3 anos estavam matriculadas em creche e 48,59% da faixa etária de 4 e 5 anos frequentava pré-escola.

Em 2010, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul começou a publicar anualmente a Radiografia da Educação Infantil[1], apresentando uma análise geral do atendimento à educação de crianças de 0 a 5 anos e o número de matrículas com a taxa de atendimento de cada um dos 497 Municípios gaúchos. Em 2012 a Presidência do TCE-RS promoveu audiência pública, na qual a Coordenação Geral da Educação Infantil do Ministério da Educação, juntamente com a União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME) e outros órgãos educacionais, relacionaram ao Tribunal de Contas informações que o órgão poderia compilar em seu estudo e que seriam importantes para o acompanhamento da evolução no atendimento da educação infantil.

Com base nas contribuições recebidas na audiência pública, a Radiografia da Educação Infantil foi aprimorada a partir de 2013, passando a congregar, na análise de cada Município, dados relativos à receita municipal, à situação socioeconômica dos munícipes, ao percentual de habitantes na área urbana, além de informações extraídas do Censo Escolar/INEP[6] relativas à evolução das matrículas em creche e pré-escola, com o número de vagas a criar para o atendimento da meta 1 do Plano Nacional de Educação. Além disso, passaram a constar as receitas de FUNDEB e despesas com educação infantil, agrupadas de acordo com sua natureza, informando-se a fonte de recursos utilizada.

A análise efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado tem por finalidade auxiliar no planejamento da política pública de educação infantil, fornecendo para os Municípios informações sobre sua população infantil, com ênfase nas crianças em maior situação de vulnerabilidade social. Além disso, é demonstrada a capacidade financeira do Município, o que permite vislumbrar a maior ou menor possibilidade de ampliação da rede de atendimento.

Além de contribuir com o planejamento dos Poderes Executivos, a divulgação, que vem ao

[1] Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/estudos_pesquisas/educacao_infantil

encontro do constante aprimoramento na transparência dos atos administrativos, facilita o exercício da função fiscalizatória do Poder Legislativo, que passa a dispor de dados concernentes à execução orçamentária relativamente à política de educação infantil. Ademais, a disponibilização de informações, que são prestadas pelos Poderes Executivos ao Tribunal de Contas do Estado, contendo a natureza das despesas efetuadas, com o respectivo montante, e as fontes de recursos informadas, tem o objetivo de fomentar a permanente adequação da classificação orçamentária da despesa e da receita pública.

O trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul no fomento à política pública de educação infantil contou com a celebração de convênio com o Ministério Público do Estado e com a Federação das Associações dos Municípios do Estado (FAMURS), em cuja execução houve a promoção de eventos conjuntos para fins de orientação dos Municípios na ampliação do atendimento em creche e pré-escola.

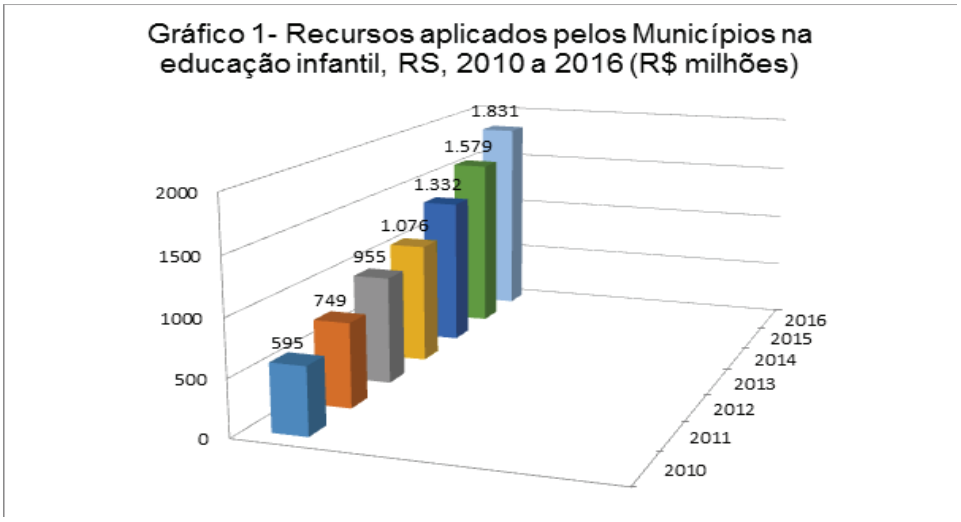
Durante esse período de acompanhamento da política de educação infantil verificou-se considerável evolução no atendimento às crianças de 0 a 5 anos. Entre 2008 e 2016 houve um aumento de 85.490 matrículas em creche e de 75.047 alunos em pré-escola, variação que correspondeu a um incremento de 64% de crianças atendidas. Além disso, em 2008 existiam 146 Municípios sem creche no Rio Grande do Sul, número que foi reduzido para 27 em 2016.

Tabela 1 – Variação das matrículas em creche e pré-escola e do número de Municípios sem creche (2008/2016)

Municípios do RS	2008	2016	Variação no período
Nº de matrículas em creche	93.896	179.386	+91,05%
Nº de matrículas em pré-escola	156.929	231.976	+47,82%
Nº de Municípios sem Creche	146	27	-81,51%

Fonte: Censo Escolar INEP. Elaboração própria.

Além do aumento da taxa de matrículas em educação infantil, constata-se forte incremento no montante de recursos aplicados nessa etapa da educação básica. Em 2010, os Municípios do Rio Grande do Sul aplicaram R$ 594.674.455,85 na educação infantil, passando essa aplicação para R$ 1.831.162.309,22 em 2016.

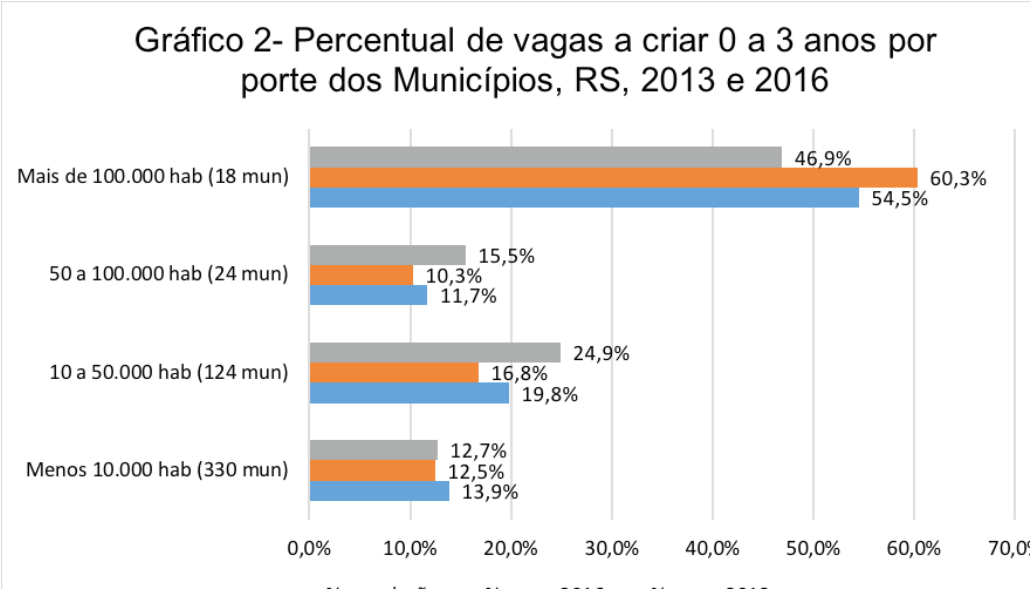


Fonte: Portal de Dados Abertos do TCE-RS[9]. Elaboração própria.

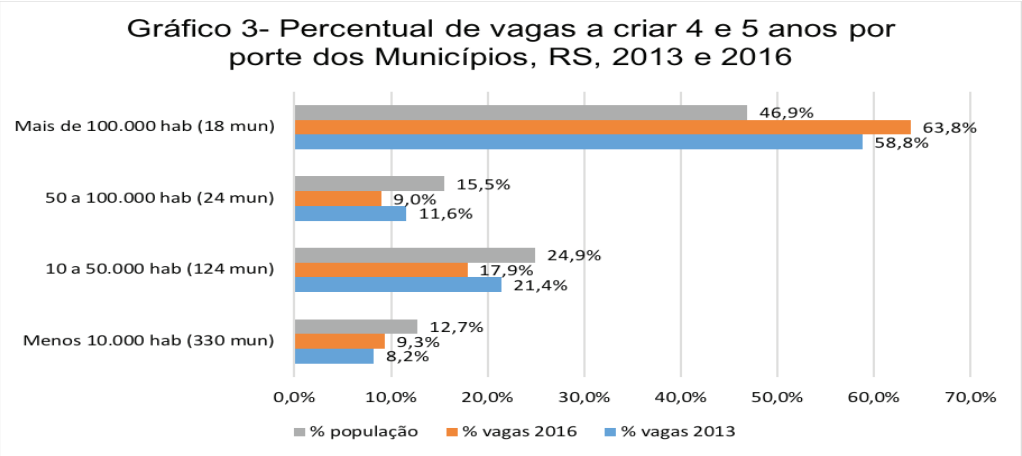
No que tange à aplicação de recursos na educação infantil, o acompanhamento do Tribunal de Contas do Estado tem também o objetivo de orientar os Municípios a realizarem a alocação correta de suas despesas, em observância ao disposto na Lei nº 9.394/96 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional).

2- Desafios futuros no acompanhamento pelo Tribunal de Contas do planejamento e implementação da política de educação infantil pelos Municípios

Em que pese se tenha verificado considerável aumento de matrículas em creche e pré-escola entre 2008 e 2016, constata-se que esse incremento foi maior em Municípios de menor porte populacional. O Rio Grande do Sul possui 18 (dezoito) Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes, nos quais historicamente há maior *déficit* de vagas em educação infantil. Em 2013 esse grupo de Municípios concentrava 54,5% das vagas a serem criadas em creche e 58,8% da necessidade de aumento de vagas em pré-escola. Em 2016, passaram a responder por 60,3% das vagas a criar em creche e 63,8% em pré-escola.



Fonte: Censo Escolar INEP e Estimativa Populacional IBGE (2012). Elaboração própria.



Fonte: Censo Escolar INEP e Estimativa Populacional IBGE (2012). Elaboração própria.

Os Municípios gaúchos com mais de 100.000 (cem mil) habitantes, que de acordo com a estimativa populacional do IBGE em 2016 totalizavam 5.404.274 habitantes (47,88% do total de 11.286.500 habitantes do Estado), além de historicamente apresentarem deficiência de vagas em educação infantil, registraram, no período de 2011-2016 um aumento no número de nascidos vivos, comparativamente ao período de 2005-2010. Tais Municípios, que tiveram 110.688 nascimentos de 2005 a 2010, contaram com 115.676 nascidos vivos entre 2011-2016. Apenas 3 (três) Municípios desse grupo registraram queda no número de nascimentos nos períodos comparados. Os demais tiveram aumento no número de nascidos vivos, sendo que em 6 (seis) deles essa elevação superou a ordem de 10%. No total, tais Municípios tiveram um aumento de nascimentos de 5,29%, quando comparados o período de 2011-2016 com o de 2005-2010.

O aumento dos nascimentos nos Municípios de grande porte populacional contrasta com a diminuição verificada nos Municípios de até 20.000 habitantes.

Tabela 2 – Variação no número de nascidos vivos conforme porte populacional do Município de residência da mãe (períodos de 2005-2010/2011-2016)

Porte populacional	Nº Municípios	Nascidos Vivos		Variação	
		2005 a 2010	2011 a 2016	Nº	%
Menos Cinco mil hab	228	41.467	39.704	-1.763	-4,25%
Cinco a dez mil hab	102	44.147	41.641	-2.506	-5,68%
Dez a Vinte mil hab	64	61.874	61.781	-93	-0,15%
Vinte a 50 mil hab	60	136.045	142.505	6.460	4,75%
50 a 100 mil hab	24	133.069	136.427	3.358	2,52%
Mais de cem mil hab	18	407.366	428.908	21.542	5,29%
Total Geral	496	823.968	850.966	26.998	3,28%

Fonte: Ministério da Saúde. Datasus[7]

O acompanhamento do número de nascimentos não apenas é um dado fundamental para o planejamento da expansão de vagas em educação infantil, como se trata de relevante indicador para orientação de diferentes políticas públicas a serem executadas pelos Municípios nas áreas de educação, saúde e assistência social.

Nesse contexto é importante ressaltar que, conforme o Censo Demográfico do IBGE de 2010, naquele ano no Rio Grande do Sul 17,9% das crianças de 0 a 5 anos se encontravam em situação de pobreza, ou seja, pertenciam a famílias cujo rendimento nominal *per capita* era de até R$ 140,00 por mês. Há, portanto, o desafio para o Poder Público de inclusão das crianças pobres no sistema de ensino, sem o que não se conseguirá reduzir as desigualdades educacionais e sociais existentes.

Para a ampliação do atendimento em educação infantil, além do aumento de investimentos, é necessária a contratação de profissionais, dentre os quais os docentes. Ocorre que, selecionados os dezoito Municípios do Rio Grande do Sul com mais de 100.000 (cem mil) habitantes e com mais necessidade de ampliação da rede de ensino, constatou-se que em 2016 dez estavam entre os trinta com menor receita de impostos por habitante, ocupando dois deles as últimas posições no Estado. Além da dificuldade financeira desses Municípios, há a necessidade de observância dos limites de despesa com pessoal, estabelecidos pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)[1].

Conforme previsto no artigo 19, inciso III, da Lei Complementar nº 101/2000, a despesa total com pessoal dos Municípios, em cada período de apuração, não poderá exceder 60% da receita corrente líquida. Nesse limite, 6% correspondem ao Poder Legislativo e 54% ao Poder Executivo (artigo 20, inciso III). O artigo 22, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece vedações ao órgão, caso a despesa total com pessoal exceda a 95% do limite. São elas:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Tais vedações são impostas ao Poder Executivo quando ele exceder 51,30% da receita corrente líquida com despesas com pessoal. Conforme se extrai da certidão de gestão fiscal do Tribunal de Contas do Estado, um dos Municípios que mais necessita criar vagas em educação infantil, em 2016 estava próximo do limite prudencial de despesa com pessoal, situação que dificulta a contratação de profissionais da educação.

Em 2017, sete dos Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes excederam o limite prudencial de despesa com pessoal, tendo três deles superado o limite de 54% da receita corrente líquida. E um outro Município (Alvorada), que possui a menor receita de impostos *per capita* do Estado, está próximo de atingir o limite prudencial de despesa com pessoal. Todavia, de acordo com a Radiografia da Educação Infantil do TCE-RS, 2015, naquele ano o Município atendia apenas

4,58% das crianças de 0 a 3 anos em creche e 19,70% das crianças de 4 e 5 anos na pré-escola, sendo que consoante consta na Radiografia, de acordo com o Censo Demográfico do IBGE de 2010, 19,82% das crianças de 0 a 5 anos do Município pertenciam a famílias com rendimento nominal mensal *per capita* de até R$ 140,00.

Necessitando ampliar sua rede de ensino, o Município possui limitação financeira e também no que tange aos índices de comprometimento da receita corrente líquida com despesa com pessoal.

Tabela 3: Relação dos Municípios com mais de 100.000 habitantes (RS), índice de despesa com pessoal (2016 e 2017) e receita de impostos *per capita*

	Estimativa Populacional 2016[3]	Índice de despesa com pessoal 2016	Índice de despesa com pessoal 2017	Receita de Impostos *per capita*[4]	Posição no Estado de acordo com a receita de impostos *per capita*
Erechim	102.906	46,98	45,95	1.780,07	408
Bento Gonçalves	114.203	37,65	37,73	1.926,75	370
Bagé	121.986	51,32	56,66	1.209,59	488
Cachoeirinha	126.666	77,67	68,08	1.742,16	413
Santa Cruz do Sul	126.775	42,01	43,66	1.915,05	375
Uruguaiana	129.720	58,69	59,93	1.112,96	494
Sapucaia do Sul	138.933	47,28	52,80	1.154,15	492
Passo Fundo	197.798	51,80	53,41	1.645,98	434
Alvorada	207.392	53,36	50,51	680,72	497
Rio Grande	208.641	48,85	53,52	2.089,99	336
São Leopoldo	229.678	48,83	52,97	1.326,09	483
Novo Hamburgo	249.113	43,26	47,74	1.443,09	471
Viamão	252.872	40,98	46,09	792,47	496
Gravataí	273.742	43,90	44,43	1.436,02	474
Santa Maria	277.309	47,28	47,02	1.201,90	489
Canoas	342.634	42,41	40,27	2.153,54	321
Pelotas	343.651	45,64	44,48	1.139,53	493
Caxias do Sul	479.236	40,19	40,16	1.869,82	381
Porto Alegre	1.481.019	42,51	43,87	2.226,41	309

Fontes: Ministério da Saúde. DATASUS. Certidões de gastos com educação e gestão fiscal do TCE-RS. Estimativa populacional IBGE 2016. Portal de dados abertos TCE-RS. Elaboração própria.

As considerações anteriormente efetuadas acerca da conjuntura, aqui se traduziram em número para alguns Municípios do Rio Grande do Sul, mas se repetem nas diferentes Unidades da Federação.

Diante das dificuldades verificadas, caso não haja o adequado planejamento, corre-se o risco de busca de alternativas de gestão prejudiciais ao financiamento e/ou à qualidade da educação. O primeiro exemplo diz respeito à celebração de convênios com instituições comunitárias, confessionais

[3] https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2016/estimativa_dou.shtm
[4] Receitas de impostos e transferências municipais em 2016 dividido pela estimativa populacional

ou filantrópicas sem fins lucrativos, que não atendam, obrigatória e cumulativamente, às condições previstas no artigo 8º, parágrafo 2º, da Lei nº 11.494/2007 (Lei do FUNDEB)[2]:

I - oferecer igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e atendimento educacional gratuito a todos os seus alunos;

II - comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo;

III - assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional com atuação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo ou ao poder público no caso do encerramento de suas atividades;

IV - atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino, inclusive, obrigatoriamente, ter aprovados seus projetos pedagógicos;

V - ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento.

Verifica-se a ocorrência dessa situação quando o Município efetua repasses de valores a entidades conveniadas, sem receber recurso de FUNDEB relativamente aos alunos matriculados nessas instituições. Em tal hipótese, ocorre prejuízo à qualidade da educação, por terem sido desatendidas condições previstas em lei e também ao financiamento, uma vez que o Município deixa de receber recurso de FUNDEB pelos alunos atendidos.

Outra situação que ocorre é a aquisição de vagas de educação infantil em instituições particulares. Trata-se de realidade mais presente em Municípios de médio e grande porte populacional, que em diversas situações são demandados judicialmente para a oferta de vaga em educação infantil e acabam adquirindo vagas em escolas particulares para o atendimento do comando jurisdicional. Nesses casos, em que pese dispenda recursos públicos para o oferecimento da vaga, o Município não recebe retorno de FUNDEB (por se tratar de matrícula em escola particular), deixando de ingressar nos cofres públicos importante recurso para o financiamento da educação.

Diante do cenário acima descrito, verifica-se que diversos Municípios, em especial os que possuem maior concentração populacional, enfrentam grandes desafios no que tange ao planejamento para adequada execução de políticas públicas. Para tanto, faz-se necessário o avanço no uso de indicadores apropriados para o conhecimento da realidade e das necessidades de sua população. Nesse contexto, os Tribunais de Contas, que devem avaliar a eficiência da Administração Pública, são importantes expoentes no acompanhamento dessa fase de planejamento, cada vez mais relevante para o bom desempenho da atividade administrativa.

Conclusões

Os Municípios do Rio Grande do Sul tiveram considerável avanço na expansão da política pública de educação infantil nos últimos oito anos. Ampliou-se significativamente o atendimento às crianças de 0 a 5 anos, ao mesmo tempo em que se reduziu o número de Municípios sem creche.

Apesar dos avanços verificados, ainda resta um elevado número de vagas a criar, que se concentra principalmente nos Municípios de mais de 100.000 (cem mil) habitantes. Estes, que já apresentavam grande defasagem de vagas em creche e pré-escola, vivenciam um aumento no número de nascimentos, quando comparado o período de 2011-2016 com 2005-2010. Há, portanto, uma elevação da população infantil, o que ocasiona maior demanda de atuação do Poder Público.

Por um lado, tem-se o aumento da necessidade de serviços públicos por parte de um segmento populacional. A satisfação desse direito requer a expansão da rede pública, o que implica em admissão de pessoal. Esses Municípios, porém, encontram dificuldades na gestão fiscal, no que tange aos índices de despesa com pessoal. Essa realidade, retratada em relação a Municípios gaúchos e no que tange à política de educação infantil, se assemelha à situação vivenciada em outros Estados da Federação, influenciando na condução de diferentes políticas públicas.

Nesse contexto, exige-se dos Gestores maior ênfase nas etapas de diagnóstico e planejamento de políticas a serem implementadas. Ao mesmo tempo, assume maior relevância a atividade dos Tribunais de Contas na avaliação dessa fase do ciclo da política pública, orientando os Administradores na utilização de indicadores que podem contribuir para uma melhor percepção das necessidades da população, bem como fiscalizando suas receitas e despesas.

Referências

[1]BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 mai.2000, Seção 1, p.1.

[2]BRASIL. Lei nº 11.494 de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2007, Seção 1, p.7.

[3]BRASIL. Lei nº 13.005 de 25 jun. 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação-PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2014, Edição Extra, Seção 1, p.1.

[4]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo. Atlas, 2000. p.83.

[5]INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Demográfico 2010.

[6]MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. Censo Escolar.

[7]MINISTÉRIO DA SAÚDE. DATASUS. Tecnologia da Informação a Serviço do Sul.

[8]PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública.* 1. Ed. São Paulo. Atlas, 2013. P.141

[9]TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO SUL. Portal de Dados Abertos.

JURISDIÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS: ESTUDO COMPARADO DO CONTROLE EXTERNO NO BRASIL E NA ESPANHA

Autor:Gabriel Heller*

*Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Advogado. E-mail: hellergabriel@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo empreender uma comparação entre os Tribunais de Contas do Brasil e da Espanha, a fim de verificar se e de que forma exercem funções jurisdicionais e fiscalizatórias. Parte-se da premissa de que o Direito Comparado tem como funções, entre outras, colaborar na interpretação do Direito vigente e apresentar soluções para problemas comuns entre os países. Assim, os ordenamentos jurídicos dos dois Estados e a produção doutrinária respectiva são analisados e confrontados, de modo a se demonstrar qual a extensão da autonomia orgânica e funcional conferida aos órgãos de controle externo por constituintes e legisladores. Realizado o exame acerca da autonomia do órgão, compara-se o exercício das funções de julgamento e de fiscalização pelas Cortes de Contas na Espanha e no Brasil, com especial atenção para as convergências e divergências constatadas na doutrina desses países. Este artigo, busca, assim, estimular o debate sobre as competências dos Tribunais de Contas e oferecer propostas de interpretações e alterações do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a esses órgãos, com base em seu congênere espanhol.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Direito Comparado. Brasil e Espanha. Autonomia. Jurisdição e fiscalização.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, enquanto modelo jurídico-político consagrado para reger Estados democráticos, assenta-se em algumas premissas, entre elas, a desconcentração do poder, por meio da atribuição das diversas tarefas estatais a diferentes e independentes órgãos, e a existência de mecanismos de cooperação e de limitação ao exercício do poder político pelos detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1986).

Insere-se nessa ideia, enquanto tarefa estatal e mecanismo de cooperação e limitação do poder, o sistema de controle externo da Administração Pública, fundado na ideia de que os detentores do poder têm o dever de prestar contas ao povo, cidadão e contribuinte, o qual, diretamente e por meio de seus representantes, tem competência para vigiar a execução do plano de ingressos e gastos visando à satisfação de suas necessidades e à regulação econômica e social (SILVA, 2008).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 70, atribui ao Poder Legislativo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, mediante controle externo, o qual será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, cujas competências específicas e configuração constitucional vêm arroladas nos artigos 71 e seguintes da Carta.

Desde a criação do Tribunal de Contas em 1890 (Decreto 966-A), por obra de Ruy Barbosa, a doutrina e os tribunais brasileiros travam debates acerca da natureza jurídica e da extensão das funções desse órgão de controle externo, mormente no que concerne a sua autonomia em face do Poder Legislativo, ao exercício de função jurisdicional por essa instituição e aos limites dos seus poderes de fiscalização. A seção da CF/88 que rege a matéria não teve o mérito de amainar essas contendas.

Verifica-se, contudo, que a controvérsia não se restringe ao Brasil. O exercício do controle externo pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, autônoma ou conjuntamente, é tema

recorrente na doutrina constitucionalista e administrativista dos países que adotaram esse modelo de controle interorgânico, caracterizado pela presença de Corte de Contas com *status* e competências que variam conforme as respectivas constituições (MEDAUAR, 2014). Dessa forma, seguindo uma concepção funcionalista (DUARTE, 2006), entende-se que um estudo de Direito Comparado pode trazer contribuições para o tratamento destinado à matéria no Brasil.

Para os fins deste trabalho, avultam as funções do Direito Comparado referentes à elaboração ou reforma de leis e à interpretação de normas jurídicas nacionais. Parte-se, pois, da premissa de que o estudo da organização e do funcionamento do Tribunal de Contas em outros ordenamentos jurídicos pode colaborar para uma melhor definição da configuração e das funções desse órgão no Brasil (TORRES, 2008).

A escolha da Espanha para o exercício comparativo deveu-se a uma série de razões. A Constituição Espanhola de 1978 (CE/78) foi, entre as que influenciaram o constituinte de 1988, a mais próxima temporalmente. Como lembra Bonavides (2003), destacando similitude e mesmo identidade nos dois processos de transição de regimes ditatoriais para a democracia, a pactuada construção da Carta de 1978 serviu de lição e modelo para o constituinte de 1988. Em sentido similar, José Afonso da Silva (2003) destaca que a aproximação normativa das duas constituições permite o estudo comparativo, conquanto refute a comparação no concernente à organização dos poderes.

Não obstante a ressalva do eminente professor da Universidade de São Paulo, o Tribunal de Contas parece não estar incluído – em verdade, sequer cogitado – em suas considerações. Com efeito, as aproximações dos regimes jurídico-constitucionais desse órgão – e as dúvidas que suscitam – validam a comparação entre os Tribunais de Contas do Brasil e da Espanha (TORRES, 2008), o que leva a defender-se que o modelo espanhol pode trazer proveitosos influxos para uma adequada interpretação do sistema de controle externo da CF/88, bem como para eventuais reformas nesse mecanismo de fiscalização.

Para tanto, analisar-se-á inicialmente a posição do Tribunal de Contas nos sistemas constitucionais brasileiro e espanhol, com foco no papel autônomo que exerce no mecanismo de freios e contrapesos de cada lei fundamental. A seguir, serão abordados os caracteres da competência de julgamento do órgão de controle, atribuição cujo exercício, no Brasil, quiçá pela falta de melhor regulação legal, gera insegurança jurídica à Administração e aos agentes públicos. Por fim, serão examinados a competência de fiscalização da Corte de Contas, sua diferente extensão nos dois países e os reflexos dessa variação na autonomia do órgão.

1. DA AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRO E ESPANHOL

Pelo menos desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é corolário das ideias de soberania popular e governo representativo o dever dos agentes públicos de prestar contas de sua administração ao povo[1]. Evidentemente, para que o povo possa controlar os

[1] "Art. 15: La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration". Em tradução livre: "A Sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público referente a sua administração".

governantes, não basta que estes apresentem as contas; é também necessário que a sociedade tenha condições de as examinar, tarefa que, em face de sua complexidade, restou historicamente sob competência dos representantes do povo no Parlamento.

Montesquieu (2005, p. 171) já expunha que o corpo de representantes é escolhido não só para fazer as leis, mas para verificar "se foram bem executadas aquelas que fez, coisa que pode muito bem fazer e, até mesmo, só ele pode fazer bem". Dessa forma, durante muito tempo, coube exclusivamente ao Poder Legislativo fiscalizar a atividade financeira do Estado, mormente do Poder Executivo.

Nada obstante, o controle, que originalmente se restringia a aspectos formais, à confrontação da cobrança de tributos e da realização de despesas com os limites da autorização dos parlamentares, ganhou novos contornos. Como explica Medauar (1990), o Poder Legislativo passou a ter dificuldades para cumprir a contento a função de controle financeiro, em função de seu caráter técnico e da complexidade crescente da atividade administrativa, de modo que se atribuiu tal tarefa – ao menos parcialmente – a órgãos de controle externo concebidos especificamente para essa tarefa.

Na doutrina espanhola, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (1989) sublinha que a vetusta ideia de que o poder deve conter o poder, simples em aparência, resulta em enorme complexidade, não havendo fórmulas prontas que deem conta de todas as situações. Destarte, há que se criar um sistema próprio de freios e contrapesos, adequado a cada realidade.

O catedrático de Direito Administrativo da *Universidad Complutense de Madrid* critica o que chama de soluções automáticas ou mecanicistas e procura demonstrar a insuficiência da teoria da tripartição dos poderes (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1989), a qual, lembre-se, foi adotada histórica e continuamente no Brasil desde a Constituição de 1891.

Nada obstante, como adverte o professor espanhol, os elementos determinantes para modular a separação de poderes podem aparecer também fora da "parte orgânica da constituição" (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1989, p. 59). Com efeito, na CE/78, o único órgão constitucional que recebeu a clássica denominação de "Poder" foi o Judiciário (art. 117 e seguintes), havendo inúmeras menções aos "poderes públicos" como conjunto. O *Tribunal de Cuentas* da Espanha (TCE), por sua vez, vem previsto no artigo 136, último dispositivo do *Título VII – Economía y Hacienda*.

No Brasil, cuja CF/88 previu expressamente a tripartição dos poderes à moda americana, não há margem para discussão: são Poderes, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (art. 2º). Com fulcro na lição espanhola, cumpre notar que daí não se depreende que o sistema de freios e contrapesos, o controle do poder sobre o poder, no país, restringe-se aos órgãos que compõem esses Poderes. O Tribunal de Contas, com as competências de controle que a CF/88 lhe conferiu, constitui, tal qual o Tribunal de Contas da Espanha, "órgão de relevância constitucional" (TORRES; 1993; FANLO LORAS, 1985; ÁLVAREZ CONDE, 2008).

A relevância constitucional aludida reside não só no fato de vir previsto na Constituição, mas principalmente no fato de ser atribuída a esse órgão função específica no mecanismo de controle mútuo daqueles que Loewenstein (1986, p. 36) chamou "detentores do poder". Não é por outro motivo que Rui Medeiros (2010), tratando dos elementos do constitucionalismo, cita o Tribunal de Contas

como inovação no âmbito da divisão dos poderes estatais. Nesse diapasão, Moreira Neto (2003, p. 13) inclui a Corte de Contas no âmbito dos "controles recíprocos de matriz constitucional", enquanto órgão previsto na Carta política "como expressão de algum aspecto essencial de poder estatal".

A CE/78, em seu art. 136.1, dispõe que o Tribunal de Contas é o supremo órgão fiscalizador das contas e da gestão econômica do Estado e que "[d]ependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado". Os vocábulos "dependerá" e "delegación" geraram profunda controvérsia tanto na constituinte espanhola quanto na doutrina do Direito Administrativo e Constitucional nesse país.

De um lado, dando ênfase ao critério histórico de interpretação, Fanlo Loras (1985) critica a fórmula utilizada por dar a entender que a delegação do Poder Legislativo ao Tribunal de Contas dar-se-ia apenas no tocante ao exame da Conta Geral do Estado, o que estaria em desacordo com a experiência constitucional espanhola. Também Álvarez Conde (2008) defende que as funções do Tribunal de Contas são, como um todo, exercidas por delegação das Cortes Gerais.

Por outro lado, Nuñez Pérez (2006) e García Crespo (1999) advogam que tal competência é efetivamente a única atribuída ao Tribunal de Contas como delegação do órgão de representação do povo. Em abono dessa tese, além da dicção literal do dispositivo, deve-se mencionar que os debates ao longo da elaboração da CE/78 demonstram que a proposta original foi sendo alterada de modo a se chegar nesse texto, pensando o constituinte espanhol que tal clareza impediria a formação de uma celeuma em torno dessa atribuição (RUDI ÚBEDA, 2002). Ainda, cabe lembrar que o parecer sobre a Conta Geral do Estado é o único documento emitido pelo Tribunal de Contas que se submete à aprovação do Poder Legislativo (GARCÍA CRESPO, 1999).

No tocante à dependência do *Tribunal de Cuentas* em face das *Cortes Generales*, a vagueza do texto sugere tratar-se de uma menção simbólica, a qual visa deixar claro que esse Tribunal não é órgão judicial e que o controle do Governo, na Espanha, cabe, precipuamente, ao Poder Legislativo (ÁLVAREZ CONDE, 2008; NUÑEZ PÉREZ, 2006). Segundo Linde Paniacua (*apud* FANLO LORAS, 1985), a dependência significa que o Tribunal relaciona-se unicamente com as *Cortes Generales* – o que não implica fazer parte do Poder Legislativo – e se expressa pelo fato de a função fiscalizadora do órgão ser exercida como delegação permanente das *Cortes Generales*.

Essa relação entre os órgãos de contas e legislativo, na Espanha, dá-se, basicamente, na *Comisión Mixta del Congreso y del Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas*. Tal Comissão analisa o produto dos trabalhos de fiscalização do TCE, sem poder alterar as conclusões neles expostas, e recebe frequentemente o Presidente dessa Corte para esclarecimentos acerca dos relatórios e informes produzidos, necessários principalmente em função de sua tecnicidade (FANLO LORAS, 1985).

Embora a CE/78 seja bastante lacônica no que tange ao Tribunal de Contas, ela garante a seus membros a mesma independência e inamovibilidade dos juízes (art. 136.3). Detalhando a autonomia desse órgão, o art. 5º da *Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas* (*Ley Orgánica 2/1982*) dispõe que a Corte exercerá suas funções com plena independência e submissão ao ordenamento jurídico, e o art. 6º confere ao TCE a competência para elaborar seu orçamento – submetendo-o, como os demais órgãos, ao Parlamento.

A *Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*, por sua vez, complementando os dois diplomas normativos aludidos e reforçando o caráter autônomo da instituição, estabelece, em sua 11ª disposição adicional, que os anteprojetos de lei e os projetos de regulamentos que versem sobre seu regime jurídico ou sobre o exercício de suas funções serão submetidos a parecer do órgão.

Pelo exposto, seja em termos orgânicos, por possuir competências de auto-organização e autoadministração e por não integrar o Poder Legislativo, seja em termos funcionais, por submeter-se exclusivamente ao ordenamento jurídico, há que se reconhecer que o *Tribunal de Cuentas* constitui órgão autônomo incumbido de uma função própria e inconfundível. Como esclarece Nuñez Pérez (2006), a dependência aludida na CE/78 indica apenas que os resultados obtidos no exercício das valiosas competências constitucionalmente atribuídas à instituição têm como destinatário imediato o Parlamento.

Tanto por fiscalizar, na condição de "supremo órgano fiscalizador", as contas e a gestão do Estado como por possuir jurisdição própria (artigo 136, itens 1 e 2, CE/78), o Tribunal de Contas da Espanha insere-se indubitavelmente no sistema de freios e contrapesos desse país, na forma que a Constituição e a legislação infraconstitucional estabeleceram.

O regime do Tribunal de Contas no Brasil, de seu turno, concentra-se precipuamente na Constituição Federal de 1988, tendo nosso constituinte, mais cioso – ou receoso – que o da Espanha, deixado pouca margem para o legislador ordinário complementar as relações entre a Corte de Contas e os três Poderes expressamente previstos.

A CF/88, em seu art. 70, prevê que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial será exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional; o art. 71, *caput*, da Carta complementa o dispositivo anterior ao dispor que controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. A expressão "com o auxílio" gera, no Brasil, controvérsia equivalente à proporcionada na Espanha pelas expressões *dependerá* e *delegación*.

Estaria essa expressão a significar que o Tribunal de Contas é um órgão subalterno ao Poder Legislativo, que dele depende orgânica ou funcionalmente? Teria ela densidade normativa para negar ao Tribunal de Contas o exercício autônomo da função de controle e para afastá-lo do mecanismo de limitação do poder pensado pelo constituinte?

Se, de sua parte, a Espanha deixou maior margem para o legislador ordinário regular as competências organizativas e finalísticas do Tribunal de Contas, o mesmo não se deu no Brasil. Os incisos do art. 71 e os demais artigos da "Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária", da CF/88, tratam pormenorizadamente das competências do Tribunal de Contas no Brasil; por isso, a leitura isolada do art. 70 e do *caput* do art. 71 não bastam para uma correta e completa interpretação da função desse órgão, gerando uma visão algo míope da Carta Magna.

Os incisos do art. 71, CF/88, conferem ao Tribunal de Contas uma gama de atribuições que independem completamente de qualquer ato do Poder Legislativo, como o julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos (inciso II) e a assinatura de prazo para adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (inciso IX). Como ensina Britto (2002), se há auxílio – como a CF/88 determina expressamente –,

não se trata de auxílio em forma subordinada ou dependente, porque a Corte de Contas exerce boa parte de seu *munus* sem passar pela avaliação de qualquer Casa do Poder Legislativo.

Dessas competências – que poderiam ser, mas não foram conferidas a outro órgão pelo constituinte de 1988 –, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 15) extrai a conclusão de que o Tribunal de Contas, na forma disposta pelo ordenamento jurídico, é "órgão autônomo da estrutura constitucional do Estado, compartilhando dos poderes inerentes à soberania".

Para assegurar essa autonomia funcional, a Constituição Federal conferiu aos membros do Tribunal de Contas da União as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º). Com efeito, não faria sentido atribuir tamanha proteção a esses agentes públicos se a eles não se pretendesse conceder autonomia no exercício de suas competências.

Mesmo sob a égide do regime constitucional anterior a 1988, Bandeira de Mello (1984) asseverava que o Tribunal constituía conjunto orgânico autônomo, em posição peculiar justamente por não estar estrutural ou organicamente albergado em qualquer dos três Poderes. Ratifica a autonomia orgânica da instituição o fato de tanto a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 72, § 1º), quanto a Constituição de 1988 (art. 73) outorgarem ao Tribunal de Contas o poder de auto-organização franqueado aos Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Um argumento que poderia ser empregado para tentar mitigar a autonomia da Corte de Contas é a circunstância de ter sido incluída na Seção IX, que integra o Capítulo "Do Poder Legislativo". Contudo, a alegação não pode prosperar, seja porque essa Seção versa, em seu art. 74, sobre o sistema de controle interno dos três Poderes – e não apenas do Legislativo –, seja porque, como esclarece peremptoriamente Britto (2002), o art. 44 da CF/88 não inclui o órgão de controle externo entre os que compõem o Poder Legislativo. Nessa senda, cabe lembrar que o Tribunal de Contas da Espanha está inserido no Título VII da CE/78, referente à Economia e Fazenda, não sendo aventada hipótese de isso implicar consequências à autonomia do órgão.

Dessa forma, assim na Espanha como no Brasil, a interpretação que mais se coaduna com os sistemas constitucionais respectivos indica que o Tribunal de Contas é instituição orgânica e funcionalmente autônoma, o que não impede que, nos termos expressos na CE/78 e na CF/88, exerça algumas de suas competências em colaboração ou com finalidade de cooperação com outros órgãos, mormente aqueles que integram o Poder Legislativo. Essas atribuições são objeto dos demais capítulos deste trabalho.

2. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E NA ESPANHA

A legislação, a doutrina e a jurisprudência espanholas, com mais clareza que as brasileiras, classificam em dois grupos as competências do Tribunal de Contas: de um lado, a função fiscalizatória; de outro, a função jurisdicional (FANLO LORAS, 1985). Ocupar-se-á, por ora, da segunda.

Na Espanha, a timidez do constituinte ao tratar da *jurisdicción* da Corte (art. 136.2, CE/78)

gerou incertezas acerca do exercício ou não de função jurisdicional por esse órgão. A CF/88, ao tratar do *julgamento* de contas (art. 71, II) e de *jurisdição* (art. 73), proporcionou efeito idêntico, de modo que, até hoje, a doutrina se divide sobre a configuração e extensão da competência prevista nesses dispositivos, como se passa a demonstrar.

A primeira questão a ser enfrentada concerne ao conceito de jurisdição. Para os fins deste trabalho, adotar-se-á, pela completude da análise que conduz à definição, a concepção exposta por Ovídio A. Baptista da Silva (2006).

O processualista gaúcho apresenta, em resumo, as seguintes "notas essenciais" do ato jurisdicional:

> a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) (...) a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela (SILVA, 2006, p. 27).

De posse da ideia de jurisdição aqui assumida, pode-se passar diretamente à análise da jurisdição nos vigentes textos constitucionais brasileiro e espanhol. Como se verá, ambas as leis fundamentais fazem pouco mais que mencionar a atribuição, sem lhe dar contornos mais definidos.

A CE/78, em verdade, sequer trata especificamente da competência jurisdicional. Dispõe, em seu art. 136.2, que o Tribunal de Contas, "sin perjuicio de su propia jurisdicción" remeterá às *Cortes Generales* um informe anual por meio do qual comunicará as infrações ou responsabilidades em que, a seu juízo, se tenha incorrido. Afora isso, diz o art. 136.3 que os membros do TCE gozarão das mesmas independência e inamovibilidade e estarão sujeitos às mesmas incompatibilidades que os juízes.

Observe-se que a CF/88 não se diferencia da Carta Espanhola nesse aspecto: segundo o art. 71, II, ao Tribunal de Contas compete "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos", bem como "as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público". O art. 73, por sua vez, declara que o Tribunal de Contas da União "tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional". Por fim, o § 3º desse mesmo artigo concede aos membros do Tribunal de Contas da União "as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça".

Essa aproximação normativa, contudo, gera interpretações bastante divergentes nos dois sistemas constitucionais em comento. Enquanto na Espanha é pacífico que o *Tribunal de Cuentas*, quando decide sobre débitos para com o erário, exerce atividade jurisdicional (*jurisdicción contable*), a jurisprudência e a doutrina brasileiras mostram-se bastante reticentes em reconhecer o caráter jurisdicional do julgamento de contas aludido na CF/88.

Para se examinar de modo organizado e aprofundado os regimes jurídico-constitucionais e os argumentos a favor e contra o reconhecimento de função jurisdicional ao Tribunal de Contas,

a análise será dividida em dois aspectos: os princípios gerais da jurisdição nesses ordenamentos (unidade, monopólio e inafastabilidade da jurisdição) e os caracteres específicos da jurisdição dos Tribunais de Contas (inércia do julgador, recorribilidade e exequibilidade de suas decisões).

O art. 117.3 da CE/78 estabelece expressamente que o poder jurisdicional em todo tipo de processo, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde **exclusivamente** aos juízos e tribunais determinados pelas leis. O art. 117.5, confirmando a exclusividade do artigo antecedente, dispõe que o princípio da unidade de jurisdição é a base da organização e funcionamento dos tribunais.

Desses dispositivos, Fernández Segado (1992) extrai os princípios constitucionais da jurisdição: o da exclusividade (apenas juízes e magistrados exercem o poder jurisdicional, como consequência do princípio da divisão de poderes e pressuposto inafastável do Estado de Direito); o da plenitude (o poder jurisdicional é exercido julgando e fazendo executar o julgado); e o da unidade de jurisdição. Com efeito, nenhuma leitura que se faça desses dispositivos pode afastar a certeza de que a Constituição Espanhola consagrou a exclusividade (ou monopólio) da jurisdição e sua unicidade.

Outro grande constitucionalista espanhol, Álvarez Conde (2008), explicita que a unidade de jurisdição é consequência do princípio da divisão dos poderes, segundo o qual caberia a apenas um órgão estatal cada uma das funções do Estado. Contudo, prossegue o jurista ibérico, a evolução deste princípio impôs transformações à unidade e à exclusividade, de modo que a função jurisdicional passou a ser exercida por diferentes órgãos.

A própria *Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial*, em seu art. 3º, afirma que a jurisdição é exercida pelos juízos e tribunais sem prejuízo dos poderes jurisdicionais reconhecidos pela Constituição a outros órgãos. Assim, Álvarez Conde (2008, p. 307-308), citando o TCE como exceção ao princípio da unidade de jurisdição, é obrigado a concluir que "lo que debe evitarse son las jurisdicciones especiales, pero no las especializadas, tratando de impedir la atribución a la Administración de funciones jurisdiccionales".

Em convergência, Garrido Falla (2006) explica que a jurisdição contábil, atribuição do TCE, constitui ordem jurisdicional especializada (*orden contencioso-contable*, na expressão do Tribunal Constitucional), uma espécie do gênero contencioso-administrativo. Entretanto, o Preâmbulo da *Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas* deixa claro que a jurisdição contábil há de ser interpretada restritivamente, de modo a torná-la compatível com a unidade e exclusividade da jurisdição ordinária.

Portanto, no regime jurídico-constitucional espanhol, a jurisdição é una, e o Poder Judiciário detém a exclusividade dessa função, exceto nos casos que a própria CE/78 – que atribuiu esses caracteres à jurisdição – ressalvou justamente o caso do *Tribunal de Cuentas*.

A CF/88, de seu turno, não instituiu tão claramente a unidade e o monopólio da jurisdição. Todavia, trata-se de princípio absolutamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, com base no inciso XXXV do art. 5º da CF/88 (SILVA, 2008), que prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" – o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com fulcro nesse princípio, relevantes nomes da cultura jurídica nacional, como Cretella Júnior (1987) e Medauar (1990), negam o exercício de qualquer função jurisdicional ao Tribunal de Contas. Ambos os juristas aduzem que o sistema de jurisdição una impediria o exercício de função jurisdicional por órgão alheio ao Poder Judiciário, de modo que o verbo "julgar", presente no art. 71, II, da CF/88, deveria ser tido como sinônimo de apreciar. Cretella Júnior (1987, p. 189) ainda se apoia no escólio de Alfredo Buzaid, asseverando que seria esse notável processualista brasileiro – "e não os administrativistas, nem os integrantes das Cortes de Contas" – a autoridade apta a esclarecer o que significam os vocábulos "julgar" e "jurisdição".

Conquanto seja indiscutível que a defesa do exercício de jurisdição pelo Tribunal de Contas concentra-se nos membros desse órgão e que cabe precipuamente aos processualistas o estudo da jurisdição, o argumento de autoridade não deve prosperar.

Isso porque, mesmo entre os processualistas, não há unanimidade quanto ao conceito de jurisdição e à existência de jurisdição do Tribunal de Contas: basta lembrar que Athos Gusmão Carneiro (2012, p. 41), eminente magistrado e processualista, entende que o Tribunal de Contas exerce "jurisdição anômala". Esse insuspeito jurista defende que, em geral, as atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa; contudo, quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, tal julgamento impõe-se, quanto ao mérito (aspecto contábil, regularidade das contas), ao próprio Poder Judiciário (CARNEIRO, 2012).

Em sentido semelhante, Pontes de Miranda (1967) lembra que a competência de julgamento de contas do Tribunal de Contas está prevista expressamente em nossas constituições desde a Carta de 1934, não sendo razoável que um juiz (o Tribunal de Contas) julgasse as contas, e outro juiz viesse julgá-las novamente. Veja-se que, além de tal possibilidade não encontrar previsão legal ou constitucional, ela iria de encontro a qualquer noção de economia e celeridade processual.

Tal entendimento não contraria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ainda que entendido – extensivamente – como unidade e monopólio da jurisdição. Trata-se, simplesmente, de uma exceção que só poderia – e foi – prevista pela própria Constituição, exatamente como ocorreu na Constituição Espanhola. Nesse diapasão, parece mais consentâneo com uma interpretação sistemática e teleológica concluir que a CF/88 deferiu à Corte de Contas essa competência e que o julgamento de contas proferido por esse órgão só pode ser cassado (e não revisto em seu mérito) pelo Poder Judiciário em caso de irregularidade formal ou manifesta ilegalidade (CARNEIRO, 2012), *e.g.*, no caso de inobservância do direito ao contraditório e à ampla defesa, observando-se, assim, a inafastabilidade da jurisdição (FERNANDES, 2012).

Sob a regência da EC nº 1, de 1969, cujo § 4º do art. 153 previa, em termos muito semelhantes, a inafastabilidade da jurisdição, Seabra Fagundes (1979, p. 129 e 134) dizia que a Carta impunha "quase integralmente, a unidade jurisdicional para o controle da Administração Pública", excepcionando do monopólio jurisdicional do Poder Judiciário o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso Nacional e o julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas.

Deve-se consignar, contudo, que nossos Tribunais Superiores, atualmente, não têm reconhecido que o julgamento de contas é capaz de operar a coisa julgada, mas apenas a coisa julgada administrativa.

De todo modo, esclarece Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 455) que, conquanto seja "fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional", nem todo ato ou processo jurisdicional produz a coisa julgada, não sendo, portanto, nota essencial do conceito de jurisdição. Esse entendimento se harmoniza com a ideia de que o julgamento de contas pode ser cassado pelo Judiciário por vícios processuais ou ilegalidade manifesta, uma vez que não se formou a coisa julgada.

Ainda, o fato de não vir previsto como órgão que compõe o Poder Judiciário (art. 92, CF/88) em nada altera as competências do Tribunal de Contas. Prova disso é que, embora a atribuição para julgar contas tenha sido prevista em todas as constituições brasileiras desde 1934, o *locus* reservado à Corte variou: em 1891, veio junto às Disposições Gerais; em 1934, estava, junto ao Ministério Público, no capítulo atinente aos "órgãos de cooperação nas atividades governamentais"; em 1937, recebeu capítulo próprio e exclusivo; e apenas de 1946 em diante passou a ser previsto no mesmo capítulo do Poder Legislativo.

A se aceitar o argumento "tópico", ter-se-ia que reconhecer que a mesma atribuição, prevista nos textos constitucionais sempre de forma clara – malgrado enxuta –, alterar-se-ia por sua mera colocação neste ou naquele capítulo. No regime constitucional espanhol, cumpre lembrar que a posição do *Tribunal de Cuentas* no título destinado à *Economia y Hacienda* sequer é cogitada como relevante na definição das competências desse órgão.

Resta ainda, no que concerne à jurisdição do Tribunal de Contas na Espanha e no Brasil, examinar de que forma se opera tal competência, em especial naquilo que tange à inércia do julgador, à recorribilidade e à exequibilidade das decisões proferidas com base na atribuição de julgamento. Trata-se não só de descrever sua configuração, mas de verificar se esta interfere ou não no caráter jurisdicional do julgamento de contas até aqui defendido.

A tomada de contas, no Brasil, tem por desiderato apurar fatos, identificar responsáveis e quantificar eventual dano diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados ou da ocorrência de desfalque ou desvio de valores públicos. De forma bastante similar, o *enjuiciamiento contable* espanhol objetiva o ressarcimento ao erário dos danos e prejuízos causados ao patrimônio público como consequência de fatos constitutivos de responsabilidade contábil distinta do alcance (GARRIDO FALLA et alii, 2006). Para a apuração do alcance, a *Ley Orgánica 2/1982* prevê o específico *procedimiento de reintegro por alcance*.

No tocante à inércia do Tribunal de Contas nos procedimentos que visam ao julgamento de contas, constata-se uma primeira diferença crucial. No Brasil, não há qualquer óbice à atuação *ex officio* por parte do órgão de controle externo (BRITTO, 2002). De seu turno, a *Ley Orgánica 2/1982* estabelece que tem legitimidade ativa para as "pretensiones de responsabilidad contable" todos que tiverem interesse direto no assunto ou forem titulares de direitos subjetivos relacionados com o caso (art. 47.1). Detalhando a *Ley Orgánica*, a *Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas* considera partes legítimas a Administração ou Entidade Pública prejudicada, bem como o *Ministerio Fiscal* (art. 55.1) – equivalente ao Ministério Público no Brasil.

Ao se cotejar o processo jurídico-contábil espanhol com o brasileiro, verifica-se que aquele constitui um verdadeiro processo jurisdicional, ao passo que o de nosso país tem feições de processo administrativo, marcado pelo impulso oficial e pelo princípio da verdade material,

não se diferenciando, em essência, dos procedimentos de fiscalização da Corte de Contas. Tal circunstância, com efeito, enfraquece a independência inerente ao conceito de jurisdição, a sugerir que a legislação ibérica pode servir de inspiração a uma eventual mudança em nosso processo de contas.

Outra dessemelhança entre os julgamentos de contas dos dois países diz respeito à recorribilidade das decisões do Tribunal de Contas – tanto no âmbito interno da Corte quanto no âmbito externo, isto é, da revisibilidade judicial.

A CF/88 não estabelece recursos cabíveis em face dos julgamentos de contas pelo órgão de controle externo. O máximo que faz nossa Lei Fundamental é prever o cabimento de mandado de segurança – que de recurso não se trata – perante o STF contra atos do Tribunal de Contas da União.

Como já se aduziu, a CE/78 também é bastante lacônica no que se refere ao regramento dos processos desses órgãos; entretanto, a *Ley Orgánica* e a *Ley de Funcionamiento* tratam em pormenores dos procedimentos, inclusive no que concerne aos recursos intraorgânicos e extraorgânicos.

A *Ley de Funcionamiento*, em seu art. 52.1, estabelece como órgãos da jurisdição contábil os conselheiros – que seriam os juízes de primeira instância – e as *Salas* – equivalentes a nossas câmaras ou turmas. Em complemento, seguindo autorização do art. 49 da *Ley Orgánica* da Corte, o art. 52.2 daquele diploma estabelece que a *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo* conhecerá dos recursos de cassação e de revisão interpostos contra as sentenças proferidas pelas *Salas* do Tribunal de Contas, estando as hipóteses de cabimento desses recursos previstas nos artigos 81 a 84 da *Ley de Funcionamiento*.

Em função de a legislação infraconstitucional prever a revisão dos julgamentos do Tribunal de Contas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, Garrido Falla (2006) entende que o *Tribunal Supremo* constitui o órgão jurisdicional superior em matéria contábil. Observe-se que isso de forma alguma interfere na independência do órgão de controle externo, mas confere ao jurisdicionado uma oportunidade a mais para exercer o contraditório e, ao sistema, uma maior coesão entre a jurisdição contábil e o Poder Judiciário.

Trata-se, com efeito, de mais um caso em que o legislador brasileiro poderia espelhar-se no modelo espanhol. A escassa regulação da jurisdição do Tribunal de Contas há de ser reformada, de modo a se garantir que órgãos de cúpula do Poder Judiciário revejam decisões e uniformizem nacionalmente o entendimento acerca do Direito Administrativo e Financeiro.

A ideia ainda vigente de que os julgamentos de contas constituem decisões administrativas possibilita, em tese, que o Poder Judiciário, em primeira instância, reveja o mérito de questões altamente técnicas e complexas. Trata-se de situação indesejável sob o ponto de vista prático, uma vez que se eterniza o contraditório do responsável, e também sob uma perspectiva de concretização constitucional.

Mudanças rumo à sistemática espanhola, com a previsão, *e.g.*, de um recurso exclusivo contra julgamentos de contas de todos os Tribunais de Contas do país, a ser julgado pelas Turmas

de Direito Público do STJ ou por uma nova Turma especializada, privilegiariam, a um só tempo, a segurança jurídica, o erário e a celeridade processual.

No que se refere à função jurisdicional do Tribunal de Contas, cumpre analisar, por derradeiro, a questão da exequibilidade dos julgamentos do órgão. Uma vez mais, o modelo brasileiro afasta-se do espanhol.

O Tribunal de Contas do país ibérico recebeu expressamente da *Ley Orgánica 2/1982* a competência para executar seus julgados (art. 46.1). O art. 85 da *Ley de Funcionamiento* regulamenta a execução, que será procedida de ofício ou a pedido, na forma estabelecida para o processo civil. Por essa razão, Garrido Falla (2006) entende que à jurisdição contábil atribui-se o aludido princípio da plenitude da jurisdição.

Diferentemente, no Brasil, a CF/88 previu, em seu art. 71, § 3º, que as decisões da Corte de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. Logo, o Tribunal de Contas não tem competência para executar seus julgados.

Poder-se-ia pensar que tal dispositivo enfraquece o poder jurisdicional do órgão de controle externo; todavia, em verdade, essa previsão se coaduna com o modelo de processo vigente em nosso país à época da Constituinte, inspirado na vetusta ideia romana de que só seria jurisdicional o processo declaratório, constituindo a execução atividade administrativa – ainda quando exercida por órgão do Poder Judiciário (SILVA, 2007). Isso posto, entende-se que a não exequibilidade das imputações de débito pelo próprio Tribunal não afeta o caráter jurisdicional de seus julgamentos.

De tudo quanto se expôs, infere-se que a jurisdição do Tribunal de Contas prevista na CF/88, assim como a instituída pela CE/78, possui as notas essenciais do conceito de jurisdição inicialmente proposto: trata-se de ato praticado por um juiz (Ministro ou Conselheiro), que, ao aplicar a lei ao caso concreto, realiza essa atividade como finalidade específica de seu agir, na condição de *terceiro imparcial*, independente em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade – o que é assegurado pelas garantias previstas no art. 73, § 3º, CF/88.

Não se pode, pois, concordar com Cretella Júnior (1987), quando nega o caráter jurisdicional ao julgamento de contas pelos fatos de não termos albergado o contencioso administrativo e de o constituinte frequentemente cometer erros terminológicos. Pelo contrário, uma interpretação sistemática, que considere as garantias conferidas aos membros do Tribunal de Contas, a inequívoca escolha pelo verbo "julgar" (art. 71, II) e a atribuição de jurisdição de forma idêntica à prevista para os Tribunais Superiores (comparem-se os artigos 73, *caput*, e 92, § 2º, CF/88), impõe a conclusão de que, quanto às contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos, a Corte de Contas exerce atividade jurisdicional.

Nada obstante, reformas no sentido de aproximar a configuração da função judicante da Corte ao padrão espanhol parecem não apenas recomendáveis, mas necessárias, dado que os processos ganhariam, repise-se, em segurança jurídica, proteção do erário e economia processual.

Contrastados os sistemas de controle externo de Brasil e Espanha quanto à função de jurisdição, resta, por fim, uma comparação atinente à função fiscalizadora da Corte de Contas.

3. DA FUNÇÃO FISCALIZADORA EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E NA ESPANHA

De acordo com o art. 136.1, CE/78, o *Tribunal de Cuentas* é o supremo órgão fiscalizador das contas e da gestão econômica do Estado e do setor público. Os artigos 2º e 9º da *Ley Orgánica* e o art. 27 da *Ley de Funcionamiento* do Tribunal especificam tratar-se de fiscalização externa, permanente e consultiva, visando verificar a submissão da atividade econômico-financeira do setor público aos princípios da legalidade, eficiência, economicidade, transparência, sustentabilidade ambiental e igualdade de gênero. O controle ainda se estende a subvenções, créditos, avais e outras ajudas do setor público concedidas a pessoas físicas ou jurídicas e à atividade econômico-financeira dos partidos políticos e das entidades a eles vinculadas (art. 4º da *Ley Orgánica 2/1982*).

A previsão de fiscalização tendo como critérios princípios como os da eficiência, sustentabilidade ambiental e igualdade de gênero demonstra a evolução da ideia do Tribunal de Contas como mero órgão de controle formalista e restrito a questões de legalidade. Nesse sentido, Fanlo Loras (1985, p. 331) menciona a desejável evolução do estreito controle de legalidade para um controle de gestão, para uma função fiscalizadora valorativa, que acaba por sobrepujar a clássica função de julgar contas:

> A partir de la Constitución de 1978 es posible hablar de un cambio, de una inversión de esta situación, reflejo, claro está, de la evolución de las técnicas de control de los gastos públicos ante la necesidad de superar el mero control de legalidad para adentrarse en el control de gestión. Sin desaparecer la función jurisdiccional ('sin perjuicio de su propia jurisdicción', dice el artículo 136.2 CE), ésta ha pasado a convertirse en una función secundaria en relación a la fiscalizadora, que es ahora la principal y más caracterizada en el propio texto constitucional.

No Brasil, o desenvolvimento da fiscalização valorativa também se operou, merecendo nota o controle de legitimidade previsto no art. 70, CF/88. A esse respeito, escrevendo ainda sob a égide da Constituição de 1969, Bandeira de Mello (1984) destaca o relevante papel que a Corte de Contas exerceria no exame do pressuposto teleológico dos atos do poder público. Já sob a regência da Carta de 1988, Torres (2008) manifesta que o controle das finanças públicas em um Estado Democrático de Direito demanda o controle de gestão, de resultados, de modo a se aferir se o cidadão está recebendo o que o Estado comprometeu-se a realizar.

Conforme observado por García Crespo (1999), isso se relaciona com a gradativa perda de importância de auditorias focadas em critérios de legalidade e contabilidade, em detrimento de auditorias concentradas nas operações e nos procedimentos do setor público. Com efeito, para uma sociedade de cidadãos-contribuintes, tão ou mais importante do que saber se o gestor seguiu mecanicamente as normas é verificar se os resultados prometidos foram alcançados e em que medida, enquadrando-se o Tribunal de Contas como instrumento de cidadania ativa na ordem jurídica brasileira (MOREIRA NETO, 2003).

Tanto num país como no outro, a função de fiscalização é aquela que vincula diretamente o Tribunal de Contas ao Poder Legislativo e à sociedade que este representa, o que leva Torres (2008) a defender que o órgão auxilia, além do Parlamento, a Administração e a própria comunidade. Do lado espanhol, aduz Nuñez Pérez (2006) tratar-se de controle que a Corte exerce como atividade instrumental, de apoio ao Parlamento, tendo em vista que o controle técnico facilita e orienta os controles político e social.

Destarte, o jurista espanhol assinala como manifestação máxima da relação colaborativa entre *Tribunal de Cuentas* e *Cortes Generales* a declaração daquele sobre a Conta Geral do Estado (NUÑEZ PÉREZ, 2006), declaração essa que guarda profunda similitude com nossa apreciação das contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo, consubstanciada em parecer prévio do Tribunal de Contas remetido ao respectivo Poder Legislativo (art. 71, I, CF/88), para que este, como titular do controle externo, exerça o controle político sobre a Administração Pública.

Como já mencionado, o constituinte espanhol deixou claro que a competência para avaliar a Conta Geral do Estado é levada a efeito por delegação do Parlamento (art. 136.1, CE/78); no caso brasileiro, isso fica claro pelo contraste entre a competência do inciso I ("apreciar as contas") com a do inciso II ("julgar as contas") do art. 71, CF/88.

De todo modo, seja por meio de declaração ou parecer prévio, seja por meio de outros procedimentos de apuração (art. 27, *Ley de Funcionamiento*; art. 71, IV, CF/88), com esta função fiscalizatória, a Corte de Contas apresenta, no dizer de García Crespo (1999), uma valoração definitiva sobre atos praticados, representando, assim, uma contribuição para a otimização da gestão, por imbricar-se com o processo decisório.

O caráter de cooperação do trabalho do Tribunal de Contas fica ainda mais claro quando se verifica que os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro atribuem não só à própria Corte, mas também ao Poder Legislativo a competência de iniciativa para os procedimentos de fiscalização (art. 45, *Ley Orgánica 2/1982*; art. 71, IV, CF/88). Não à toa, o art. 12.1 da *Ley Orgánica* determina que o órgão remeta às *Cortes Generales* os resultados de suas fiscalizações, no que mais uma vez se assemelha ao modelo brasileiro, que incumbe o Tribunal do dever de prestar informações ao Parlamento sobre suas auditorias e inspeções e de encaminhar-lhe, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades (art. 71, VII, e § 4º, CF/88).

Ao realizar suas fiscalizações, o órgão de controle externo deve sempre expor as conclusões que os exames empreendidos proporcionarem. Em face dessas conclusões, devem ser propostas medidas visando à melhoria da gestão econômico-financeira do setor público (art. 14, *Ley Orgánica 2/1982*, e art. 28.6, *Ley de Funcionamiento*).

Como pontifica Fanlo Loras (1985) acerca do controle externo espanhol, trata-se de opinião qualificada de órgão técnico, que pode ser mais ou menos acertada e que, com base em sua suficiência técnica, facilitará em maior ou menor grau uma decisão política. Resta claro, portanto, que, mesmo no exercício de competência marcada pela colaboração, pelo assessoramento, a Corte de Contas tem reconhecida sua autonomia perante o órgão legiferante. De igual modo, no sistema brasileiro, Britto (2002) nega veementemente a possibilidade de exercício da função estatal de controle externo sem o necessário contributo dos Tribunais de Contas, o que é ratificado por Moreira Neto (2003, p. 22) com a ideia de que o auxílio "não traduz qualquer sentido de subordinação nesse contexto, (...) mas de cooperação".

Entretanto, há uma diferença particularmente relevante entre os dois sistemas no que diz respeito à cogência de seus pronunciamentos. Enquanto, na Espanha, não se observa controvérsia acerca da ausência de vinculação das *Cortes Generales* ou mesmo dos gestores públicos face às medidas propostas como resultado das fiscalizações do Tribunal (NUÑEZ PÉREZ, 2006), no Brasil, o art. 71, IX, CF/88, confere ao órgão, se verificada ilegalidade, o poder de assinar prazo para

que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

Note-se que isso se reflete inclusive na competência sancionatória da instituição: o *Tribunal de Cuentas* só pode aplicar multas coercitivas, visando à apresentação de contas não prestadas ou de documentos não entregues no prazo fixado (artigos 7º.3 e 42.3, *b*, *Ley Orgánica 2/1982*), ao passo que à nossa Corte de Contas se reconhece tal poder em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (art. 71, VIII, CF/88). Aqui, a lei prevê inclusive multa por não atendimento injustificado a diligência determinada pelo Tribunal e por reincidência no descumprimento de determinação por ele exarada (art. 58, IV e VII, Lei Federal nº 8.443/1992).

A competência para determinar medidas aos administradores públicos indubitavelmente reforça a posição do Tribunal de Contas no mecanismo de *checks and balances* da CF/88, uma vez que lhe possibilita intervir diretamente na gestão dos Poderes constituídos, sem intermediação do órgão legiferante.

Nada obstante, a ausência de cogência das recomendações do congênere espanhol não é considerada um demérito ou uma fraqueza do sistema de controle externo, destacando-se que o Tribunal deve assinalar os fins (previstos na CE/78 e na legislação), mas não impor os meios que repute mais adequados (FANLO LORAS, 1985). Como expõe Nuñez Pérez (2006), a não vinculação não deve ser entendida como restrição à eficácia da função fiscalizadora, mas como uma característica harmônica com sua natureza e com o destino estipulado para seus trabalhos, levando o Tribunal a não retardar a remessa dos resultados das fiscalizações ao Legislativo.

Corroborando essa ideia, Fanlo Loras (1985) mostra a importância da *Comisión Mixta* no Parlamento Espanhol com vista a pressionar o Governo e a Administração a ele subordinada para que atendam às recomendações do Tribunal. Isso é reforçado pela previsão legal de que a Corte deve incluir, no Informe anualmente enviado ao Poder Legislativo, os resultados obtidos com a correção das irregularidades apontadas e o grau de cumprimento de suas observações (art. 28.5, *Ley de Funcionamiento*).

No Brasil, ao que parece, essa interação entre o Tribunal de Contas e os demais órgãos constitucionais – máxime as Casas Legislativas – não vem sendo desenvolvida em toda a sua potencialidade. Há que se encarar os relatórios e pareceres do Tribunal, mesmo quando acompanhados de proposições não cogentes (recomendações), como auxílio, contribuição e oportunidade para a melhoria da gestão, lembrando que cabe à Corte representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI, CF/88). Nessa senda, a publicização dos trabalhos do órgão de controle e o acompanhamento efetivo do cumprimento de suas recomendações pode levar também a um incremento do controle exercido pelas minorias no Poder Legislativo (NUÑEZ PÉREZ, 2006).

A diferença de sistemas de governo poderia ser apresentada como óbice a uma justa comparação, na medida em que, no parlamentarismo espanhol, o Governo depende da confiança das *Cortes Generales*, ao passo que, no presidencialismo brasileiro, os Poderes estão "de costas" um para o outro, independentes e, tanto quanto possível, harmônicos entre si. Entretanto, em um sistema de maior separação, de interdependência por coordenação, como diz Loewenstein (1986), afigura-se ainda mais forte a função auxiliar do Tribunal de Contas, uma vez que fornece a um legislador-controlador mais independente subsídios técnicos aptos a induzir o administrador a

cumprir as recomendações.

CONCLUSÃO

Se José Afonso da Silva (2003, p. 236) está certo ao afirmar que “as influências normativas nem sempre se traduzem numa normatividade semelhante” e que a CE/78 não exerceu influência sobre a CF/88 no que se refere à organização dos poderes, o estudo aqui empreendido sugere, curiosamente, que uma normatividade semelhante nem sempre é resultado de um influxo normativo. Como ensina Martín-Retortillo Baquer (1989, p. 63 e 76), as regras e critérios de separação e relações entre órgãos, em um dado sistema constitucional, exsurgem das mais inesperadas origens; impõe-se rejeitar a rigidez e o automatismo, visto que “a nada conducen las esclerosis históricas o dogmáticas”.

Nesse sentido, a tradicional separação de poderes tem, no sistema de controle externo integrado pelo Tribunal de Contas, uma demonstração de sua evolução rumo a uma divisão de funções que atende tanto a imperativos de limitação do poder como à necessidade de especialização das funções, decorrente da crescente complexidade da burocracia estatal e de sua relação com a sociedade. Assume-se, pois, que o controle interorgânico parte da premissa de que diversos órgãos cooperam na gestão estatal.

Como reconhece a doutrina brasileira, a natureza e a extensão das funções do Tribunal de Contas – e, por conseguinte, sua posição no mecanismo de *checks and balances* – dependerá, em cada país, do respectivo ordenamento jurídico. Sustenta-se, em função de tudo quanto exposto na primeira parte do trabalho, que, assim na ordem da CF/88 como na da CE/78, trata-se de órgão de relevância constitucional que não se adequa ao tradicional, falho e insuficiente esquema de separação de poderes (TORRES, 1993).

Na segunda parte, buscou-se esclarecer como, nos dois países aqui comparados, o Tribunal de Contas exerce uma função jurisdicional, por expressa previsão constitucional a excepcionar o princípio do monopólio da jurisdição. Malgrado adote-se tal posição em divergência com a doutrina majoritária, entende-se que o sistema espanhol de jurisdição de contas, por ser mais claro e juridicamente seguro, pode servir como modelo para reformas que, em nossa ordem jurídica, demandam mudanças a nível constitucional.

A controversa possibilidade de revisão de julgamento de contas por meio de ações ordinárias ou pela via expressa do mandado de segurança gera uma fissura na ideia que inspirou a jurisdição contábil: a tomada de decisão por órgão especializado em função da complexidade da matéria. Assim, a previsão de recursos específicos para um órgão de cúpula do Poder Judiciário tende a proteger, a um só tempo, a Administração e o administrado.

Por fim, no que tange à função de fiscalização, conclui-se que a principal diferença entre os sistemas espanhol e brasileiro de controle externo reside na possibilidade de a Corte brasileira expedir decisões com força cogente, determinando a adoção de providências visando ao cumprimento da lei. Dessa forma, embora ambos os Tribunais tenham o dever de reportar as conclusões de seus trabalhos ao Poder Legislativo, tal ato ganha relevo no ordenamento espanhol pela força indutora que as *Cortes Generales* atribuem às recomendações do *Tribunal de Cuentas*.

Como manifestado de início, espera-se que o estudo comparativo aqui realizado contribua para uma interpretação constitucional que reconheça a função do Tribunal de Contas no mecanismo de freios e contrapesos estabelecido na CF/88; mais do que isso, que inspire reflexões acerca de mudanças constitucionais que, visando à melhoria da gestão pública, concretizem todas as potencialidades desse órgão de controle externo.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. Volumen 2. Sexta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Público**, n. 72, ano XVII, p. 133-150, out./dez. 1984.

BONAVIDES, Paulo. O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa). In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). **La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Versão digital disponível em <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=5954&p=1>. Acesso em 01 de setembro de 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987.

DUARTE, Rui Pinto. Introdução ao direito comparado. **O Direito**, Coimbra, n. IV, p. 769-792, 2006.

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, p. 329-363, set./dez. 1985.

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.; HERNÁNDEZ VALLE, R. (coordinadores). **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 1992.

GARCÍA CRESPO, Milagros. El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas. **Revista española de control externo**, Madrid, vol. 1, n. 3, p. 91-110, 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volumen III: La Justicia Administrativa. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

LOEWENSTEIN. Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª edición. 4ª reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

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.

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

_____. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990.

MEDEIROS, Rui. **Constitucionalismo de matriz lusófona**: realidade e projecto. Versão preliminar não revista para debate, elaborado para a 1ª Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Lisboa: 2010.

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

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./set. 2003. Versão digital disponível em <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=12523&p=6>. Acesso em 20/02/2017.

NUÑEZ PÉREZ, Manuel. Relaciones del Control Externo con el Poder Legislativo. **Revista Española de Control Externo**, Madrid, vol. 8, n. 23, p. 121-140, 2006.

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

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, p. 143-171, 2002.

SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição. 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.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1**: processo de conhecimento. 7ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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, p. 39-48, mar. 1993.

_____. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**, volume V: o orçamento na Constituição. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS

Autora: Andréa da Silveira Lima Rodrigues*

* Especialista em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Consultora Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, desde jan/2017. Consultora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, desde Abr/2011. Advogada, inscrição nº 4931/OAB-RN.

RESUMO

O fortalecimento do sistema de controle externo perpassa pela garantia de sua autonomia. A Constituição Federal assegura aos Tribunais de Contas os atributos necessários para uma atuação independente, eficiente e proativa. Na prática, entretanto, não são raras situações de lesão às prerrogativas institucionais de tais órgãos, como se ilustra com base na farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, destaca-se a importante atuação da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON, cuja legitimidade para representação coletiva do interesse do sistema de controle externo está consolidada. Defende-se a importância de que os Tribunais de Contas possuam unidade própria com funções de procuradoria para melhor exercício da defesa institucional. Por fim, aponta-se que a ATRICON pode conferir valorosa contribuição na consolidação e uniformização do tema da defesa das prerrogativas, através do Programa Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas (QATC).

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUNAL DE CONTAS. AUTONOMIA. DEFESA. PRERROGATIVAS.

1. INTRODUÇÃO

É notória a projeção cada vez mais crescente dos Tribunais de Contas no cenário do senso comum da sociedade. A atuação tempestiva e concomitante tem creditado a este órgão de controle externo um papel relevante na prevenção de dano à Administração Pública. O investimento na qualificação do corpo técnico e a busca de estratégias de atuação recaem na qualidade de seu trabalho fiscalizatório e a conquista da credibilidade dos agentes sociais e da sociedade como um todo.

No entanto, há de se convir que este cenário do controle atuante e efetivo traz incômodos e, muitas vezes, reações com vistas a minimizar ou frear uma atuação mais proativa. Assim, não raro aparecem atos, leis ou decisões judiciais que direta ou indiretamente tolhem a autonomia dos Tribunais de Contas, atingem sua prerrogativa de autogestão, suprimem sua suficiência financeira, esvazia a autoridade de suas decisões.

No Estado Democrático de Direito em que se vive, os poderes e órgãos autônomos devem conviver de forma independente e harmoniosa, o que impõe o respeito às competências e limites de atuação de cada um.

Nesse contexto, cresce a necessidade de desenvolvimento e fortalecimento de mecanismos de defesa das prerrogativas institucionais dos Tribunais de Contas, tema que se pretende desenvolver no presente artigo.

O ponto de partida recai na evidenciação da autonomia dos Tribunais de Contas, no intuito de delinear os atributos deste órgão de controle, firmando-se as premissas teóricas que dão substrato ao presente artigo.

Mais adiante, revelam-se casos de violação das prerrogativas institucionais identificadas na jurisprudência, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar a concretude e atualidade do cenário fático que induziu a discussão do tema neste artigo científico.

Apresentado o problema, o artigo se propõe a destacar a relevante atuação

da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON, seja acionando o Judiciário casuisticamente para a busca de medidas assecuratórias das prerrogativas, seja quando figura como *amicus curiae* em demandas judiciais que envolvem interesse da instituição Tribunal de Contas.

Em sequência, é apontada a importância das procuradorias dos Tribunais de Contas na defesa institucional, que vivenciam mais de perto os pontos de colisão e as oportunidades de combate aos atos atentatórios às prerrogativas institucionais. Daí porque se inclina na defesa do fomento de unidade estruturada com função de procuradoria, com corpo funcional habilitado e específico para esta atividade.

Nesse sentido, no intuito de agregar uma contribuição efetiva ao tema, o desfecho do artigo encerra uma proposta de ação com vistas a estimular a atenção dos Tribunais de Contas na adoção de medidas para a defesa de suas prerrogativas.

2. A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A autonomia consiste em característica essencial para o exercício do controle externo de caráter técnico sobre a atividade orçamentário-financeira da Administração Pública. Traduz-se na independência do órgão responsável por seu desempenho.

Registra Simões, com propriedade, que "Quanto mais independentes esses órgãos, mais elevado o exercício democrático do poder político de um Estado."[1]

De fato, o órgão de controle externo deve se manter sempre equidistante aos três Poderes, ainda que, formalmente, venha a integrar um deles. Em termos materiais, mantém com os três Poderes estatais relações jurídico-administrativas horizontais, de coordenação, no tocante às suas competências constitucionais[2] de controle externo, já que efetua uma função complementar às funções institucionais daqueles entes.

A propósito, pontua Citadini:

> A autonomia administrativa constitui-se em pré-requisito para o funcionamento adequado dos órgãos de controle e, sem este componente, os Tribunais e Controladorias tornam-se meros departamentos submetidos ao interesse do Governo e, portanto, incapazes de fiscalizá-lo.[3]

Como assevera Gualazzi[4], a temática foi objeto de abordagem e destaque em congressos realizados pela Organização Internacional das Instituições Superiores de Controle das Finanças Públicas - INTOSAI[5]. Já no II Congresso, realizado em Bruxelas, em 1956, o princípio

[1] SIMÕES, Edson, Tribunais de contas: controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 476.
[2] Competências elencadas no art. 71 da Constituição Federal.
[3] CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da administração pública.* São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 72.
[4] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *Regime jurídico dos tribunais de contas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 42-43.
[5] A INTOSAI consiste em organização internacional, criada nos idos de 1950 e reconhecida pelas Nações Unidas. É integrada por instituições superiores de controle externo de mais de 140 Estados soberanos. Propõe-se a promover o intercâmbio de experiências sobre vários aspectos atinentes à eficiência do controle das finanças públicas, mediante congressos internacionais, seminários, grupos regionais de estudo, comissões permanentes e outras atividades.

da autonomia foi enfatizado em recomendação relativa aos "instrumentos institucionais idôneos a garantir a independência das instituições encarregadas de desenvolver o controle superior das finanças públicas", cujo teor é de imprescindível transcrição:

> O Congresso estima que uma sã gestão dos dinheiros públicos exige a existência, em cada país, de uma instituição superior de controle das finanças públicas, dotada de independência absoluta em face das autoridades administrativas e protegida contra as influências estranhas à instituição. Para atingir-se este objetivo, o Congresso considera que os princípios seguintes devem ser adotados:
>
> 1º) a existência de corpo de controle, a estrutura e a natureza de sua missão devem ser fixadas pela Carta fundamental e esta deve afirmar sua independência, bem como a inamovibilidade de seus membros;
>
> 2º) a lei que fixa as modalidades desta independência e desta inamovibilidade deve determinar as condições de nomeação ou de elegibilidade, assim como a autoridade habilitada a realizar a nomeação, considerando-se a estrutura dos Estados, as condições de aposentadoria e todas as outras disposições relativas aos mesmos objetos;
>
> 3º) o pessoal administrativo da instituição deve ser recrutado pelo próprio órgão e dispor de um estatuto que garanta a estabilidade do emprego;
>
> 4º) a instituição de controle deve ter um orçamento próprio; se o Governo estipula alterações orçamentárias, em relação ao orçamento proposto pela instituição superior de controle, ele será obrigado a submeter ao Parlamento, concomitantemente, a proposição original; a instituição executará, por si própria, seu orçamento;
>
> 5º) a lei deve prever os relatórios, os documentos e as observações que a instituição deve publicar.[6]

Posteriormente, em 1977, o IX Congresso da INTOSAI, realizado em Lima (Peru), notabilizou-se pelo êxito na emissão da Declaração de Lima sobre Princípios Gerais de Controle da Finança Pública, que constitui verdadeiro código sobre controle interno e externo da Administração Pública. Seu texto, que contou com a aprovação por unanimidade das Delegações de mais de 90 Estados, dentre eles a do Brasil, dedica um dos seus sete capítulos ao tema "Independência". Assim manifesta:

> II – Independência:
>
> §5º *Independência das instituições superiores de controle:*
>
> 1. Uma instituição superior de controle pode desenvolver as próprias competências eficazmente e com objetividade somente se se encontra em situação de independência em relação ao órgão submetido a controle e esteja protegida em relação a influências externas.
>
> 2. Embora seja impossível absoluta independência dos órgãos do estado, vista de sua inclusão no contexto estatal, a instituição superior de controle deve gozar de independência funcional e organizativa, para o desempenho das próprias competências.
>
> A existência de instituição superior de controle e seu grau de necessária independência devem encontrar fundamento na Constituição; ulterior regulamentação pode ser deixada às leis ordinárias.
>
> §6º *Independência dos membros das instituições superiores de controle:*
>
> 1. A independência das instituições superiores de controle conecta-se estreitamente com a independência de seus membros. Por membros entendem-se aqueles que têm poderes decisórios e que assumem responsabilidade pessoal por decisões e face do público, assim como os membros de um colégio dotado de poderes decisórios ou o chefe de uma instituição superior de controle com organização monocrática.
>
> 2. A Constituição deve, por outro lado, garantir a independência dos membros. Deve-se especialmente evitar que a independência dos membros se prejudique por decadência da designação, ainda que prevista na Constituição. Nomeação e cessação são reguladas pelas Constituições dos Estados.
>
> 3. Os membros das instituições superiores de controle, encarregados do controle, não devem, ao longo de suas carreiras profissionais, serem submetidos à influência do ente sujeito a controle e devem encontrar-se em situação de independência, em relação ao ente controlado.[7]

[6] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *id.*, p. 42.

[7] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *op. cit.*, p. 42-43

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

Gualazzi[8] aponta que a doutrina administrativa sempre dedicou amplas análises ao tema da autonomia dos órgãos de controle externo. Seu conceito vem associado à noção de liberdade em relação ao órgão ou ente controlado, manifestando-se em duas perspectivas: uma de caráter endógeno, concernente ao caráter ético profissional e pessoal que deve estar presente na atuação do agente público investido da competência para exercer o controle; outra de natureza exógena, porque relativa à existência de normas jurídicas que estabeleçam mecanismos que resguardem tal liberdade.

Na ótica do referido autor, ainda no tocante ao aspecto ético, o agente público encarregado do controle deve reunir como atributos:

> a) integridade, objetividade e responsabilidade;
>
> b) inexistência de qualquer liame que possa, mesmo potencialmente, influir na imparcialidade de seu julgamento;
>
> c) manutenção de atitude que evite qualquer suspeita de manter relação de interesse com quem quer que seja, sobretudo com agentes públicos da Administração ativa.[9]

Neste sentido, ganha relevo a forma ou critério de escolha dos membros a comporem estes órgãos de controle. Segundo Citadini[10], em geral:

> [...] a indicação dos membros dos Tribunais e Controladorias segue as mesmas regras adotadas na indicação de juízes dos tribunais superiores dos respectivos países. Esta indicação, como no caso da Magistratura, cabe ao Chefe do Executivo (no sistema presidencialista) ou ao Chefe do Governo ou ao Chefe de Estado (no sistema parlamentarista).[11]

A autonomia está resguardada, outrossim, nas garantias e impedimentos que comportam aos membros integrantes dos órgãos de controle, notadamente aplicando-se-lhes as mesmas prerrogativas e deveres da judicatura. Dentre os direitos, destaca-se a vitaliciedade, que confere a garantia ao exercício seguro do responsável pela fiscalização e controle.

Ainda escorando-se nas lições de Gualazzi[12], de relevo pontuar os instrumentos jurídicos mais comumente adotados pelos Estados para assegurar autonomia dos seus órgãos de controle externo. São eles: resguardar o órgão de qualquer ingerência dos demais Poderes; assegurar autonomia econômico-financeira do órgão; assegurar ampla discricionariedade, no tocante aos modos, prazos e procedimentos de controle, bem como em relação à frequência ou à extensão das intervenções administrativas de controle; assegurar poderes e prerrogativas precisas aos órgãos de controle em face dos controlados; assegurar quadro próprio de pessoal, recrutado autonomamente; assegurar que todos os integrantes, sobretudo os titulares máximos, sejam dotados de conhecimentos teóricos e práticos de administração financeira, procedimentos contábeis e gestão pública, além de saber jurídico e reputação ilibada; e assegurar aos membros independência material e pessoal.

Firmadas essas características gerais da autonomia dos Tribunais de Contas, cumpre

---

[8] *Ib.*, p. 43-44.
[9] *Ib.*, p. 44.
[10] CITADINI, Antonio Roque, *op. cit.*, p. 74.
[11] Citadini aponta, ainda, que alguns países o Parlamento indica o nome ou vários e a escolha compete ao Executivo; ou, em caso de órgão colegiado, há pluralidade de formas de provimento, como no caso do Brasil, em que parte dos membros é indicada pelo Parlamento e outra parte pelo Executivo. (CITADINI, Antonio Roque, *op. cit.*, p. 74-75).
[12] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *op. cit.*, p. 47.

assegurar que o constituinte nacional não descuidou em resguardar os mecanismos necessários para resguardar-lhe.

Em se tratando do ordenamento constitucional brasileiro, merece registro que desde a Constituição de 1890 o Brasil adota o modelo de Tribunal de Contas como mecanismo de controle externo financeiro orçamentário da Administração Pública, sempre como órgão integrante do Poder Legislativo.

Desde a sua concepção inaugural no sistema brasileiro, com a participação direta do Ministro Ruy Barbosa, o seu grande idealizador, o perfil do órgão de controle é desenhado para gozar de autonomia suficiente com vistas a bem exercer o seu papel fiscalizatório, embora subsistam variações ao longo da história brasileira em razão da configuração ideológica da Constituição de regência.

A Constituição Federal de 1988, de caráter essencialmente republicano e democrático, representativa de uma nova ordem, em rompimento às amarras de um regime conservador extremista, trouxe o direcionamento natural do fortalecimento das estruturas e formatos de controle, como paradigma da limitação do poder. Assim, além de robustecer o Ministério Público e promover grande incentivo ao controle social, o constituinte originário conferiu largos poderes ao Tribunal de Contas, como se depreende dos artigos 70 a 75 daquela Lei Fundamental.

Em verdade, os dispositivos constitucionais citados reportam-se especificamente ao Tribunal de Contas da União, fixando o âmbito de sua jurisdição, suas funções e competências; desenhando o perfil dos seus membros; e estabelecendo a sua relação com o controle interno. Não obstante, o art.75 determina a reprodução de tais normas, por simetria, aos demais Tribunais de Contas nacionais, a saber, os Tribunais de Contas Estaduais (Tribunais de Contas dos Estados – TCE's e Tribunais de Contas dos Municípios - TCM's), o do Distrito Federal (TCDF) e o de Municípios (Tribunal de Contas do Município de São Paulo e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro).

Portanto, é correto afirmar, sem laivo de dúvida, que o sistema constitucional de autonomia alcança todos os Tribunais de Contas do país.

O art. 73 da Constituição Federal contempla diversos mecanismos que buscam preservar a autonomia dos Tribunais de Contas, conforme se extrai:

> Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, **exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.**
>
> § 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes **requisitos**:
>
> I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
>
> II - idoneidade moral e reputação ilibada;
>
> III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
>
> IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.
>
> § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União **serão escolhidos**:

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

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3° Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão **as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens** dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá **as mesmas garantias e impedimentos** do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.(Grifo acrescido)

A remissão ao art. 96 da Constituição Federal atrai a aplicação, naquilo em que cabível, de dispositivo integrante das disposições gerais do Poder Judiciário, de seguinte teor:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) **eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;**

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) **prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;**

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) **prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;**

f) **conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;**

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça **propor ao Poder Legislativo respectivo**, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) **a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) **a alteração da organização** e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Portanto, a Constituição Federal assegura autonomia aos Tribunais de Contas notadamente no tocante aos seguintes aspectos:

a) autonomia financeira, ao garantir o recebimento de duodécimos, nos termos do seu art. 168;

b) autonomia para a formação de seu quadro de pessoal, criação e extinção de cargos, fixação de remuneração dos servidores e de subsídio dos seus membros;

c) independência de seus membros com as garantias, prerrogativas e impedimentos conferidos aos integrantes do Judiciário;

d) autonomia para proposição de sua lei orgânica e instituição de seu regimento interno;

e) autonomia quanto ao exercício do controle, com o espectro de competências instituídas na própria Constituição Federal.

Nessa perspectiva, qualquer ato praticado por outros órgãos e poderes que minimize qualquer desses aspectos da autonomia dos Tribunais de Contas viola o próprio sistema constitucional de controle externo e deve ser combatido pelos instrumentos republicanos adequados.

3. A VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A violação das prerrogativas institucionais dos Tribunais de Contas não é tema incomum nas Cortes Judiciárias do país. Isso porque não raras vezes manifestam-se atos, normas ou decisões que, direta ou indiretamente, atentam contra a sua autonomia, em alguma das vertentes já abordadas anteriormente.

Diante de uma constatação dessa ordem, compete ao Judiciário harmonizar o conflito, a partir da provocação daquele que sofre a lesão.

O instrumento processual que ordinariamente se aplica na defesa de prerrogativas institucionais consiste no Mandado de Segurança[13], não se podendo olvidar, ainda, as ações constitucionais em face de normas abstratas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade[14], além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental[15] e o instrumento da Reclamação Constitucional[16].

O Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, a possibilidade dos Tribunais de Contas moverem, diretamente, Pedido de Suspensão de Segurança perante a sua Presidência, para suspender os efeitos de medida liminar concedida por instância inferior em sede de Mandado de Segurança que importe em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas[17].

Tratando-se de matéria de índole constitucional, é possível constatar diversas situações de violação das prerrogativas institucionais dos Tribunais de Contas ilustradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme será adiante apresentado, sistematizando-se pela temática abordada:

a) Violação da iniciativa reservada aos Tribunais de Contas para impulsionar o processo legislativo tratando sobre sua organização e funcionamento:

[13] Disciplinado pela Lei n 12.016, de 07 de agosto de 2009.
[14] Regidas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.
[15] Disciplina pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.
[16] Quando presentes os requisitos do art. 989, I e II c/c art. 992 do Código de Processo Civil de 2015.
[17] Com amparo no artigo 15 e parágrafos, da Lei 12.016/2009, c/c artigo 4º, § 5º, da Lei 8.437/92 e arts. 297 e seguintes do RISTF.

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual nº 2.351, de 11 de maio de 2010, de Tocantins, que alterou e revogou dispositivos da Lei estadual nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins). Lei originária de proposição parlamentar. Interferência do Poder Legislativo no poder de autogoverno e na autonomia do Tribunal de Contas do Estado. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar deferida. Procedência da ação.

1. **As cortes de contas seguem o exemplo dos tribunais judiciários no que concerne às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, da quais decorre, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da Constituição Federal.**

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, das disposições que, sendo oriundas de proposição parlamentar ou mesmo de emenda parlamentar, impliquem alteração na organização, na estrutura interna ou no funcionamentodos tribunais de contas**.Precedentes: ADI 3.223, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 2/2/15; ADI 1.994/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 8/9/06; ADI nº 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/12/94.

3. A Lei nº 1.284/2010 é formalmente inconstitucional, por vício de iniciativa, pois, embora resultante de projeto de iniciativa parlamentar, dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual.

4. Ação julgada procedente.

(STF – ADI 4418/TO – Rel. Min. Dias Toffoli – Tribunal Pleno – Julgamento 15/12/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ATRICON. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 142/2011. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO DE INICIATIVA. VIOLAÇÃO ÀS PRERROGATIVAS DA AUTONOMIA E DO AUTOGOVERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. **As Cortes de Contas do país, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação lógico-sistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, "d", CRFB/88.** Precedentes: ADI 1.994/ES, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 08.09.06; ADI nº 789/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 19/12/94.

2. **O ultraje à prerrogativa de instaurar o processo legislativo privativo traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência indubitavelmente reflete hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente concretizado.** Precedentes: ADI nº 1.381 MC/AL, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 06.06.2003; ADI nº 1.681 MC/SC, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.11.1997.

3. A Associação dos Membros do Tribunal de Contas do Brasil – ATRICON, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional e haver comprovado, *in casu*, a necessária pertinência temática, é agente dotado de legitimidade ativa ad causam para propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, conforme, inclusive, já amplamente reconhecido pelo Plenário desta Corte. Precedentes: ADI 4418 MC/TO, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 15.06.2011; ADI nº 1.873/MG, Relator Min. Marco Aurélio, DJ de 19.09.03.

4. Inconstitucionalidade formal da Lei Complementar Estadual nº 142/2011, de origem parlamentar, que altera diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por dispor sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual, matéria de iniciativa privativa à referida Corte.

5. Deferido o pedido de medida cautelar a fim de determinar a suspensão dos efeitos da Lei Complementar Estadual nº 142, de 08 de agosto de 2011, da lavra da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade.

(STF – ADI 4643/MC RJ – Rel. Min. Luiz Fux – Tribunal Pleno – Julgamento 06/11/2014)

b) Decretação de perda de cargo de Conselheiro por ato da Assembleia Legislativa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON) - ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO - A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO-MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA - LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE - **IMPOSIÇÃO, AOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS, DE DIVERSAS CONDUTAS, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE, SUJEITO A JULGAMENTO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA** - PRESCRIÇÃO NORMATIVA EMANADA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTADUAL - FALTA DE COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA QUE PERTENCE, EXCLUSIVAMENTE, À UNIÃO FEDERAL - **PROMULGAÇÃO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DA EC Nº 40/2009 - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ESTATUTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E ÀS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DOS CONSELHEIROS QUE O INTEGRAM - MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** ATRICON - ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL - PERTINÊNCIA TEMÁTICA LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". (...) PRERROGATIVA DE FORO DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAIS COMUNS E NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (CF, ART. 105, I, "a"). (...) EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA - GARANTIA DE VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, EXCETO MEDIANTE DECISÃO EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO. - Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3º), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. - A Assembléia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, "expropriaauctoritate", a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política. **APOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes**.(STF – ADI 4190 MC-REF / RJ – Rel. Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno – Julgamento 10/06/2010)

c) Negativa da competência do Tribunal de Contas para expedir medida cautelar de bloqueio de bens em face de particulares:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. PODER GERAL DE CAUTELA. BLOQUEIO DE BENS DA INTERESSADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA ANULAR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. RISCOS DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADOS. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

(Ministra Presidente Cármen Lúcia - Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5205 RN - Decisão de 11/12/2017 - DJE nº 287, divulgado em 12/12/2017)

Não desconheço as medidas liminares concedidas nos Mandados de Segurança nº 34.357 e 34.392, pelo I. Min. Marco Aurélio, citadas pela Impetrante e que foram concedidas em hipóteses semelhantes. Contudo, entendo que, a despeito dessas decisões monocráticas, dos precedentes acima colacionados, não depreendo interpretação que exclua doâmbito de incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU as empresas que firmem contratos

com a Administração Pública e que façam uso de dinheiro público. (...)

Assim, essa competência excepcional conferida ao TCU de determinar cautelarmente a indisponibilidade de bens tanto de pessoas físicas e jurídicas de direito público como físicas e jurídicas de direito privado vem prevista em lei e nada mais significa do que um poder de cautela conferido à Corte de Contas para o exercício de seu mister.

(Ministro Edson Fachin - Medida Cautelar em MS 34793 MC - julgado em 29/06/2017, DJe-168, divulgado em 31/07/2017, publicado em 01/08/2017)

Mandado de Segurança. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Teoria dos poderes constitucionais implícitos. Poder geral de cautela das Cortes de Contas. Decretação de indisponibilidade de bens de particular contratante com a administração pública, pelo prazo de um ano, para assegurar o resultado útil da apuração de eventual prejuízo ao erário. Art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/1992. Ressalva da autoridade impetrada quanto aos bens financeiros necessários à preservação da atividade empresarial. Subsequente decisão do relator do TC nº 026.832/2016-0, que, sob pretexto de dar cumprimento ao deliberado pelo Plenário do TCU, determinou a indisponibilidade irrestrita dos ativos financeiros da impetrante. Presença, no aspecto, dos requisitos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. Medida liminar deferida em parte.

(Ministra Rosa Weber- Medida Cautelar em MS 34446 MC - julgado em 22/11/2016 - DJe nº 251, divulgado em 24/11/2016, publicado em 25/11/2016)

"Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada."

(STF - Segunda Turma - MS 33092- Rel. Ministro Gilmar Medes - julgado em 24/03/2015 - DJe-160, divulgado em 14-08-2015 - publicado em 17-08-2015)

Em atuações provocadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, a Corte de Justiça Estadual já se debruçou em questões atinentes à preservação da autonomia daquele órgão de controle externo, conforme se extrai dos julgados adiante:

CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. FRUSTRAÇÕES DE RECEITAS E AUMENTO DE DESPESAS QUE NÃO AUTORIZAM O PODER EXECUTIVO AO CONTIGENCIAMENTO DE RECURSOS POR MEIO DO INADIMPLEMENTO DO DUODÉCIMO. AUSÊNCIA DE PRECISÃO DA DEVOLUÇÃO DOS RECURSOS E COMPENSAÇÃO DOS VALORES DUODECIMAIS NA LDO DO EXERCÍCIO DE 2017. **DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO ÓRGÃO IMPETRANTE AO REPASSE DO DUODÉCIMO** RELATIVO AOS MESES DE NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2017. PARCELAS ANTERIORES À DATA DA IMPETRAÇÃO. INVIABILIDADE DA COBRANÇA PELA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURANÇA CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(TJRN - MS com Liminar nº 2017.018173-5 - Relator do Acórdão Desembargador Cornélio Alves - Julgado em 06/12/2017 - Publicado em 11/01/2018)

CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRETENDIDA SUSPENSÃO DOS EEITOS DOS ARTS. 10 E 11 DA LELI ESTADUAL N. 10.306/18. NORMA QUE VIOLA A AUTONOMIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NO EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS ARTS. 46, 48, III, 53, VII, E 56, II E III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RN. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO DA MEDIDA, COM A SUSPENSÃO, POR ARRASTAMENTO, DA REGULAMENTAÇÃO DO DECRETO Nº 27.676/18, NO QUE DIZ RESPEITO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS LANÇADOS PELO TCE/RN.

1. A Lei Estadual n. 10.306/18 instituiu o programa de recuperação dos créditos lançados

pelo Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente (IDEMA), pela Secretaria de Estado e Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte (SEJUC), por intermédio do PROCON/RN, e pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), inscritos ou não em dívida ativa.

2. Devem ser suspensos os efeitos dos arts. 10 e 11 da mencionada lei, por evidenciar afronta aos arts. 46, 48, III, 53, VII, 56, II e III, da Constituição estadual, relativos à iniciativa legislativa para as leis que disponham a respeito da organização e funcionamento do Tribunal de Contas, à necessidade de que tal regulamentação ocorra por meio de lei complementar e, ainda, sobre a autonomia da mencionada Corte para a atuação fiscalizatória das contas do Poder Executivo.

3. Suspensão, por arrastamento ou reverberação normativa, dos efeitos do Decreto n. 27.676, de 5 de janeiro de 2018, que aprovou o regulamento da Lei Estadual nº 10.306/18, apenas no que diz respeito à adesão ao programa para descontos das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas estadual.

4. Precedentes do STF (ADI n. 4418/TO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 15/12/2016, Dje 20/3/2017; ADI nº 4.643 MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 28/11/14; ADI 1.994/ES, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 8/9/06; ADI nº 789/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/94; ADI 4.418 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 15/6/11; Medida Cautelar na ADI 4451, Relator ministro Ayres Britto, j. 2/9/2010) e desta Corte de Justiça (Ação Direta de Inconstitucionalidade Com Pedido de Liminar n° 2017.000165-7, Relator Desembargador Amaury Moura Sobrinho, j. 28/06/2017).

5. Medida cautelar concedida.

(TJRN - ADI nº 0800542-26.2018.8.20.0000 - Relator Desembargador Virgílio Macedo Jr. - Julgado em 07/02/2018 - Publicado em 22/02/2018)

Certamente que a ampliação da pesquisa a outros tribunais judiciários revelaria mais diversos casos em que o Judiciário precisou intervir para reverter uma ação atentatória à autonomia dos Tribunais de Contas.

O cenário descortinado neste tópico apresenta uma realidade de constante risco, que requer o monitoramento atento para identificar potenciais situações de agressão ao sistema de controle externo.

4. A IMPORTÂNCIA DA ATRICON NA DEFESA DAS PRERROGATIVAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No tema da defesa das prerrogativas institucionais dos Tribunais de Contas, sobressai a atuação diligente da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, cuja legitimidade para representação coletiva do interesse do sistema é pacificamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A ATRICON constitui entidade com personalidade jurídica de direito privado, que, desde 16 de agosto de 1992, atua "com o intuito de garantir a representação, a defesa, o aperfeiçoamento e a integração dos Tribunais de Contas e seus Membros (Ministros, Conselheiros, Ministros Substitutos e Conselheiros Substitutos), visando aprimorar o Sistema de Controle Externo do Brasil em benefício da sociedade"[18].

O atual estatuto da Associação detalha suas atribuições, cabendo destaque àquilo que interessa diretamente ao presente estudo, nos seguintes moldes:

Art. 2º. A ATRICON tem como objetivos:

I – representar os Ministros, Conselheiros, Ministros Substitutos e Conselheiros Substitutos;

[18] http://www.atricon.org.br/institucional/apresentacao/, consultada em 14/03/2018.

II – representar os Tribunais de Contas;

III – desenvolver atividades de caráter técnico, pedagógico, científico e cultural voltadas ao aprimoramento do Sistema Nacional dos Tribunais de Contas e seus membros.

.....

- **2º –** O objetivo de representar os Tribunais de Contas compreende:

I – auxiliar os Tribunais de Contas na defesa dos seus legítimos interesses institucionais, em juízo ou fora dele;

II – promover ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC), em face de lei ou ato normativo, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal;

III – acompanhar, sistematizar, avaliar, divulgar, promover debates e se manifestar sobre decisões judiciais e projetos legislativos afetos aos Tribunais de Contas, nas três esferas de governo;

IV – apresentar propostas legislativas afetas aos Tribunais de Contas e ao controle da Administração Pública;

V – manter, em nome da associação e dos Tribunais de Contas, articulação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e com os Ministérios Públicos e Tribunais de Contas, nas três esferas de governo;

VI – promover outras atividades necessárias ao cumprimento deste objetivo;

VII – Relacionar-se institucionalmente com organismos internacionais, especialmente os de auditoria e controle externo e suas entidades representativas, visando sobretudo à cooperação, à atuação conjunta e ao intercâmbio de conhecimentos e práticas.

Como se denota, a atividade da ATRICON está umbilicalmente vinculada à defesa do sistema controle externo, o que tem proporcionado a concretização de diversas iniciativas.

Voltando-se à atuação judicial, em pesquisa na jurisprudência da Corte Suprema, identifica-se julgado datado de 02/09/1998, nos autos da ADI 1873/MG, já tratando da legitimidade ativa da ATRICON como entidade de classe de âmbito nacional na defesa de questões institucionais dos Tribunais de Contas, desde que demonstrada a pertinência temática. No mesmo rumo, os julgados proferidos nas ADIs 1934, 1994, 2361, 2502, 2546, 4190, 4418 e 4643.

Também se verifica que, em ações movidas diretamente por um Tribunal de Contas ou por terceiros, mas que envolvam as prerrogativas institucionais, a ATRICON tem buscado atuar como *amicus curiae*, colaborando na formação da convicção do Juízo, de modo a contribuir com uma visão técnica da atuação dos Tribunais de Contas. É o que se verifica nos seguintes processos em trâmite no STF: ADI 3688, Rcl 23182, ADI 3977, ADI 3889.

De fato, quando um ato concreto atinge algum aspecto da autonomia de um Tribunal de Contas, em verdade, todo o sistema de controle externo é enfraquecido em sua força fiscalizatória. Nada mais pertinente que os interesses desse sistema sejam tutelados, em grau coletivo, por uma entidade nacional.

Além da relevante atuação da ATRICON perante os órgãos judiciários, também merece destaque outro trabalho de fortalecimento da instituição Tribunal de Contas desenvolvido pela Associação. Trata-se do Programa Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas (QATC),

composto por dois projetos: Diretrizes para o aprimoramento dos Tribunais de Contas e o Marco de Medição de Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC).

As diretrizes, de natureza técnica e orientativa, estão estabelecidas em resoluções aprovadas pela ATRICON, mas gestadas dentro de um processo participativo amplo, com o apoio do Instituto Rui Barbosa[19], através de comissões temáticas compostas por conselheiros, conselheiros substitutos, procuradores de contas e técnicos dos Tribunais de Contas. As primeiras 11 resoluções foram aprovadas no IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas, ocorrido em Fortaleza no período de 04 a 06/08/2014. Depois, sobrevieram outras 3 resoluções, elaboradas e aprovadas observando-se o mesmo procedimento democrático.

A título de registro, seguem as temáticas abordadas em tais diretrizes: agilidade no julgamento de processos e gerenciamento e prazos (Res. 01/2014); controle externo concomitante (Res. 02/2014); composição, organização e funcionamento dos Tribunais de Contas (Res. 03/2014); controle interno (Res. 04 e 05/2014); divulgação de decisões e pautas de julgamento (Res. 06/2014); gestão de informações estratégicas (Res. 07/2014); ordem cronológica nos pagamentos públicos (Res. 08/2014); controle do tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas (Res. 09/2014); corregedorias (Res. 01/2014 Atricon/CCOR); ouvidorias (Res. 02/2014 Atricon/CCOR); despesas com educação (Res. 03/2015); planejamento e execução de obras e serviços de engenharia (Res. 04/2015); receita e renúncia de receita (Res. 06/2016).

A segunda vertente do QATC consiste no Marco de Medição de Desempenho dos Tribunais de Contas, o MMD-TC. Tal projeto tem por objetivo avaliar bianualmente os Tribunais de Contas no que tange às práticas de organização e funcionamento, com base em normas e práticas internacionais de controle externo da Administração Pública. Alcança hoje mais de 500 critérios, ou seja, indagações a serem respondidas e demonstradas pelo Tribunal de Contas aderente.

A aplicação do MMD-TC, que se traduz em um questionário autoavaliativo posteriormente referendado por uma comissão externa de garantia de qualidade, traz um diagnóstico geral dos Tribunais de Contas, seus pontos fortes e as oportunidades de aprimoramentos. Isso, destaque-se, mediante livre adesão e sem o propósito de estabelecer um *ranking*, mas apenas de evidenciar boas práticas e firmar parâmetros e vetores àqueles Tribunais de Contas que buscam seu aprimoramento.

Os dados coletados em 2015 e em 2017 demonstram o grande empenho dos Tribunais de Contas em atenderem aos critérios avaliados no MMD-TC[20], buscando cada vez mais se adequarem aos parâmetros divulgados pela ATRICON.

Diante disso, além da valorosa colaboração que já se vem empreendendo na área judicial, enxerga-se um grande potencial deste programa em fomentar nos Tribunais de Contas uma maior atenção à defesa de prerrogativas pelos Tribunais de Contas, notadamente balizando

[19] O Instituto Rui Barbosa consiste em associação civil de estudos e pesquisas, que tem como objetivos realizar capacitações, seminários, encontros e debates, além de investigar a organização e os métodos e procedimentos de controles externo e interno para promover o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos serviços dos Tribunais de Contas do Brasil. Fonte: http://www.irbcontas.org.br/site/index.php/2014-11-04-14-23-27/institucional, consultada em 18/03/2018.

[20] Através do link https://drive.google.com/file/d/1E0iHWzxMHO7Re8hjpYcH9mrocU82e-In/view é possível acessar os resultados do MMD-TC 2017.

critérios para o fortalecimento interno desses órgãos nessa seara.

5. A IMPORTÂNCIA DE UM ÓRGÃO INTERNO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM FUNÇÕES DE PROCURADORIA

Como já destacado anteriormente, um sistema de controle externo forte requer, além de um corpo técnico qualificado, uma atuação tempestiva e proativa, mas tudo isso só tem efetividade se resguardada a autonomia dos órgãos fiscalizadores.

Imagine-se todo o esforço institucional para se realizar uma fiscalização de grande impacto social, com todo o resguardo e em tempo hábil para se preservar a possibilidade de ressarcimento ao erário com a constrição do patrimônio em caráter cautelar dos possíveis responsáveis, sobrevindo uma decisão judicial que nega competência ao Tribunal de Contas para o bloqueio de bens e permite a sua disposição irrestrita. Se nada mais for alcançado para recomposição do dano ao erário que venha a se confirmar, toda a energia despendida terá sido em vão.

Diga-se, ainda, de uma lei que altera a lei orgânica de um Tribunal de Contas, à sua revelia, e intervém no seu *modus operandi*, afrouxando suas regras ou criando benesses. E se esse ato normativo advier do Executivo, irá a Procuradoria Geral do Estado adotar uma postura defensiva ao órgão de controle?

Do mesmo modo, e se não houver o repasse do duodécimo constitucional para o Tribunal de Contas até o dia 20 de cada mês? A quem caberá insurgir-se contra esse ato omissivo do Executivo que compromete a autonomia financeira do órgão?

Não raros são os casos em que se necessita de uma atuação tempestiva e proativa também na defesa das prerrogativas institucionais, acompanhando projetos de lei de interesse, combatendo ações que mitigam a autonomia do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, a ATRICON inegavelmente já confere uma colaboração de extrema relevância, como já destacado em linhas pregressas. No entanto, cada vez mais, evidencia-se a necessidade de que o órgão de controle possua uma unidade administrativa com funções de procuradoria, lidando mais próximo da realidade de seu tribunal e, portanto, com maior oportunidade de identificar as situações de potencial risco.

Em pesquisa realizada junto às páginas eletrônicas das Cortes de Contas nacionais, verificou-se que a maioria dos Tribunais de Contas não possui em seu organograma uma unidade com função própria de procuradoria. Em estudo de suas leis orgânicas, verifica-se que as atribuições para elaboração de informações em Mandados de Segurança ou defesa de prerrogativas, quando previsto, ou é conferido a um órgão jurídico próprio, ou à assessoria da Presidência. Em questionamento via Ouvidoria, alguns poucos Tribunais de Contas informaram que tais atividades são exercidas exclusivamente pela Procuradoria Geral do Estado.

Esse diagnóstico causa preocupação porque mostra que não há uniformização no tratamento da questão e a maioria dos Tribunais ainda não atentaram para a necessidade de sua estruturação.

Tal tema não é de todo esquecido. Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 214, de 2003, com o propósito de instituir uma procuradoria jurídica junto ao Tribunal de Contas da União, o que, por simetria, autoriza às demais Cortes assim também proceder. Eis o teor do projeto:

> Art. 1º Os arts. 73 e 131 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 73.....
>
> .....
>
> §5º A consultoria jurídica e a representação judicial do Tribunal de Contas da União serão exercidas, quando couber, por seus advogados, organizados em carreira, observado o disposto no art. 132.»

Portanto, há um caminho sendo construído no âmbito legislativo federal.

Há de se registrar, outrossim, que em ao menos duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal já se manifestou favorável à instituição de procuradoria nos Tribunais de Contas. O caso adiante é expresso, vejamos:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado de Rondônia. Artigos 252, 253, 254 e 255 das Disposições Gerais da Constituição Estadual e do art. 10 das Disposições Transitórias. 3. Ausência de alteração substancial e de prejuízo com a edição da Emenda Constitucional estadual n. 54/2007. 4. Alegação de ofensa aos artigos 22, I; 37, II; 131; 132; e 135, da Constituição Federal. **5. Reconhecimento da possibilidade de existência de procuradorias especiais para representação judicial da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas nos casos em que necessitem praticar em juízo, em nome próprio, série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes, as quais também podem ser responsáveis pela consultoria e pelo assessoramento jurídico de seus demais órgãos.** 6. A extensão estabelecida pelo § 3º do art. 253 não viola o princípio da isonomia assentado no artigo 135 da CF/88 (redação anterior à EC 19/98), na medida em que os cargos possuem atribuições assemelhadas. 7. A alteração do parâmetro constitucional, quando o processo ainda em curso, não prejudica a ação. Precedente: ADI 2189, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.12.2010. 8. A investidura, em cargo ou emprego público, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 9. Não é permitido o aproveitamento de titulares de outra investidura, uma vez que há o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido constitucionalmente. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para confirmar a medida liminar e declarar inconstitucionais o artigo 254 das Disposições Gerais e o artigo 10 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Rondônia; e assentar a constitucionalidade dos artigos 252, 253 e 255 da Constituição do Estado de Rondônia.
>
> (STF – ADI 94/RO – Rel. Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – Julgamento 07/12/2011 - DJe 238 - Divulg 15/12/2011 - Public 16/12/2011)

Na segunda situação decidida pelo STF, embora a ADI tenha sido julgada procedente em parte, declarou inconstitucional apenas o dispositivo que conferia à Procuradoria do TCE cobrar diretamente as multas pela via judicial. Segue o entendimento:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR RONDONIENSE N. 399/2007, QUE CRIA E ORGANIZA A PROCURADORIA GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSONÂNCIA AO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 94/RO. ART. 3º, INC. V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 399/2007. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA AUTORIZADORA DA PROCURADORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A COBRAR

JUDICIALMENTE MULTAS APLICADAS EM DECISÕES DEFINITIVAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 223.037/SE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(STF – ADI 4070/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia – Tribunal Pleno – Julgamento 19/12/2016 - DJe 168 - Divulg 31/07/2017 - Public 01/08/2017)

Como registrado no voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, no julgamento daquela ADI 4070/RO, a discussão sobre a constitucionalidade de normas que criam procuradorias no Poder Legislativo não é nova no STF, destacando-se o julgamento da ADI nº 1557/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que o Plenário da Corte assentou:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. **CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA.** PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. **2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF.** Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. **4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos.** Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direita de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

(STF - ADI 1557/DF - Tribunal Pleno - Rel. Ministra Ellen Gracie - Julgado em 31/03/2004 - DJ 18/06/2004)

Na ocasião, a Ministra Relatora Ellen Gracie esclareceu:

4 - A questão trazida nesta ação direta já foi objeto de exame por parte deste Supremo Tribunal. **Trata-se de averiguar se a existência de um órgão de assessoramento jurídico pertencente à estrutura administrativa da Assembléia Legislativa que, inclusive, por ela responda judicialmente, compatibiliza-se com o princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do DF, previsto no art. 132 da Carta Magna.**

(...) Também ficou assentado na jurisprudência da Casa que este 'mandato judicial' diretamente outorgado pela Constituição Federal às Procuradorias envolve, a princípio, o patrocínio dos três Poderes estaduais, uma vez que órgãos como Tribunais de Justiça e Assembleias Legislativas não possuem personalidade jurídica própria, ao mesmo tempo em que integram a entidade da Federação a que pertencem, esta sim dotada de tal atributo.

Todavia, **definiu este Supremo Tribunal Federal a ocorrência de certas situações em que um determinado Poder necessite estar em juízo praticando, por si mesmo e validamente, uma série de atos processuais na defesa de interesses peculiares que assegurem sua autonomia ou independência frente aos demais Poderes.** No julgamento definitivo da ADI 175, DJ 08.10.93, na qual se examinava a constitucionalidade de carreiras de assessoramento jurídico dos Poderes Legislativo e Judiciário do Estado do Paraná, esta peculiar capacidade processual foi reconhecida com precisão no voto do ilustre Relator, Min. Octavio Gallotti: (verbis)

'Vê-se, desde logo, que, no pertinente ao assessoramento jurídico do Poder Legislativo

> e do Poder Judiciário, não há margem alguma para a alegação, ínsita na petição inicial, de invasão da competência natural de Procuradoria Geral do Estado. É certo que não possuindo - as Assembléias e os Tribunais - personalidade jurídica própria, sua representação, em juízo, é normalmente exercida pelos Procuradores do Estado. Mas têm, excepcionalmente, aqueles órgãos, quando esteja em causa a autonomia do Poder, reconhecida capacidade processual, suscetível de ser desempenhada por meio de Procuradorias especiais (se tanto for julgado conveniente, por seus dirigentes), às quais também podem ser cometidos encargos de assessoramento jurídico das atividades técnicas e administrativas dos Poderes em questão (Assembléia e Tribunais). Poder-se-á, até, discutir a utilidade dessa prática, jamais, porém - penso eu - vir-se a considerá-la adequada às funções da Procuradoria do Estado, integrada no Poder Executivo. '

Do voto do eminente Min. Octavio Gallotti prolatado no julgamento cautelar desta ação, trago, ainda, trecho de despacho da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence no exercício da Presidência, posteriormente referendado por este Plenário na sessão de 26.02.1993, verbis: (ADI 825-AP, DJ 01.02.93)

> 'O reconhecimento da personalidade judiciária de órgãos não personalizados - em particular, dos corpos legislativos -, de relevo específico nas causas, a exemplo desta, em que se visa à composição jurisdicional do conflito entre poderes diversos da mesma entidade estatal ilide, em princípio, a força da impugnação à previsão da existência de uma Procuradoria da Assembléia Legislativa (art. 115), diversa da Advocacia do Estado, que se insere na estrutura orgânica do Executivo.'

Ilustre-se que a opção pela criação de órgãos responsáveis pela representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico de suas respectivas Casas Legislativas também foi encampada por constituintes originários de outras unidades da Federação, como pode ser observado nas Constituições dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. No âmbito do Legislativo Federal, a Advocacia do Senado desempenha funções semelhantes àquelas exercidas pelas Procuradorias das Assembléias estaduais. (...)

6 - **Quanto à autonomia do Poder Legislativo distrital em manter, na sua estrutura organizacional, setor especializado na consultoria e no assessoramento jurídico de seus órgãos, não há, como visto, inconstitucionalidade alguma**. Já no tocante à representação judicial da Casa requerida, os limites traçados pela jurisprudência desta Corte apontam para a legitimidade desta função, a ser exercida por uma Procuradoria Legislativa, **apenas naqueles casos em que a Câmara apresente-se em juízo em nome próprio, na proteção da autonomia e da independência do Poder Legislativo distrital e, nunca, na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público do Distrito Federal.** Tal restrição, fruto de uma interpretação conforme sem redução de texto, foi aplicada ao caput do art. 57 da Lei Orgânica do DF já no julgamento liminar da presente ação" (DJ 18.6.2004, grifos nossos).

Portanto, subsiste total respaldo da Corte Suprema para que os Tribunais de Contas instituam suas procuradorias, com funções de assessoramento jurídico e com poder de representação em juízo para as demandas que importem na defesa de suas prerrogativas.

Desse modo, já subsiste um contexto jurídico nacional para se dar luzes ao tema, a partir do qual é possível admitir a formulação de medidas com o propósito de fomentar os Tribunais de Contas a investirem nesse relevante viés do controle externo, que é a defesa de suas prerrogativas.

6. PROPOSTA DE INCLUSÃO DO TEMA NO PROGRAMA QATC – ATRICON:

A vista de toda a abordagem tratada no presente artigo, vislumbra-se uma oportunidade de disseminação como boa prática aos Tribunais de Contas a adoção de estratégias para a defesa de prerrogativas, o que parte, necessariamente, da instituição de unidade interna com funções de procuradoria.

Como já referido, não há uniformidade de tratamento da questão pelos aludidos órgãos, subsistindo ainda aqueles que delegam inteiramente tal missão à Procuradoria Geral do

Estado, situação que pode gerar dificuldade quando houver interesses em conflito com o Poder Executivo.

Nesse propósito de fomentar a atenção à questão, mostra-se de grande valia o Programa de Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas capitaneado pela ATRICON, seja com o Projeto de Diretrizes, seja com o Marco de Medição de Desempenho. Ambos possuem valoroso potencial de auxiliar na construção de uma padronização sobre o tema da defesa das prerrogativas.

Um caminho viável seria coletar a experiência exitosa junto àqueles Tribunais de Contas mais maduros com relação ao tema, para servirem de vetores para subsidiar o trabalho de desenvolvimento de diretrizes, mediante norma regulamentadora, ou, quiçá, compondo critérios para serem avaliados na aplicação do Marco de Medição de Desempenho.

A título de contribuição, visualizam-se aspectos que podem ser considerados para o início de uma discussão com vistas ao delineamento de uma pesquisa sobre o tema, a saber:

a) Realização de monitoramento de projetos de lei perante a Casa Legislativa que tratem sobre temas de interesse do Tribunal de Contas;

b) Ajuizamento de demandas judiciais em busca da tutela de suas prerrogativas institucionais, em situações de lesão concreta ou iminência de sua ocorrência;

c) Acompanhamento do andamento das demandas judiciais que questionam atos ou decisões do Tribunal de Contas;

d) Realização de diagnóstico sobre os casos de insucesso perante o Judiciário, com o compartilhamento dos pontos de fragilidade com as áreas internas competentes do Tribunal, para fins de aprimoramento do serviço ou desenvolvimento de estratégias de minimização do risco de reincidência;

e) Suficiência de equipe de trabalho qualificada atuante na área das defesas de prerrogativas;

f) Nível de diálogo/interação com a Procuradoria Geral do Estado, com a instituição de rotinas para encaminhamento de subsídios para a defesa de atos e decisões do Tribunal de Contas.

Obviamente que uma discussão aberta com os Tribunais de Contas permitirá ampliar os pontos que permeiam a questão, sendo o objetivo maior de contribuição, nesse momento, apenas apontar a relevância de se pensar a seu respeito.

7. CONCLUSÃO

O controle é imprescindível para a manutenção do equilíbrio democrático. Afinal, tal como prenunciado por Montesquieu, para que não haja abuso de poder é preciso que o poder freie o poder.

Só há controle efetivo se resguardada a autonomia do órgão responsável por seu exercício. E, com esta visão, o legislador constituinte de 88 foi acertado com a instituição Tribunal de Contas. Conferiu não só os instrumentais para se afirmar a sua independência orgânica, como também dotou-a dos atributos competenciais para o exercício de sua missão.

Mas, como se evidenciou no presente estudo, a realidade denuncia que não raras

vezes aparecem em cena atos que repercutem na autonomia dos Tribunais de Contas e, por isso mesmo, devem ser adversados, sob a pecha da inconstitucionalidade.

O presente artigo veio no propósito de agregar elementos no intuito de despertar para a importância do tema da defesa das prerrogativas institucionais na seara do sistema de controle externo.

Nesse sentido, ficou evidenciado o relevante trabalho que a Associação de Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON já vem desempenhando casuisticamente com a promoção de ações judiciais ou intervindo em feitos como *amicus curiae*.

Mas, também, um novo olhar foi lançado quanto a um possível, viável e pertinente caminho a ser traçado por aquela entidade, para um tratamento mais sistemático da questão.

Assim, alinhado com o propósito de promover a melhoria dos Tribunais de Contas, demonstrou-se quão oportuno se mostra a inclusão do tema da defesa das prerrogativas no Programa de Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas – QATC, em busca de boas práticas que sirvam de vetores para aqueles que pretendam investir em mecanismos e estratégias de fortalecimento na área.

Conforme bem reforçado, a proposta tem o intuito maior de alavancar a reflexão e discussão sobre a relevância da defesa das prerrogativas no contexto dos Tribunais de Contas, terreno ainda pouco habitado. Sem pretensão alguma de exaurir a temática.

Somente Tribunais de Contas independentes têm o espaço adequado para uma atuação eficiente, eficaz e proativa, como espera a sociedade diante de uma instância de controle.

REFERÊNCIAS

_____. Estatuto da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Brasília, DF.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 214 (2003).. Brasília, DF, Câmara dos Deputados.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4418. Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4643. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 06 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5205. Rel.

Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 34793. Rel. Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 34446. Rel. Min. Rosa Weber, Brasília, DF, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33092. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 94. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4070. Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1557. Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 31 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 2017.018173-5. Rel. p/ Acórdão Des. Cornélio Alves, Natal, RN, 06 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br>. Acesso em 15 mar 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0800542-26.2018.8.20.0000. Rel. Des. Virgílio Macedo Jr., Natal, RN, 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br>. Acesso em 15 mar 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL: DIRETRIZES E MARCO DE MEDIÇÃO DE DESEMPENHO, BRASÍLIA: ATRICON, 2017.

CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da administração pública.* São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby *Tribunais de Contas do Brasil:* jurisdição e competência. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo.* 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *Regime jurídico dos tribunais de contas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas.* Disponível em: <http: //www.senado.leg.br> Acesso em: 16 ago 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PASCOAL, Valdecir. Direito financeiro e controle externo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DOS LATIFÚNDIOS À COMPETÊNCIA PEDAGÓGICA DO TRIBUNAL DE CONTAS: ANÁLISE À LUZ DOS FORMADORES DO PENSAMENTO SOCIAL BRASILEIRO

Autor: Pedro Henrique Magalhães Azevedo*

*Advogado. Assessor do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Professor credenciado pela Escola de Contas do TCE/MG e pela Escola de Formação de Soldados da Polícia Militar de Minas Gerais. Autor de artigos nas áreas do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Controle Externo.

Resumo:

O controle externo da Administração Pública pode ser exercido de inúmeras formas, tais como, por exemplo, as auditorias, as tomadas de contas especiais e as denúncias. Uma dimensão do controle pouco estudada e que vem ganhando espaço nos dias atuais é a competência pedagógica, por meio da qual os Tribunais de Contas orientam, instruem e capacitam os seus jurisdicionados para realizarem a boa gestão dos recursos públicos. No presente estudo, pretende-se resgatar as raízes do controle no Brasil e traçar paralelos entre o passado e o presente, de modo a evidenciar o desenvolvimento conjunto da sociedade, dos "donos do poder" e dos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Controle externo. Tribunal de Contas. Competência pedagógica. Formação social do Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Na história brasileira, as relações mantidas entre o povo e os governantes, bem como aquelas estabelecidas entre os próprios governantes e seus controladores foram marcadas por conflitos e contradições. Desde a época colonial, diversas revoltas e rebeliões, envolvendo o povo e os donos do poder (expressão essa não restrita ao Estado propriamente dito, mas também aos poderosos fazendeiros daqueles tempos) fizeram parte do cenário sociopolítico nacional. Dentre esses movimentos, os principais são a inconfidência mineira (1789 - 1792), a conjuração baiana (1796 - 1799), a balaiada (1838 - 1841), a farroupilha (1835 - 1845), canudos (1896 - 1897) e contestado (1912 - 1916) (BRAICK; MOTTA, 2007).

Nesse contexto, pode-se apontar que, nos séculos XVI e XVII, estavam espalhados pelo território habitável brasileiro diversos latifúndios, no âmbito dos quais o patriarca – o senhor de engenho – era o verdadeiro detentor do poder, havendo mínimo ou nenhum espaço para a incidência de ordens do Estado ou mesmo de qualquer forma de controle ou contestação (por parte do próprio Estado ou do povo). A esse respeito, Oliveira Vianna é enfático ao dizer que o latifúndio era a única realidade social existente à época.

Estudando a obra deste célebre autor, Ferreira (1996 p.230/231) faz as seguintes considerações:

> Oliveira Vianna mostra como, historicamente, o grande domínio agrícola erigiu-se no fundamento de todo o poder social, o núcleo básico de nossa organização social. O domínio rural exerce, na sociedade colonial, uma "função simplificadora": auto-suficiente, fechado em si mesmo, torna socialmente desnecessário o surgimento de uma classe comercial, de uma classe industrial, ou ainda de corporações urbanas importantes.
>
> (...)
>
> A partir da terceira parte [do livro Populações Meridionais do Brasil], no entanto, os aristocratas rurais passam a ser chamados de "caudilhos territoriais", únicos verdadeiros empecilhos ao avanço do poder público à "construção da ordem legal".

No campo do controle (ou da ausência dele), outros fatos demonstram certa aversão dos governantes à forma institucionalizada de fiscalização e contenção de abusos. A existência do Poder Moderador, no império, afasta as ideias de Montesquieu de separação das funções estatais. Ainda

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO 30 OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

que tais funções fossem formalmente divididas, o Imperador permanecia como árbitro no caso de eventuais desacordos entre os poderes.

A dissolução de assembleias constituintes também marcou a história brasileira. Logo na primeira tentativa de se confeccionar uma Constituição para o recém criado país, o Imperador dissolveu a assembleia e outorgou a Constituição de 1824. O mesmo fato se repetiu nos dois momentos ditatoriais vividos pelo Brasil: em 1937, com Getúlio Vargas à frente do poder, e em 1967 com a ascensão dos militares (NETO; SARMENTO, 2014).

Essa contextualização é necessária para que se compreenda que, ainda hoje, embora com novas facetas, permanecem nas relações cidadãos / governantes e governantes / Tribunais de Contas alguns legados da nossa história.

2 O MITO DOS INTERESSES CONTRAPOSTOS

Antes de avançar no tema, deve-se deixar clara uma premissa que quase sempre é esquecida por aqueles envolvidos na prática administrativa e pelos próprios estudiosos do controle externo. Embora pareçam ser divergentes e conflitantes, os objetivos a serem perseguidos por Prefeitos, Governadores e pelos próprios Tribunais de Contas são comuns e complementares. Todos esses atores devem primar pela realização do interesse público primário, também concebido como o "plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)" (MELLO, 2014).

O interesse do povo estará protegido quando governantes e órgãos de controle exercerem de forma adequada as suas respectivas missões constitucionais. Caso um ou outro desvirtue de seu objetivo primário, desaparece a sua própria razão de atuar, já que, em última análise, segundo afirma Dallari (1998 p.40), "o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum" (DALLARI, 2015, p.112).

Conforme explica Azevedo (2017, p.113):

> O Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados exercerão suas atribuições, de forma harmônica e concertada, com o intuito de atingir a finalidade primordial do Estado, qual seja, o bem comum da sociedade. Obviamente que cada um terá um papel nessa missão. Enquanto competirão aos Municípios, por exemplo, a elaboração de políticas públicas e a adoção de medidas práticas para atender à população local, caberá ao Tribunal de Contas, por sua vez, por meio de sua competência pedagógica, orientar e capacitar os gestores públicos para a tomada de decisão e para a fiscalização do uso dos recursos públicos sob suas responsabilidades.

Considerando, então, a existência de objetivos comuns entre órgãos de controle e os seus jurisdicionados, passa-se a demonstrar como foi e como está estruturada, nos dias atuais, essas relações marcadas por conflitos e contradições, e como o Tribunal de Contas pode atuar de modo a aprimorar o atendimento às necessidades dos cidadãos por meio de sua competência pedagógica.

3 OS LATIFÚNDIOS COMO REALIDADE SOCIAL E OS MUNICÍPIOS COMO HERDEIROS DO PASSADO

Retomando o ponto inicial deste trabalho, os latifúndios, ao longo dos séculos XVI e XVII, concentravam em seu interior tudo o que o Estado não era capaz e não queria fazer. Era um misto de isolamento e solidariedade, na medida em que ele se fechava para o mundo de fora e, ao mesmo tempo, provia aos membros do "clã" os bens necessários à sua vida e à sua sobrevida.

Segundo Guedes (20-?):

> Um dos grandes problemas apontados por [Oliveira] Vianna estaria nesta configuração clânica, dando vez aos interesses privativos que sufocava a organização pública, gerando um fortalecimento das entidades locais e do latifúndio rural em detrimento da construção da unificação do país.

O latifundiário assumia, nesse contexto, a função de *pater familis*. Dentro de seu espectro espacial de poder, ele ditava as regras, as executava e, de certa forma, julgava conflitos que existissem, aplicando as penas que ele próprio decidia. Por outro lado, ele organizava o trabalho e fornecia alimento, moradia e segurança para os membros daquele universo cerrado.

Esse relacionamento dúbio por parte dos senhores de engenho levou Gilberto Freyre a cunhar a sua clássica expressão "equilíbrio de antagonismos". Segundo este autor, casa grande e senzala (alegoria para o dono do poder e seus subordinados) seriam realidades inseparáveis, de modo que a proximidade do senhor de engenho com seus escravos fazia com que a dura relação ali existente fosse "amaciada" com o tempo. Nesse sentido, confiram-se as lições de Marcussi (2009, p.2).

> No seio da família patriarcal, todas as relações mais essenciais da formação social brasileira estariam atravessadas por diversos antagonismos, o mais importante e determinante deles sendo o antagonismo entre senhor e escravo. Contudo, a ordem patriarcal teria sua estabilidade fundada no fato de que oferecia uma série de espaços de confraternização entre seus elementos opostos (entre senhores e escravos e entre as diversas raças e culturas), espaços nos quais os choques seriam amortecidos e os antagonismos se harmonizariam sem que exatamente se diluíssem uns nos outros.

O latifundiário era, então, simultaneamente, detentor do Poder e provedor das necessidades básicas do clã. O Estado pouco fazia para a população naquela época, permanecendo distante do povo. O símbolo de força e de acolhimento residia no senhor de engenho.

Essa ideia de força do poder local ressoa até hoje no Brasil. Tanto é verdade que somos uma federação *sui generis* com três níveis de governo: União (governo central), Estados (governo regional) e Município (governo local). Atualmente, o Município se iguala, em termos teóricos, aos demais entes da federação. A Constituição de 1988 reconheceu os pequenos núcleos locais como fontes importantes de poder e, ao invés de isolá-los ou tentar abafá-los, resolveu cooptá-los e inseri-los dentro da ordem normativa.

Tem-se aqui, embora sem elementos empíricos para afirmar se de forma intencional, ou não, típica aplicação do discurso de Raymundo Faoro, quando este afirma que o estamento burocrático coopta as classes que apresentam interesses comuns aos seus para se manter no poder. De acordo com esse autor:

> O estamento burocrático desenvolve padrões típicos de conduta ante a mudança interna e no ajustamento à ordem internacional. Gravitando em órbita própria não atrai, para fundir-se, o elemento de baixo, vindo de todas as classes. Em lugar de integrar, comanda; não conduz, mas governa. Incorpora as gerações necessárias ao seu serviço, valorizando pedagógica e autoritariamente as reservas para seus quadros, cooptando-os, com a marca de seu cunho tradicional (FAORO, 2012, p. 642).

Assim, ao invés de confrontar e combater o poderio local das grandes famílias que, há muito tempo, perpetuaram-se no controle de regiões e foram provedoras de bens para determinada comunidade, os constituintes de 1988 identificaram interesses comuns e cooptaram-nas para o Texto Constitucional, recebendo-as como Municípios autônomos.

Ao discorrer sobre os Municípios nos dias atuais, Meirelles (2014 p.45) tece as seguintes considerações:

> Libertos da intromissão discricionária dos governos federal e estadual e dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, os Municípios elegem livremente seus vereadores, seus prefeitos e vice-prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política e administrativa de seus órgãos de governo. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao interesse local, sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Decidem da conveniência ou inconveniência de todas as medidas de seu interesse; entendem-se diretamente com todos os Poderes da República e do Estado, sem dependência hierárquica à Administração Federal ou Estadual.

O Poder Local é, portanto, hoje, livre e autônomo. Essa liberdade, contudo, está condicionada às normas da Constituição. Se antes os latifúndios viviam em total isolamento, os Municípios atuais, conquanto sejam autônomos, devem respeitar às regras insertas no Texto Constitucional. Ou seja, a cooptação também impõe seus limites.

Tal como os latifúndios do passado, os Municípios exercem, hoje, parcela do poder do Estado. Eles são, por exemplo, os provedores do serviço de atenção básica à saúde e também de educação básica à população. Utilizando expressão muito semelhante às que eram ditas pelo Professor Paulo Neves de Carvalho, Alves Júnior (2014, p.65) afirma que “é no Município onde o indivíduo exerce sua plena cidadania”.

Os Prefeitos, atualmente, são vistos da mesma forma que os latifundiários. A propósito, muitos deles são descendentes desses latifundiários e de famílias que exerciam o poder em determinada localidade. Na relação cidadãos / governantes, o povo enxerga os Prefeitos como uma figura forte, que, ao menos em tese, deveria fazer valer as leis e prover os bens necessários ao atendimento da população.

Ao realizar obras de interesse local, construir escolas e unidades básicas de atendimento, o Prefeito mostra o seu poder de atuar e os cidadãos enxergam nele uma pessoa capaz de solucionar os seus problemas, já que ele é o principal elo entre a população e o Estado. Tem-se, portanto, uma mistura de respeito institucional e consideração pessoal.

Os traços do Prefeito em muito se assemelham aos dos antigos senhores de engenho. Um verdadeiro *pater familis* que provê os bens para os membros do clã (os munícipes), mas que também exerce o poder firmemente. É inevitável comparar os Prefeitos, principalmente os de pequenas localidades, às figuras descritas por Oliveira Vianna e Gilberto Freyre em suas obras clássicas.

4 O CRESCIMENTO DO CONTROLE EXTERNO

O fortalecimento dos Municípios aliado ao empoderamento do Prefeito pela Constituição de 1988 demandou, por consequência, a reformulação do sistema de controle externo que vigorava no Brasil desde 1967. Os Tribunais de Contas, que antes não podiam examinar e julgar previamente atos de ordenamentos de despesas, viram seu escopo de atuação aumentar consideravelmente com a atual Constituição (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 20-?).

Cumpre esclarecer, apenas para fins de contextualização, que o primeiro modelo de Tribunal de Contas pensado para o Brasil foi totalmente inspirado na *Cour de Comptes* francesa, criada por Napoleão Bonaparte, em 1807. A esse respeito veja-se o que diz Montebello (1999):

> Mais tarde, no ano de 1807, Napoleão instalou a Cour de Comptes, cuja organização se assemelhava à das antigas Câmaras de Contas. (...) Ao se cuidar dos clássicos modelos de Cortes de Contas existentes no mundo, será possível constatar o significado trazido pela atualização realizada por Napoleão para o delineamento de órgãos similares em vários países.
>
> (...)
>
> A idéia de criar um Tribunal de Contas no Brasil surgiu em 1826, com a apresentação, por iniciativa dos Senadores Felisberto Caldeira Brandt (Visconde de Barbacena) e José Inácio Borges, de Projeto de Lei com tal teor. Todavia, tendo-se escolhido como modelo paradigma o francês, com a adoção da fiscalização ulterior, a manifestação parlamentar não pôde prosperar, sendo veementemente combatida na medida em que "(...) um Tribunal de Contas sem exame e registro prévios seria uma inutilidade dispendiosa".

Ainda que, inicialmente, o modelo francês não tenha sido adotado pelo Brasil, registros históricos mostram que, logo em seu início, as atribuições do Tribunal de Contas foram sensivelmente reduzidas. Conforme afirma Montebello (1999), "pouco tempo depois de instalada a Corte de Contas, o Presidente Floriano Peixoto determinou a redação de decretos que retiravam do TCU a competência para impugnar atos considerados ilegais". Ou seja, embora combatido em um primeiro momento, o modelo que vingou nos anos iniciais do Tribunal de Contas foi o baseado nas ideias de Napoleão Bonaparte.

A adoção do sistema de controle externo no Brasil pode também ser lida a partir das ideias de Florestan Fernandes. Fenômenos estruturantes ocorridos na Europa, quais sejam, a revolução francesa, a ascensão de Napoleão e a fundação da *Cour de Comptes* causaram uma onda de choque que foi sentida no Brasil. Ao chegar ao solo brasileiro, tais ideias foram recepcionadas e deram origem ao projeto nacional de controle externo, que, conquanto tenha sido criticado pela sua inspiração francesa de controle posterior, foi o adotado na prática durante o período inicial.

Conquanto o estudo de Florestan Fernandes tenha se voltado para o desenvolvimento da burguesia, suas ideias centrais de experiências diferentes influenciadas por um mesmo fator estruturante histórico podem ser utilizadas também para descrever o surgimento dos Tribunais de Contas no Brasil.

Com efeito, o modelo francês de Corte de Contas com fiscalizações posteriores permanece até o dia de hoje no cenário do controle externo nacional. No entanto, além dessas fiscalizações, já se realizam, atualmente, controles prévio e concomitante de certos aspectos da gestão pública. Ao longo do tempo, os Tribunais de Contas aprimoraram suas técnicas de auditoria, desenvolvendo

sistemas informatizados de prestações de contas, capacitando os seus técnicos e criando novas ferramentas para verificar a correta utilização dos recursos públicos pelos administradores locais e regionais.

Os Municípios, por outro lado, embora também tenham se desenvolvido social e economicamente nos últimos anos, não acompanharam o ritmo e a velocidade de crescimento dos órgãos de controle. Práticas tradicionais (e irregulares) foram mantidas, tais como nomeações sem concurso público, contratação sem licitação, auxílios a pessoas carentes sem leis que os regulamentassem etc. O patrimonialismo, prática herdada tanto do latifúndio quanto da incipiente administração brasileira pós independência, ainda perpetua no cotidiano de alguns Municípios.

Paralelamente, novas leis, inspiradas em modernas teorias de gestão e controle (como a Lei de Responsabilidade Fiscal, baseada em regra correlata da Nova Zelândia), impuseram sobre os Prefeitos normas que iam de encontro a essas práticas tradicionais, as quais perderam espaço sob a lógica do Estado Democrático de Direito. A utilização de bens públicos em benefício próprio, a nomeação de parentes, a contratação da empresa do amigo e o emprego de mecanismos públicos para sancionar o inimigo foram confrontados com regras institucionalizadas que proibiam essas viciosas práticas tradicionais.

Os Prefeitos se viram, então, entre a tradição e a modernidade. Essa contradição já fora objeto de análise de Caio Prado Júnior quando afirmou que o Brasil busca se modernizar, mas não abre mão de estruturas do seu passado. Ao escrever o posfácio do livro de Caio Prado júnior, “A revolução brasileira: a questão agrária no Brasil”, Rubem Murilo Leão Rêgo (2014) faz as seguintes afirmações:

> O caráter fundador da macrointerpretação do Brasil se explicita na percepção da contraditória unidade dos processos sociais e econômicos que determinam a nossa formação nacional, contradição que se expressa na permanente simbiose entre a modernidade capitalista e “a força da tradição”.

Embora a análise de Caio Prado tenha se voltado para aspectos sociais e econômicos, a conclusão a que o autor chegou também se encaixa nos aspectos sociais e políticos do atual contexto brasileiro.

Os gestores querem mudar e melhorar a situação local, mas ainda encontram obstáculos internos e externos em práticas tradicionais ruinosas de administração. Esses obstáculos são, na maioria das vezes, decorrentes do próprio estilo de gestão e de exercício do poder derivados da cultura administrativa e latifundiária antiga.

Nesse contexto, utilizando as já citadas modernas técnicas de auditoria e os sistemas informatizados, os Tribunais de Contas passaram a atuar de modo a impedir e a condenar os resquícios das práticas patrimonialistas tradicionais adotadas pelos Prefeitos de diversos Municípios.

Atualmente, em suas fiscalizações, os Tribunais, frequentemente, encontram achados que associam a má gestão municipal e as irregularidades em matérias legais às práticas patrimonialistas, já citadas anteriormente. Os Prefeitos, de modo geral, detêm pouco conhecimento das regras relativas às licitações, finanças e concursos públicos. Além disso, mesmo quando conhecem tais normas, deixam de aplicá-las, em algumas situações, privilegiando a tradição herdada do tempo em

que o poderio local era exercido segundo as regras dos próprios senhores de engenho.

Com base nesses achados, parte da sociedade atual, de forma indutiva e generalizada, passou a crer que o simples fato de uma pessoa exercer o mandato de Prefeito Municipal já seria condição suficiente para ela ser adepta das práticas tradicionais viciosas. Sob esse raciocínio, caso fosse encontrada divergência com a lei em determinada situação, tal fato já seria suficiente para induzir à responsabilização do gestor, ainda que fosse precário o nexo de causalidade ou nebuloso o elemento subjetivo da conduta.

Em outras palavras, partindo da lógica indutiva, nem sempre verdadeira, de que todos os Prefeitos se valem de práticas tradicionais patrimonialistas quando da utilização de recursos públicos, parte da sociedade brasileira contemporânea acredita que todos os erros encontrados derivariam da má-fé dos gestores. Embora não se tenha usado expressamente esse termo, passou-se a associar todo aquele que exerce o mandato de Prefeito ao tipo aventureiro cunhado por Sérgio Buarque de Hollanda.

Ao analisar esse tipo aventureiro em contraste com o seu oposto, o tipo trabalhador, M. F. L. Silva (2008) relata as seguintes diferenças:

> O aventureiro valoriza tanto o objetivo final que os meios parecem-lhe secundários, quase supérfluos; o trabalhador, pelo contrário, concentra-se mais nos meios, na dificuldade a vencer, do que no objetivo a alcançar; o aventureiro ignora as fronteiras, vive dos espaços ilimitados, mas quer suprimir o tempo, sua paixão é o resultado imediato; o trabalhador, ao invés, persiste em seu esforço mesmo quando o resultado custa a ser atingido, sua percepção de espaço é restrita, concentra-se na parte, evitando desperdiçar os meios. Do ponto de vista do aventureiro, são desprezíveis os esforços que visam à estabilidade, à paz, à segurança pessoal sem perspectiva de rápido proveito material. Para a ética da aventura, não há nada mais estúpido e mesquinho do que o ideal do trabalhador. Já, para este, ao contrário, é imoral tudo o que se relaciona com a concepção espaçosa, aventureira, de mundo – a audácia, a imprevidência, a instabilidade, o imediatismo. O espírito de aventura teria sido, em sua forma mais crua – a ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos e de riqueza fácil –, características da colonização portuguesa.

Para essa parcela da sociedade, os Prefeitos ignoravam as regras formais, tal como o aventureiro de Sérgio Buarque de Hollanda. Normas de licitação, de concursos e de responsabilidade fiscal seriam um entrave para as práticas tradicionais que, embora contrárias às leis e à Constituição, eram mais rápidas e, às vezes, politicamente melhores, para se atingir um determinado resultado.

Em razão disso, pressupondo de forma indutiva que os gestores locais eram “aventureiros” na Prefeitura, parte da sociedade e até alguns Tribunais de Contas concluíam que a maioria dos erros porventura encontrados em inspeções e auditorias teriam sido cometidos de forma consciente pelo Prefeito.

Não se admitia que o gestor local tivesse errado por desconhecimento, dúvida ou por falta de cautela quando da interpretação da norma. Sendo os Prefeitos, em sua totalidade, “aventureiros”, a forma adequada para extirpar da administração pública práticas tradicionais viciosas, peculiares desse tipo cunhado por Sérgio Buarque de Hollanda, seria a aplicação de sanções, segunda parcela da população.

5 A COMPETÊNCIA PEDAGÓGICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ocorre que a sanção nem sempre é a melhor saída para lidar com o problema constatado nas ações de controle externo. Aliás, para resolver tais problemas, é necessário rever a premissa de que os Prefeitos são "aventureiros" por natureza, além de serem adeptos de práticas tradicionais que não possuem mais lugar no Estado pós-moderno. Deixando claro que os Chefes do Executivo local também estão sujeitos a erros e que estes nem sempre são cometidos por dolo, culpa ou má-fé, mas sim por mero desconhecimento, o Tribunal abre espaço para outra forma de atuação mais efetiva: a competência orientadora ou pedagógica.

Obviamente, é imperioso, em um primeiro momento, separar os erros das práticas tradicionais viciosas. Ou seja, deve-se investigar se o ato irregular foi cometido com dolo ou culpa em sentido amplo, ou se ele decorreu de desconhecimento ou de mero equívoco na condução administrativa por parte do gestor.

Feita essa distinção, o Tribunal de Contas estará apto a utilizar a ferramenta adequada para cada situação: no caso de vícios intencionais ou decorrentes de má-fé e culpa, a sanção, e nas demais situações decorrentes de erros escusáveis, a orientação (competência pedagógica).

Discorrendo sobre a competência pedagógica, E. A. S. M. Silva (2004) teve as seguintes considerações:

> Imbuído na missão de prevenir desvios ou irregularidades, muito mais que meramente punir responsáveis pela prática de atos ilegais, o Tribunal de Contas tem buscado se posicionar como instituição de apoio, atuando em prol e não contra os fiscalizados, com o intuito de resguardar de maneira mais efetiva os interesses de todos.

Segundo Homero Santos, ex-Ministro do Tribunal de Contas da União, a competência pedagógica corresponde à "tarefa mais importante que o TCU deve realizar: a de cooperação com o bom administrador, fazendo, dessa forma, com que a vertente pedagógica de sua ação suplante a punitiva" (SANTOS, 20-? *apud* BARROS, 1999, p.263).

Conforme afirma Achkar (2011, p.315), "o controle não é um fim em si mesmo. Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da administração pública". Por isso mesmo, se há métodos mais efetivos e menos traumáticos de resolver problemas da administração, devem eles ser aplicados em primeiro lugar, deixando a sanção para o segundo momento.

Ao atuar apenas de forma punitiva, o Tribunal, mesmo de forma não intencional, incute medo em pessoas capacitadas que pretendem se candidatar a mandatos políticos, mas que ficam receosas de errar e ser sancionadas. Por outro lado, os reais adeptos das práticas viciosas tradicionais, o típico "aventureiro", continuam se candidatando, pois, conforme afirma Schmeiske (2014, p. 7304) "o infrator acredita que não será pego, por isso não teme qualquer imposição legal".

A competência pedagógica dos Tribunais de Contas é um dos ramos derivados da teoria da consensualidade, que se iniciou em meados do século passado. A esse respeito, Oliveira e Shwanka (2009, p.309) assim se manifestam:

> Insta afirmar que vem ganhando prestígio mundial a discussão acerca de uma cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar suas ações em face das emanações da diversidade social.

> Alude-se à figura de um Estado "que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma". Nesse cenário, aponta-se para o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.

Nesse mesmo sentido, Bobbio (1987, p.26, *apud* Oliveira e Shwanka, p.305) afirma que "o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império".

Ao se embasar na teoria da consensualidade ao invés de utilizar apenas o seu poder de império, o Tribunal de Contas pode contribuir com os administradores locais, aprimorando as técnicas de gestão e a divulgação das normas legais e regulamentares, que nem sempre são tão disseminadas quanto se pensa, deixando a sanção apenas para casos extremos em que se constata má-fé, culpa ou dolo do agente público.

Importante frisar que os psicólogos French e Raven (1959), ao estudarem as bases do poder social, concluíram que o poder coercitivo (utilização de multas, por exemplo) traz, consigo, uma série de efeitos colaterais negativos, tais como medo, fuga, abstenção e recurso a meios obscuros para burlar as normas. Por outro lado, Raven (1993), em estudo posterior, salienta que o poder informacional, decorrente da absorção de conhecimento por uma pessoa, gera benefícios de longo prazo. Ou seja, a capacitação tende a ser mais proveitosa e a gerar externalidades positivas do que a mera coerção.

Sendo assim, embora as multas possam ser efetivas em algumas situações, tais como em fraudes comprovadas, elas não devem ser vistas como a única solução para todos os achados de auditoria. Deve-se ter em mente que o poder informacional e o consensualismo podem, em certas situações, ser melhores para a sociedade, uma vez que possibilitam a geração de conhecimento no gestor e utilização desse saber em benefício de todos.

Dessa forma, o Tribunal de Contas desconstrói o mito de que os Prefeitos seriam típicos exemplos de "aventureiros", no sentido de Sérgio Buarque de Hollanda, e que o simples fato de ocuparem tal cargo já seria suficiente para contaminá-los com as perniciosas práticas tradicionais, oriundas do latifúndio e da incipiente administração brasileira do século XIX e do início do século XX.

6 CONCLUSÃO

Não há como dissociar as raízes do Brasil do seu estado atual. Oliveira Vianna, Sérgio Buarque de Hollanda, Raymundo Faoro e tantos outros formadores do pensamento social brasileiro demonstraram as origens da sociedade e os seus reflexos contemporâneos. Os latifúndios, ao longo do tempo, deram lugar aos Municípios. Estes, por sua vez, por meio de seus Prefeitos, assumem o papel de provedores, detentores do poder e da figura paternal para os cidadãos, baseados no mesmo arcabouço social dos latifúndios.

Ao longo da história, tanto a função administrativa como a função de controle exercidas pelo Estado brasileiro sofreram influências internas e externas para se adaptarem e chegarem ao estágio atual. Hoje, com o avanço da tecnologia e a aproximação das pessoas, a gestão e a fiscalização

possuem novas atividades e novas ferramentas para enfrentarem situações de contingência.

Ainda assim, nos mais de cinco mil municípios do país, muitos gestores não possuem a capacitação técnica adequada para compreender as diversas normas que regem a atuação administrativa do Estado. Nesse contexto, o Tribunal de Contas pode assumir duplo papel como agente de mudança: em primeiro lugar, ele pode agir de forma clássica, sancionando os gestores que porventura tenham cometido alguma irregularidade. Além disso, baseando-se em teorias mais contemporâneas, como a da consensualidade, o controle externo pode atuar de forma cooperativa, capacitando o gestor para o exercício de suas funções.

Essa capacitação está contida na competência pedagógica dos órgãos de controle, a qual pode (e deve) ser aplicada em situações que não revelem a prática de atos ilegais, decorrentes de dolo, culpa em sentido amplo, má-fé ou fraude pelo gestor público. É fundamental, então, distinguir comportamentos ilícitos e atitudes viciosas de erros e equívocos.

A justa medida para a atuação do Tribunal de Contas deve ser, então, a análise do ato e do comportamento do gestor. Somente assim, será possível apontar qual a competência mais adequada a ser exercida no caso concreto: sancionatória ou pedagógica.

REFERÊNCIAS

ACHKAR, Azor El . O controle externo operacional no saneamento básico. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, p. 311-335, 2011.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Tributo, Direito e Retórica.** Brasília: Uniceub, 2014. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/530667/tributodireitoeretorica.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. **Do controle à cooperação**: análise da competência pedagógica dos Tribunais de Contas como meio de aprimoramento da gestão pública. 2017. 171 f. Dissertação de Mestrado - Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação João Pinheiro por meio da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 1987. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p.303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acesso em: 19 out. 2015.

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. (orgs.) **Um Enigma Chamado Brasil**. São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 2009.

BRAICK, Patrícia Ramos. MOTA, Myriam Becho. **História**: Das cavernas ao Terceiro Milênio. São Paulo: Moderna, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2.ed. Editora Saraiva, 1998.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5.ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERREIRA, Gabriela Nunes. A formação nacional em Buarque, Freyre e Vianna. **Lua Nova,** São Paulo, n. 37, p.229-254, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a12n37.pdf>. Acesso em: 17. out. 2015.

FRENCH, John R. P; RAVEN, Bertram. The Bases of Social Power. In: CARTWRIGHT, D. (Ed.). **Studies in Social Power**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1959, p. 150-167.

GUEDES, Viviane Marques. **A construção do ideário nacionalista no Brasil à luz do pensamento político e social de Oliveira Vianna.** 20-?. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT17/GT17_MarquesGuedes.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

MARCUSSI, Alexandre Almeida. Trocas culturais e afetividade em Gilberto Freyre e Franz Boas. **Anais do 3º. Seminário Nacional de História da Historiografia**: aprender com a história? Ouro Preto: Edufop, 2009. Disponível em <http://www.seminariodehistoria.ufop.br/t/alexandre_almeida_marcussi.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Municipal Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTEBELLO, Marianna. Os Tribunais de Contas e o controle das finanças públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n. 02, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 16 out. 2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. Belo Horizonte:, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, v. 104, p.303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acesso em: 19 out. 2015.

RAVEN, Bertram. The Bases of Power: origins and recent developments: a presentations in honor of John R. P. French on the occasion of his receiving the Kurt Lewin Award. **Journal of Social Issues**, v.49, n.4, 1993, p.227-251.

RÊGO, Rubem Murilo Leão. Posfácio. In: PRADO JÚNIOR, Caio. **A revolução brasileira; A questão agrária no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Disponível em: <http://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13370.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015.

SANTOS, Homero. **Dia dos Tribunais de Contas do Brasil**. Informativo do Tribunal de Contas da União. Brasília, 20-?, v. 12, n. 1, p.[1-].

SCHMEISKE, Francielly. Redução da maioridade penal: Diminuição ou aumento da criminalidade?. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB,** Lisboa, n. 9, p.7295-7318. 2014. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07295_07317.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade das leis. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n. 3, 2004. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/03/-sumario?next=2>. Acesso em: 16 out. 2015.

SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. A representação de um administrador em Esaú e Jacó, de Machado de Assis. **Vertentes,** São João del Rey, n. 32. 2008. Disponível em: <http://intranet.ufsj.edu.br/rep_sysweb/File/vertentes/Vertentes_32/marcos_fabricio.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Breve histórico**. 20-?.Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

A PRESCRIÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Autor: Maicke Miller Paiva da Silva[1]

Coautor: José Arimatéia Araújo de Queiroz[2]

Coautor: Carlos Renato Dolfini[3]

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Faculdade São Lucas. Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: miller.map@gmail.com.

[2] Mestrando do Programa de Pós-Graduação, Stricto Sensu, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). *Master in Business Administration* (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela FARO. Advogado, Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: josearimateiaraujo@gmail.com.

[3] Mestre em Ciências Contábeis pela Fundação Instituto Capixaba de Pesquisa em Contabilidade, Economia e Finanças (FUCAPE). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Advogado, Professor de Ensino Superior e Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: crdolfini@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo destina-se à análise da aplicabilidade e da normatização da prescrição no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), de modo a abordar a evolução no uso desse instituto jurídico nas razões de decidir daquela Corte, tendo por norte a legislação, a jurisprudência mais autorizada e a doutrina. Nesse contexto, o objetivo é demostrar que a prescrição da pretensão punitiva é uma garantia de segurança jurídica e de apreciação das demandas, dentro de um prazo razoável, mas, também, um alerta aos julgadores para que instruam e apreciem as matérias *sub examine* com a devida eficiência e celeridade processual. No desenvolvimento da pesquisa, faz-se uma breve abordagem da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao erário, aprofundando-se o estudo acerca da prescrição das pretensões punitiva e executória; e, ainda, em relação à incidência da prescrição intercorrente nas Cortes de Contas; por fim, no que diz respeito ao Tribunal em estudo, propõe-se a positivação da matéria, por meio de lei, em consonância ao disposto no texto normativo da primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição da República, com a consequente regulação da prescrição por regras objetivas e claras para que haja certeza das situações fático-jurídicas concretas por elas abrangidas. O método adotado é o indutivo, com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Prescrição. Positivação.

INTRODUÇÃO

O vertente artigo tem por objeto analisar a aplicabilidade e a normatização da prescrição no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), para tanto, realiza-se uma abordagem da importância substancial deste instituto jurídico como meio de garantia dos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana; e, ainda, como alerta aos julgadores para que decidam com eficiência e celeridade processual.

Com isso, busca-se resposta ao seguinte questionamento: o TCE/RO pode aplicar a prescrição, nos casos submetidos a sua apreciação ou julgamento, ainda que esteja pendente a positivação da matéria, em face da ausência de lei no Estado de Rondônia, que estabeleça os prazos e a forma de incidência desse instituto jurídico, conforme exigido na primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal?

Na Seção 1, o estudo identifica que a prescrição na esfera dos Tribunais de Contas decorre da inércia das ações de controle, seja pela ausência do levantamento do ilícito formal de direito público em tempo, seja pela omissão ou paralisação da análise das demandas dentro dos períodos razoavelmente definidos em legislação estadual.

Nesse cerne, em substância, a prescrição é tida como instrumento voltado à consecução do princípio da segurança jurídica; e, via de consequência, da dignidade da pessoa humana, o qual visa assegurar que as demandas dos indivíduos sejam apreciadas, dentro de período razoável, para a proteção deles contra os arbítrios do Poder Estatal, vedando-se a eternização do direito de punir.

Noutro norte, destaca-se que a prescrição contribui para obstar a busca por resultados infrutíferos, e, longe de fragilizar a atuação dos Tribunais de Contas, a aplicação desse instituto

jurídico refletirá na apreciação de processos com eficiência e celeridade processual, a teor do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Na Seção 2, realiza-se uma abordagem histórica sobre a atuação do TCE/RO relativamente à prescrição, desde o precursor Acórdão n. 5/2005, que consolidou a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, a teor da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal; a Decisão n. 193/2014/GCESS, na qual foi aplicada a tese da prescrição da pretensão executória, segundo o Decreto n. 20.910/1932 (matéria também regulada pela Súmula n. 9/TCE/RO), com o grande mérito de ter reaberto a discursão quanto à necessidade de sumular a matéria; a Decisão Normativa n. 5/2016/TCE/RO, em que houve a contribuição pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, no geral, pelo prazo de 5 (cinco) anos; e, por fim, os Acórdãos n. 380/2017-Pleno e APL-TC n. 75/2018, nos quais foi uniformizada a jurisprudência relativa ao assunto, com avanços significativos, principalmente pelo reconhecimento da prescrição intercorrente.

Nesse caminho, na forma da Subseção 2.1, trata-se da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento; e, entre as Subseções 2.2 e 2.3, são delineadas as espécies de prescrição utilizadas como razões de decidir nas deliberações do TCE/RO, com o detalhamento sobre a prescrição da pretensão punitiva e executória, a primeira dividida em comum (propriamente dita) e intercorrente.

Na Seção 3, direciona-se a pesquisa sobre o meio constitucional de normatização da prescrição. Nesse panorama, *a priori*, analisa-se a legitimidade da técnica de integração analógica dos termos da Lei n. 9.873/1999, bem como do uso dos fundamentos do Mandado de Segurança (MS) n. 32201 como razões de decidir nas deliberações do TCE/RO, concluindo-se pela possibilidade da aplicação do referido instituto frente à inércia do Poder Legislativo do Estado de Rondônia em regulamentar a matéria.

Por fim, a título de contribuição, o estudo sugere aos membros do TCE/RO que deliberem pela apresentação de Projeto de Lei à Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia (ALE/RO), visando à positivação da prescrição, nos termos determinados na primeira parte do § 5º do art. 37, da Constituição Federal, para que sejam fixados critérios precisos, objetivos e claros relativos às situações de incidência do instituto, com a definição dos marcos temporais, inclusiva quanto às causas suspensivas e interruptivas.

O método adotado é o indutivo, com pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e jurisprudência relacionadas à temática.

1 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O conceito de prescrição na esfera do Direito Privado pode ser extraído da redação do art. 189 do Código Civil, com sendo a extinção da pretensão do titular, depois de ultrapassados determinados prazos, geralmente contados da data de violação ao direito. Nessa linha, segundo a visão de Justen Filho (2017, p. 1254), é consabido que violado o direito nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, em razão de sua inércia e do decurso do tempo, pela prescrição, consoante às disposições do referido dispositivo legal.

Semelhante ao disposto no Código Civil, encontra-se o Conceito Operacional[2] de Dinis (2017, p. 698), para quem a prescrição é a "aquisição de um direito ou a liberação de uma obrigação, pela inação do titular do direito ou credor da obrigação, durante certo lapso previsto legalmente".

Com isso, voltado aos Tribunais de Contas, considerando que os danos ao erário são imprescritíveis, propõe-se – apenas no que é afeto aos ilícitos que não decorram lesão ao erário – o seguinte Conceito Operacional[3] de prescrição: perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em face dos responsáveis por darem ensejo a ilícitos formais, gerada pela inércia das ações fiscalizatórias de controle ou paralisação do curso da instrução ou execução processual, destinadas à reparação do direito público violado. A prescrição em análise, pode ocorrer, dentre outras formas, pela não identificação da irregularidade ou pela omissão na apreciação das demandas dentro dos períodos de tempo razoavelmente definidos em lei.

Noutro ponto, indique-se que a prescrição é matéria de ordem pública; e, segundo o disposto no art. 487, II, do Código de Processo Civil (CPC), o juiz resolverá o mérito decidindo sobre ela, *ex officio*, ou a requerimento das partes. A previsão em voga também é perfeitamente aplicável, subsidiariamente, à atividade administrativo-jurisdicional do TCE/RO, a teor do definido no art. 99-A da Lei Complementar n. 154/1996, bem como pela nova sistemática do Direito Processual Civil, encetada nos artigos 1º, 4º, 6º, 139, II, do CPC, os quais seguem as normas e os valores elementares estabelecidos no texto constitucional, garantindo-se as partes o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral, justa e efetiva do mérito.

Nesse viés, relativamente aos processos de análise de atos de pessoal pelas Cortes de Contas, o posicionamento pacificado no Supremo Tribunal Federal (STF) é de que [...] "a manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade" [...], a exemplo do delineado nas razões de decidir do Mandado de Segurança ns. 25116, 28074 e 26053.

Definidas essas premissas, cabe salientar que o instituto da prescrição encontra raízes na força normativa dos princípios de direito fundamental de 1ª dimensão, com matrizes no "neoconstitucionalismo", notadamente pela reaproximação do direito e da moral, dentre os quais se destaca a segurança das relações jurídicas e sociais.

Segundo Pimenta (2007, *on line*[4]) [...] "a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral da segurança das relações jurídicas" [...]. Nesse contexto, é um instrumento jurídico de força normativa cogente, destinado a assegurar a proteção do indivíduo contra os arbítrios do Poder Estatal, com a finalidade de vedar a eternização do direito de punir. Ainda, nas palavras do citado autor [...] "a prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode."

Perante esses ensinamentos, extrai-se que a insegurança e a incerteza, efetivamente, não podem se constituir em ameaças constantes aos homens como um equilibrar numa gangorra ou um caminhar sempre na direção de uma lança apontada diretamente sobre as partes mais vitais do corpo.

Nesse sentido, Ferrajoli (2015, p. 29), ao tratar do constitucionalismo garantista, defende que os princípios constitucionais de direito fundamental - como o são a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana - contêm normatividade constitucional forte, uma vez que se comportam como regras [...] "que consistem em proibições de lesão." [...]. Com isso, segundo o autor, o constitucionalismo garantista é sinônimo de Estado Constitucional de Direito. E, neste Estado, a teor do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não se permite insegurança e incerteza contínuas e constantes numa espécie de tortura perpétua, como forma de penalização psicológica

do indivíduo que anseia pela solução de suas demandas.

Ademais, conclui-se que a prescrição contribui para obstar a busca por resultados infrutíferos; e, longe de fragilizar a atuação dos Tribunais de Contas, a positivação e a aplicação desse instituto jurídico refletirá na apreciação dos processos de forma célere, eficiente e dentro de prazo razoavelmente determinado na forma do direito legislado, principalmente no seio daquelas Cortes de Contas que já implementaram o sistema informatizado do processo eletrônico, tal como o TCE/RO[5].

2 AVANÇOS DA APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Ao tratar da temática prescrição, um dos primeiros julgados do TCE/RO constou do Processo n. 1115/1995-TCE/RO, no qual, por meio do Acórdão n. 5/2005, uma vez considerada a **ausência de norma do Estado de Rondônia a regular a matéria**, firmou-se entendimento no sentido de que os atos ilícitos de que resultem danos ao erário são imprescritíveis, nos exatos termos do comando constitucional entabulado no art. 37, § 5º, da Constituição Federal (imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento); e, por outro lado, os atos tido por ilícitos dos quais não resultem danos ao erário, irregularidades formais, prescreveriam no prazo de 10 (dez) anos, na forma do texto normativo inserto nos artigos 205 e art. 202, I, do Código Civil (prescrição da pretensão punitiva).

A questão disposta no julgado sobreposto, entrementes, permaneceu por muitos anos sem efetiva consolidação. Nessa linha, apenas em setembro de 2014, por meio da Decisão n. 193/2014/GCESS, proferida nos autos do Processo n. 1115/1995-TCE/RO, da relatoria do Conselheiro Edilson de Sousa Silva, voltou-se a discutir sobre a necessidade da Corte de Contas do Estado de Rondônia firmar entendimento sumular sobre a aludida matéria.

No referido julgado, com substrato jurídico no Decreto n. 20.910/1932, também foi estabelecido o prazo de 5 (cinco) anos – contados entre o trânsito em julgado do acórdão do TCE/RO e a efetiva execução da pena – como marco temporal para baixa de responsabilidade do responsável imputado em sanção (prescrição da pretensão executória); e, dessa maneira, acabou-se por se reconhecer uma das primeiras modalidades de prescrição pacificadas na jurisprudência da mencionada Corte.

Ainda, por meio da citada decisão, determinou-se a autuação de processo destinado a regulamentar a assunto (Processo n. 3425/2014-TCE/RO), no qual o Relator, Conselheiro Benedito Antônio Alves, apresentou proposta de decisão para firmar enunciado sumular[6] sobre a tese jurídica prescricional.

Após pedido de vista formulado pelo Revisor, Conselheiro Paulo Curi Neto, **estabeleceu-se a divergência, no que concerne aos motivos determinantes do citado enunciado sumular, como meio adequado para regulamentar a questão**. Cenário em que, diante dos novos detalhamentos e contornos delineados para que houvesse a adequada aplicação da prescrição, foi aprovada a Decisão Normativa n. 5/2016/TCE/RO, a qual previa prazos prescricionais distintos de 5 ou 8 (oito) anos, a depender da sanção sofrida pelo responsabilizado.

Em complemento, também na mencionada Decisão Normativa, houve a definição de marcos de contagem de prazos diferenciados, segundo a natureza da demanda, com a fixação de termo interruptivo; e, ainda, a reafirmação da tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário, a teor da parte final do texto normativo encetado no *§ 5º do art. 37, da* Lei Fundamental.

Posteriormente, em análise de Direito de Petição, no Acórdão n. 380/2017-Pleno, Processo n. 1449/2016-TCE/RO, da Relatoria do Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, o TCE/RO decidiu por firmar proposta de Incidente de Uniformização de Jurisprudência para afastar os efeitos jurídicos do aludido ato infralegal, bem como reconhecer a incidência da prescrição da pretensão punitiva (5 anos), inclusive a intercorrente (3 anos), com as causas inicial, suspensivas e interruptiva veiculadas nos artigos 1°, 2° e 3° da Lei n. 9.873/1999, posto que STF, no Mandado de Segurança (MS) n. 32.201/DF, defendeu a aplicabilidade jurídica da citada lei em caso idêntico analisado pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Em seguida, o Ministério Público de Contas (MPC) interpôs Recurso de Reconsideração em face do Acórdão n. 380/2017-Pleno, no entanto, a teor dos termos do Acórdão APL-TC n. 75/2018, Processo n. 3682/2017-TCE/RO, da Relatoria do Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, o Plenário do TCE/RO julgou pelo não conhecimento do recurso. Porém, ainda assim, houve a análise de mérito da petição ministerial, momento em que o referido Tribunal reconheceu a incidência, por analogia *legis*, da norma jurídica inserta nos artigos 1°, 2° e 3° da Lei n. 9.873/1999.

No mais, a Corte de Contas deliberou por manter os termos do acórdão recorrido, exceto o item VI, o qual foi considerado nulo e excluído, por não atender às formalidades processuais, pois se firmava a tese por meio de enunciado sumular em caso concreto, de modo que **restou proposta da regulamentação da matéria alhures, em processo apartado, na forma de Decisão Normativa**, a ser elaborada tendo como parâmetro substancial a redação do próprio item VI do Acórdão n. 380/2017-Pleno.

Inclusive, nesse julgado, sobressai-se a reafirmação do entendimento pela prescrição da pretensão punitiva, com prazo quinquenal, com subsídio nos artigos 1°, 2° e 3° da Lei n. 9.873/1999; e, sobretudo, a confirmação da tese jurídica da prescrição intercorrente, diante da rejeição da questão de ordem levantada pelo *Parquet* de Contas.

Por fim, até a data de conclusão deste artigo, **a matéria pende de positivação ou regulação pelo TCE/RO**, permanecendo inconcluso o Processo n. 3447/2017-TCE/RO, que tratava da proposição do enunciado sumular, em razão do que foi disposto no Acórdão APL-TC n. 75/2018, no qual se decidiu que a supracitada matéria seria disciplinada por ato infralegal denominado de Decisão Normativa, com a instauração de novo processo, razão a qual leva a crer que aqueles autos serão julgados extinto, sem resolução de mérito.

Diante do histórico sobreposto, afere-se que nos últimos anos o TCE/RO avançou bastante quanto ao tema da prescrição, tendo pacificado a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento; reconhecido a prescrição da pretensão punitiva, com prazo quinquenal, na forma e nos prazos delineados Lei n. 9.873/1999, com base em julgado do STF; estabelecido os parâmetros da prescrição da pretensão executória; e, firmado o posicionamento por acatar a prescrição intercorrente.

Porém, entende-se que *há espaço* jurígeno para um avanço maior da atuação do referido Tribunal, o qual poder*á propor ao Parlamento Estadual a* normatização da matéria por lei, em sentido estrito, para conferir a clareza e a objetividade necessárias *à* compreensão adequada e precisa das situações que incidem a prescrição, com a definição legal dos prazos exordiais e marcos suspensivos e interruptivos, o que será proposto ao final deste estudo.

2.1 Imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento

Inicialmente, esclareça-se que é firme o posicionamento do TCE/RO pela imprescritibilidade de vícios que causem danos ao erário (art. 37, § 5º, da Constituição Federal), seguindo-se a linha do entendimento firmado há mais de 13 (treze) anos, a teor do item I, "a", do Acórdão n. 5/2005, passando pela deliberação constante do art. 4º da Decisão Normativa n. 5/2016-TCE/RO[7], até os atuais julgados do Tribunal, mediante o Acórdão n. 380/2017-Pleno e o Acórdão APL-TC n. 75/2018.

No TCU, a matéria consta no Enunciado de Súmula n. 282, com a seguinte redação: "as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis".

Em pesquisa aos entendimentos consolidados no TCE/RO, observa-se o Enunciado de Súmula n. 9/TCE/RO[8], que tratou da prescrição quinquenal reconhecida pelo Poder Judiciário na ação de execução fiscal, sendo definido que ela não gera o efeito administrativo de quitação de débito imputado por aquela Corte, mantendo obrigada a Administração Pública a dar continuidade à cobrança, em face da imprescritibilidade das ações de ressarcimento e pelo risco do cometimento de renúncia de receita.

Quanto à temática semelhante, na forma do Recurso Extraordinário (RE) n. 669069, o STF firmou tese por considerar que "é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". Entretanto, a Corte Constitucional não enfrentou as questões afetas aos danos causados ao erário por ilícitos administrativos sujeitos à atuação dos Tribunais de Contas. Com isso, restou pendente firmar o entendimento em torno da previsão da última parte do texto normativo constante no § 5º do art. 37, da Constituição Federal.

Com isso, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, fundada em decisão dos Tribunais de Contas, ainda não foi decidida pelo STF. Apesar disso, consoante informações colacionadas no RE 636886 RG, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da matéria, a qual hodiernamente é pendente de julgamento.

Diante do descrito, uma vez não enfrentada a supramencionada repercussão geral, permanece a regra da imprescritibilidade na pretensão de ressarcimento ao erário, decorrente das decisões dos Tribunais de Contas.

2.2 Prescrição da pretensão punitiva

Conforme tratado no histórico da prescrição no âmbito do TCE/RO, ao final de diversas discussões e deliberações da referida Corte, decidiu-se que o mencionado instituto jurídico deve ser regido segundo as disposições da Lei n. 9.873/1999, com base nos fundamentos jurídicos lançados pelo STF no MS n. 32201, o qual dispôs o seguinte:

> Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

A Lei n. 9.873/1999, com natureza jurídica de Norma Federal e não Nacional, regula tanto a prescrição da pretensão punitiva comum (propriamente dita) – que se dá pela decurso do lustro prescricional, contados da data da prática do ato ou fato – quanto à prescrição intercorrente – que

incide no prazo trienal, acaso ocorra à paralisação do procedimento de contas com pendência de julgamento ou despacho do órgão julgador, conforme ideado, respectivamente, no comando normativo insculpido no art. 1º, *caput*, e § 1º da mencionada legislação.

Por essa ótica, para fins didáticos, dividiu-se a análise da prescrição da pretensão punitiva em: prescrição comum (propriamente dita) e prescrição intercorrente.

2.2.1 Prescrição comum (propriamente dita)

A prescrição da pretensão punitiva, com efeito, gerou bastante discursão jurídica nos Tribunais de Contas. O TCU, por exemplo, permanece com o posicionamento de que se opera esta espécie de prescrição apenas após 10 (dez), anos contados da ocorrência da irregularidade, seguindo-se as diretrizes gerais dos artigos 189 e 205 do Código Civil, a exemplo do decidido nos Acórdãos n. 178/2018-Plenário e n. 10364/2017-Segunda Câmara, os quais tiveram por base o Acórdão n. 1441/2016-Plenário, em que foi firmado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nestes termos:

> INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL DAS SANÇÕES APLICADAS PELO TCU. SUBORDINAÇÃO AO PRAZO GERAL DE PRESCRIÇÃO INDICADO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL, CONTADO A PARTIR DA DATA DE OCORRÊNCIA DA IRREGULARIDADE [...] (BRASIL, 2016).

O acórdão transcrito é da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que, anteriormente ao julgado em tela, já havia defendido entendimento diverso, considerando que essa forma de prescrição deveria ser regida pelas normas de Direito Público Administrativo, que direcionam pela adoção do prazo prescricional quinquenal, tal como disposto no Acórdão n. 1314/2013-Plenário[9].

Neste viés, cabe aclarar que o TCU não se utiliza analogicamente ou de maneira integrativa dos disciplinamentos da Lei Federal n. 9.873/1999 para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, tendo uniformizado sua jurisprudência pela aplicação das disposições do Código Civil.

A jurisprudência uniformizada no TCU, contudo, foi objeto de questionamento no STF, o qual na *ratio decidendi* exarada no bojo do MS 32.201, como já disposto, entendeu que a prescrição da pretensão punitiva da Corte de Contas Federal é regulada integralmente pela Lei n. 9.873/1999 – seja em razão de interpretação e aplicação direta desta lei ou por analogia.

As razões jurídicas determinantes do precedente persuasivo – firmado pela Corte Constitucional pela aplicabilidade direta da Lei n. 9.873/1999, na alçada dos processos de controle externo levado a efeito no TCU – foram utilizadas para se criar o *leading case* relativo à prescrição da pretensão punitiva estatal aplicada ao TCE/RO[10], consoante o teor do Acórdão n. 380/2017-Pleno, confirmado pelo Acórdão APL-TC n. 75/2018.

Nesse particular, cabe menção aos fundamentos determinantes desse último voto, em que o Relator, Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, deixa bem claro que não se trata da Corte de Contas de Rondônia se submeter à deliberação do STF no citado MS, mas sim de acolher o entendimento jurídico bem lançado no referido julgado da Corte Superior, *in verbis*:

> [...] 136. Esta opção pela analogia com a Lei Federal n. 9.873/1999 não é motivada pela existência de precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal [...], [...] as razões de decidir no MS n. 32.201-DF enriqueceram a discussão com originalidade, suscitando solução muito próxima da ideal [...]. 138. [...] enquanto inexistir norma estadual tratando da prescrição [...], [...] a analogia com a lei federal é elogiável e mantém desejável uniformidade

no tratamento das questões controversas que se reúnem sob o ramo científico autônomo do direito administrativo. [...]. (RONDÔNIA, 2018).

Realmente, tal como disposto nesse Acórdão, as razões de decidir constantes do MS n. 32201 são plausíveis para a aplicabilidade da Lei n. 9.873/1999, por analogia *legis*, às demandas apreciadas pelo TCE/RO, isso porque, diante da ausência de lei Estadual que discipline acerca da matéria, compreende-se que ela contém a regulamentação mais adequada para a prescrição da pretensão punitiva, de modo a impedir que os responsáveis permaneçam sujeitos à aplicação de sanções administrativas indeterminadamente, em violação aos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana.

Considerando as normas de Direito Público Administrativo, dentre as quais, destacam-se: art. 1º do Decreto n. 20.910/1932; art. 1º da Lei n. 6.838/1980; art. 23, II e II da Lei n. 8.429/1992 c/c art. 179, III, da Lei n. 68/1992; art. 46 da Lei n. 12.529/2011, e, substancialmente, o art. 1º da Lei n. 9.873/1999, compreende-se que o prazo de 5 (cinco) anos, de modo geral, é o mais adequado à espécie, tanto que já havia sido previsto no art. 1º da Decisão Normativa n. 5/2016-TCE/RO[11], com efeitos superados pelos Acórdãos 380/2017-Pleno[12] e APL-TC n. 75/2018-TCE/RO, mas que preservaram o entendimento pela aplicação do prazo quinquenal.

Quanto aos marcos exordiais de contagem de prazo e às causas interruptivas e suspensivas, na linha do decidido nesses últimos julgados do TCE/RO, também se infere que devem ocorrer conforme a exegese extraída da Lei n. 9.873/1999, principalmente para se evitar inovações legislativas pelos julgadores decorrentes da conjugação de regramentos previstos noutros diplomas legais, em prejuízo ou benefício aos responsáveis; e, ainda, para que se tenha uma base objetiva e clara que revele um mínimo de certeza nas formas de contagem dos versados prazos.

Diante do exposto, é possível concluir que o TCE/RO avançou bastante no que concerne à temática em estudo, pois, na omissão legislativa do Estado de Rondônia, como garantia aos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana, passou a utilizar, em integração analógica *legis*, os regramentos da Lei n. 9.873/1999, segundo o precedente persuasivo encartado no MS n. 32201, para adotar o posicionamento pela prescrição da pretensão punitiva.

2.2.2 Prescrição Intercorrente

Os aspectos principiológicos e normativos da prescrição da pretensão punitiva comum (propriamente dita), tratada no tópico anterior, são aplicáveis à prescrição intercorrente, com a diferenciação de que nesta o momento processual de incidência *é* ainda menor, qual seja, 3 (três) anos, segundo o comando normativo inserido no § 1º do art. 1º da Lei n. 9.873/1999, que, como já ressaltado, foi adotada como parâmetro integrativo para as deliberações do TCE/RO, no que concerne ao presente assunto.

Em matéria de prescrição intercorrente, o Acórdão n. 380/2017-Pleno[13] também foi o marco divisor e inovador da aplicação desse instituto jurídico, dele decorrendo outros julgados do TCE/RO, tal como o Acórdão - AC1-TC n. 1478/2017, Processo n. 2140/2012-TCE/RO, senão vejamos:

[...] PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR MAIS DE TRÊS ANOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARQUIVAMENTO. 1. Em que pesem as irregularidades formais que foram detectadas no curso da instrução processual, **os autos ficaram paralisados**

> **em setor deste Tribunal de Contas por mais de 3 anos. Portanto, incide na hipótese a prescrição intercorrente**, nos termos do Acórdão 380/17, de 17.08.2017, proferido no Processo n. 1449/2016. (RONDÔNIA, 2017, grifo nosso).

Com efeito, vislumbra-se que o reconhecimento da prescrição intercorrente afasta a pretensão punitiva levado a cabo pela omissão do exercício do Controle Externo sobre os ilícitos formais decorrentes da irregular função administrativa, nos casos em que o processo permanece – imotivadamente paralisado – por mais de 3 (três) anos, sem haver o curso normal da instrução processual, mediante despacho ou decisão da Corte de Contas, ou seja, essa espécie de prescrição também se funda na inércia da atuação do órgão julgador.

Em face de uma análise mais acurada sobre o assunto, cabe destacar os cuidadosos fundamentos lançados pelo Relator do Acórdão APL-TC n. 75/2018-TCE/RO, Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, para justificar o porquê dos regramentos de Direito Processual Civil não serem capazes de dispor, precisa e suficientemente, sobre a prescrição intercorrente, adequando-se este instituto à esfera de atuação dos Tribunais de Contas, cuja persecução se encontra mais aproximada aos ditames do Direito Penal, com a peculiaridade de serem as próprias Cortes de Contas responsáveis por toda a instrução, condução e julgamento dos feitos de suas alçadas, veja-se:

> [...] 104. Na modalidade intercorrente, a prescrição [...] não se aplica ao procedimento cível de conhecimento, em decorrência do impulso oficial: [...] 106. [...] neste Tribunal de Contas, a situação é substancialmente diferente: via de regra, a iniciativa para deflagrar a fiscalização, a atribuição para praticar atos instrutórios e a competência para julgar, **todas**, recaem sobre o ente público representante da vontade estatal – à similaridade do Direito Penal, onde se admite a prescrição intercorrente. [...]. (RONDÔNIA, 2018).

Nessa perspectiva, verifica-se que, por um lado, o Direito Processo Civil depende de iniciativa das partes da relação processual, as quais, acaso se mantenham inertes, por determinado período de tempo, podem dar ensejo ao arquivamento do processo, sem haver a resolução do mérito, em prejuízo as suas próprias pretensões, conforme o disposto no art. 485, II e III, §§ 1º e 2º, do CPC.

Doutro lado, a pretensão punitiva das Cortes de Contas, no que concerne aos ilícitos administrativos, é exercida – como regra – *ex officio*, ainda que terceiros possam provocar a instauração de processos de contas, a exemplo do uso dos instrumentos das Denúncias e Representações. Ademais, os impulsos oficiais instrutivos e decisórios são dados pelo próprio órgão de Controle Externo da função administrativa ao longo do curso processual, tendo-se, dessa maneira, o completo controle da duração razoável, ou não, dos procedimentos de sua competência.

Assim, os Tribunais de Cotas acabam por acumular as funções de fiscalização, instauração, instrução e julgamento das matérias afetas as suas competências institucionais e constitucionais, razão pela qual não podem permanecer inertes, em benefício próprio, pois dispõem de todo o aparato administrativo e jurígeno para o fiel desempenho de seus deveres fiscalizatórios.

Nesse viés, a omissão das Cortes de Contas não pode servir como garantia de perpetuação do Poder Punitivo Estatal, em detrimento aos jurisdicionados, sob pena de violação aos caríssimos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana, os quais são revertidos pelo manto das cláusulas pétreas constitucionais.

Diante dessa conjuntura, ainda quanto à prescrição intercorrente, é pertinente transcrever fragmentos das razões de decidir lançadas no Acórdão APL-TC n. 75/2018. Veja-se:

[...] “esta relatoria tem firme entendimento de que a prescrição, em sua modalidade intercorrente, é medida extremamente necessária para tornar o processo de controle mais compatível com a segurança jurídica”.

Nessa linha *fática e jurídica, v*islumbra-se como justificável a utilização do instituto da prescrição intercorrente pelo TCE/RO, conforme colacionado no Acórdão n. 380/2017-Pleno, posteriormente confirmado pelo Acórdão APL-TC n. 75/2018, que direcionaram pela a aplicabilidade do vertente instituto, conforme os regramentos da Lei n. 9.873/1999, sem, todavia, desprezar a concepção de que a melhor técnica seria a positivação de todo o assunto, por meio de legislação estadual, tal como exigido na primeira parte do § 5º do art. 37 da Carta Cidadã.

2.3 Prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória também foi pacificada no TCE/RO, a exemplo do definido no Acórdão n. 19/2016-2ª Câmara, Processo n. 297/1990/TCE/RO; no Acórdão n. 20/2016-2ª Câmara, Processo n. 286/2013/TCE/RO[14]; e, no Acórdão n. 411/2015-2ª Câmara, Processo n. 678/1986/TCE/RO. A propósito, transcreve-se excerto da ementa deste último julgado:

> EMENTA: [...] Transcorridos 27 (vinte e sete) anos da imputação da multa sem haver a efetiva cobrança do crédito, **a baixa da responsabilidade irrogada ao agente em tela, ante a prescrição, é medida juridicamente recomendável, consoante remansosa jurisprudência deste Tribunal de Contas,** ressalvado, todavia, o débito imputado. (RONDÔNIA, 2015, grifo nosso).

Frente ao disposto, compreende-se que a prescrição da pretensão executória ocorre diante da comprovação do transcurso de lapso igual ou superior a 5 (cinco) anos – entre a data do trânsito em julgado da decisão da Corte de Contas e a ausência da adoção de medidas administrativas ou judiciais para execução da pena – de modo a ensejar a baixa de responsabilidade daquele imputado em sanção, geralmente de natureza pecuniária.

No ponto, pode-se destacar o item I da Decisão n. 193/2014/GCESS, que, ao tempo que dispôs sobre a necessidade do TCE/RO firmar entendimento sumular sobre a prescrição da pretensão punitiva, aplicou o instituto da prescrição da pretensão executória, dando-se baixa à responsabilidade do Agente Público imputado em sanção pecuniária. Extrato:

> [...] I – Baixar a responsabilidade de (*omissis*) relativa à pena de multa consignada no item II do Acórdão n. 05/2005 (fls. 336/337), **em decorrência da prescrição ante o prazo quinquenal** estabelecido pelo Decreto n. 20.910/32; [...]. (RONDÔNIA, grifo nosso).

Em atenção ao descrito, observa-se que a prescrição da pretensão executória é fundamentada no Decreto n. 20.910/32, que regula a prescrição com prazo de 5 (cinco) anos. No mais, saliente-se que, em interpretação ao enunciado da Súmula n. 9/TCER, também é possível extrair a possibilidade da prescrição executória com prazo quinquenal, no que concerne às sanções que decorram de ilícitos formais, não sendo permitido à Administração Pública deixar de se utilizar dos meios ordinários para a cobrança de débitos originados por ilícitos administrativos danosos ao erário, sob pena de violar o princípio constitucional da imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

3 A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Ao longo desta pesquisa, foram analisados os importantes avanços que o TCE/RO alcançou em matéria de prescrição, desde o precursor Acórdão n. 5/2005, passando por deliberações em casos concretos, os detalhamentos da Decisão Normativa n. 5/2016-TCE/RO, até os hodiernos precedentes (Acórdão n. 380/2017-Pleno e do Acórdão APL-TC n. 00075/2018).

Nesse particular, percebe-se que o TCE/RO se posiciona como uma Corte ainda mais garantista que outros Tribunais de Contas, na factual concretização dos direitos fundamentais constitucionais, mormente pela preservação dos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana, de modo a densificar o entendimento pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento (parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Republicana), bem como por pacificar a sua jurisprudência, no sentido de reconhecer a prescrição da pretensão executória, na linha do Decreto n. 20.910/1932 e da Súmula n. 9/TCE/RO, e, ainda, adotar a prescrição da pretensão punitiva, na forma comum (propriamente dita) e intercorrente, segundo os regramentos da Lei n. 9.873/1999 e o precedente persuasivo do STF no MS n. 32201.

Nessa ótica, o presente estudo propõe a normatização da prescrição, em contribuição aos avanços já implementados pelo TCE/RO quanto à matéria *sub examine*, com o desiderato de que haja a continuidade e o aprimoramento dos métodos instrutivos e das razões de decidir da mencionada Corte, diante da fixação de marcos temporais exordiais, suspensivos e interruptivos determinados e certos, em atenção aos princípios da legalidade e segurança jurídica.

Em relação à segurança *jurídica proporcionada pela l*ei, são precisas as lições de Peces-Barba (2010, p. 156), o qual indicou que as normas jurídicas produzem certeza; e, quando em referência à prescrição justificou tratar-se da [...] "*la consolidación jurídica del tiempo que otorga relevancia jurídica a las situaciones temporales de hecho*[15]." Pelos ensinamentos do mencionado autor, afere-se a imperiosa necessidade de que os prazos prescricionais sejam definidos especificamente no ordenamento jurídico, por tratar-se de instrumento normativo capaz de assegurar a clareza, a objetividade e a certeza das situações jurídicas que se consolidaram no tempo.

Nessa perspectiva, mostra-se mais acertada a inserção, no universo jurígeno, de lei que trate da matéria, sendo razoáveis os prazos de 5 (cinco) e 3 (três) anos, respectivamente, para a incidência da prescrição comum (propriamente dita) e a intercorrente, uma vez que, conforme ensina o aludido Autor (2010, p. 156) tratam-se de [...] "*plazos que abren o cierran posibilidades para aplicar una norma o para que sea alegada en defensa de un derecho, de un interés o de una situación*". E, nessa condição, acaso concretizada no mundo fático, é salutar o seu reconhecimento, como dever jurídico do Tribunal de Contas, por força normativa constitucional, e norteadora das defesas dos direitos fundamentais de 1ª dimensão dos indivíduos, em face da descomunal força punitiva estatal.

Nessa conjuntura jurisprudencial e doutrinária, retornando à questão da adequação dos instrumentos formais de normatização da prescrição, é importante salientar que, segundo o descrito no item VII do Acórdão APL-TC n. 75/2018, o TCE/RO busca regulamentar a matéria, mediante ato infralegal, pois determinou a atuação de processo para que o assunto seja disposto em Decisão Normativa, a qual terá por base os aspectos substanciais encampados na redação do item VI[16] do Acórdão n. 380/2017-Pleno.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

Com efeito, a solução em voga, de certo, evidencia-se mais acertada se comparada à emissão de enunciado sumular – originário, ou não, do entendimento firmado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência fixado no Acórdão n. 380/2017-Pleno. No entanto, independentemente do instrumento jurídico proposto (enunciado sumular, Decisão Normativa, ou quaisquer regulações de igual envergadura), *é* importante assinalar que somente a lei, em sentido estrito, suprirá a deficiência do atual vácuo normativo, motivo pelo qual a apenas ela deve dispor sobre a prescrição, não cabendo sua regulação por outra espécie de ato infralegal.

Assim, o avanço proposto é justamente na forma de positivação do instituto da prescrição para que seja observado o dever constante da primeira parte da redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, o qual dispõe o seguinte: "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário" [...]. (Grifo nosso).

Quanto a essa questão, o Ministro do TCU, Walton Alencar Rodrigues, ao proferir o voto no Acórdão n. 1314/2013-Plenário, dispôs que: "a partir do expresso texto constitucional, regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal". Em complemento, o citado Ministro justificou que a prescrição somente pode ser legitimamente instituída por lei, não podendo o julgador fazê-lo voluntariamente. E, ao final, complementou Rodrigues:

> [...] **não é, aliás, por simetria com outros diplomas legais, atinentes à relação entre o Estado e o administrado, que se suprem lacunas, em esferas constitucionalmente reservadas à lei**. Muito menos mediante a adoção de eventuais precedentes jurisprudenciais. [...] **Os grandes méritos das normas processuais do TCU residem na sua simplicidade**, que é exatamente o que permite a presta resolução dos processos, sem prejuízo à ampla defesa e às demais garantias constitucionais. (BRASIL, 2013).

Em termos de prática e celeridade processual, são bem relevantes as argumentações do referido Ministro, que finaliza o seu voto indagando sobre as dificuldades do setor jurídico do TCU, que processa exordialmente as demandas, quanto ao elevado número de petições que levantam preliminares relativos à prescrição.

Por essas lições, inicialmente, não se questiona a proposição realizada no Acórdão APL-TC n. 75/2018, voltada a regulamentar a matéria por meio de Decisão Normativa, pois, nesses casos, Meirelles (1986, p. 381) [...] defendeu que: "na ausência de lei especial que fixe o prazo prescricional das sanções administrativas aplicáveis é de se recorrer, por analogia, à norma mais próxima dessas sanções".

Com isso, enquanto não publicada lei dispondo sobre a prescrição, a citada normatização administrativa do TCE/RO poderá se constituir em razoável instrumento jurídico de decisão, sendo essa uma opção melhor se comparada à omissão regulatória, caso em que – na forma do art. 4º da Lei de Introdução *às* normas do Direito Brasileiro[17] – os Conselheiros não poderiam se furtar de decidir; e, para tanto, teriam que se valer da analogia em integração normativa.

Nesse viés, ainda que se regule, internamente, a prescrição por Decisão Normativa do TCE/RO, permanecerá o vácuo decorrente da ausência de legislação em sentido estrito, o que acaba por não solucionar plenamente a questão, remanescendo-se a possibilidade da proposição de ação

direta de inconstitucionalidade por omissão ou, até mesmo, de mandado de injunção, tal como prudentemente arrazoado pelo MPC, no bojo do Processo n. 3447/2017-TCE/RO, quando defendeu que a matéria deveria ser devidamente positivada, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição Federal.

Inclusive, corroborando a primeira premissa do MPC, que tratou da ausência de lei sobre a matéria, cabe anotar que o próprio Relator do Recurso de Reconsideração, Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, nas razões jurídicas do Acórdão APL-TC n. 75/2018, reconheceu que por decorrência expressa de comando constitucional citado [...] "devem ser estabelecidos por lei própria os prazos prescricionais que correm em desfavor das pretensões punitivas dos órgãos fiscalizadores" [...], o que abrange o Tribunal de Contas.

O Relator também deixou bem claro ter anuído com os argumentos jurídicos lançados pelo Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, para entender que [...] "não só é adequado, mas desejável que" o "Tribunal de Contas se valha da Lei Federal n. 9.873/1999 se e enquanto inexistir norma estadual" [...]. (Grifo nosso).

Com isso, frente ao conteúdo do item VI do Acórdão n. 380/2017-Pleno, o qual restou anulado apenas por impropriedade procedimental, compreende-se que o TCE/RO perfilha do entendimento de que é adequado integrar, por analogia *legis*, a Lei n. 9.873/1999 nas apreciações e julgamento levado a cabo pela Corte de Contas de Rondônia.

Essa adequação fenomenológica, no entanto, apenas e tão somente pode ser utilizada pelo tempo estritamente necessário para a aprovação, sanção, promulgação e publicação de legislação que disponha sobre a temática em exame, suprindo a lacuna normativa existente, haja vista que as leis gerais vigentes, as quais regulam o processo administrativo no Estado de Rondônia, não cuidam da prescrição no campo do Direito Administrativo Sancionador.

Nessa linha, o texto do Projeto de Lei, à guisa de sugestão, poderá ter por base a mesma matéria que seria versada na Decisão Normativa, a teor do aspecto material relativo à prescrição delineado no item VI do Acórdão n. 380/2017-Pleno, e que seu *ratio decidendi* e o seu *obiter dictum* (com as observações dos fundamentos constantes no Acórdão n. 75/2018-Pleno) servirão de norte para as atuais e futuras demandas submetidas ao Tribunal de Contas.

A necessidade de definição da prescrição em lei fica mais evidente, quando se pesquisa o atual conjunto juspositivista de várias Cortes de Contas do País, em que se identifica a existência da correta normatização deste instituto jurídico, a exemplo do que ocorreu nos Estados de: Goiás (art. 107-A da Lei Orgânica n. 16.168/2007, acrescido pela Lei n. 17.260/2011); Espírito Santo (art. 71 da Lei Complementar n. 621/2012); Mato Grosso do Sul (art. 62 da Lei n. 160/2012); Pernambuco (art. 73, § 7º, da Lei n. 2.600/2004); Rio Grande do Norte (artigos 111 a 116 da Lei Complementar n. 464/2012); Sergipe (art. 68 e 69 da Lei Complementar n. 205/2011); Minas Gerais, (artigos 110-A a 110-G da Lei Complementar n. 102/2008).

Reforça-se a proposta em questão porque a normatização da prescrição também propiciará a sociedade e os jurisdicionados parâmetros mais precisos, objetivos e claros relativos às situações de incidência; e, ainda, tendo em conta que será superada a omissão legislativa do Estado de Rondônia, afastando-se argumentos para a proposição de ações visando suprir a lacuna normativa.

Noutro ponto, a regulamentação da matéria em lei, além de concretizar a força normativa da

Constituição, também é medida que guarda coerência com o sistema jurídico posto, porque, se a criação de sanção depende de lei – tendo em conta que não há pena sem previa cominação legal, na forma do art. 5º, XL e XLVI, da Constituição Federal[18] – a causa extintiva, pela incidência da prescrição, por simetria e paralelismo das formas, igualmente devem constar de instrumento jurídico normativo dotado de mesma hierarquia, motivo pelo qual se realça a importância da normatização do instituto da prescrição para as deliberações do TCE/RO.

Posto isso, com as devidas cautelas, o presente estudo deixa a título de colaboração, proposta para que o TCE/RO avance ainda mais, na presente temática, e se desincumba de provocar a atividade legislativa junto ao Parlamento Estadual, com a aspiração de ser normatizada, às inteiras, a matéria relativa à prescrição da pretensão punitiva. Dessa forma, vivendo-se num sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*) e não anglo-saxão (*Common Law)*, defende-se, peremptoriamente, a positivação da prescrição, conforme as balizadas da força normativa insculpida, *in casu,* na primeira parte do comando jurígeno do § 5º do art. 37 da Constituição Republicana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por base parâmetros constitucionais, legais, jurisprudências e doutrinários, os quais revelaram que a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória do Poder Público em face dos responsáveis por ilícitos formais.

Na pesquisa também foi efetivado um levantamento histórico da aplicabilidade da prescrição por parte do TCE/RO, momento em que foram analisados: o precursor Acórdão n. 5/2005; a Decisão Normativa n. 5/2016/TCE/RO; os Acórdãos n. 380/2017-Pleno e APL-TC n. 75/2018; a Decisão n. 193/2014/GCESS; e, ainda, a Súmula n. 9/TCE/RO, nos quais abordou-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento; a prescrição da pretensão punitiva (comum ou propriamente dita e intercorrente); e, por fim, a prescrição da pretens*ão* executória.

Em continuidade, passou-se a dispor sobre a normatização da prescrição, ponto no qual restou aferido que o TCE/RO, a teor do item VII do Acórdão APL-TC n. 75/2018, buscará regulamentar a matéria utilizando-se de Decisão Normativa. Nessa ótica, indicou-se que, a solução em voga, de certo, *é mais* acertada se comparada à emissão de enunciado sumular, porém, que somente a lei, em sentido estrito, suprirá a deficiência do atual vácuo normativo.

A título de reforço *à* proposição em tela, foram colacionados exemplos de normatização da prescrição noutros Estados brasileiros, indicando-se que, se as sanções dependem de lei anterior – por simetria e paralelismo – as causas de extinção delas também devem constar de instrumento jurídico de hierarquia equivalente. Nesta senda, justificou-se que, com a positivação da prescrição, os indivíduos terão maior clareza das situações em que ela incide; ademais, será superada a omissão legislativa.

Assim, de maneira complementar, compreendeu-se que o próprio texto do Projeto de Lei, que se propõe seja submetido à ALE/RO, poderá ter por base o aspecto material da prescrição já delineado no item VI do Acórdão n. 380/2017-Pleno, sendo que o Incidente de Uniformização de Jurisprudência fixado nesse acórdão poderá servir de norte às razões de decidir da Corte de Contas, com a integração analógica da Lei n. 9.873/1999 e a aplicação dos fundamentos do MS n. 32201, até que o citado projeto possa ser aprovado, com a entrada em vigor da nova legislação.

Por fim, em resposta ao questionamento inicial da pesquisa, concluiu-se que o TCE/RO pode

aplicar a prescrição, nos casos submetidos a sua apreciação ou julgamento, segundo a jurisprudência já uniformizada, ou mesmo por Decisão Normativa, porém, que constitui dever constitucional e boa prática jusfilosófica que a matéria seja disposta, às inteiras, em lei a ser promulgada e publicada pelo Governador do Estado, de acordo com os cânones constitucionais veiculados na primeira parte do § 5º do art. 37 da Lei Fundamental. Posto isso, a título de contribuição, propõe-se que o TCE/RO submeta Projeto de Lei à ALE/RO, podendo, inclusive, prevê que o assunto integre o texto da Lei Complementar n. 154/1996.

---

[1] Formatação *vide* item 5.3.3 da ABNT (NBR 14724, 2002), com estrutura definida no item 5, subitens 5.1, 5.2 e 5.3 da ABNT (NBR 6022, 2003).

[2] Conceito Operacional - COP proposto por adoção "que ocorre quando o Pesquisador utiliza como Cop aquele já elaborado por outro autor". Segundo PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, *id*. p.37.

[3] Conceito Operacional - COP proposto por composição "é aquele que resulta da elaboração do Pesquisador, seja pela utilização das ideias de outros [...], [...] combinadas com as do próprio Pesquisador". A teor do definido por PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**.12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.40.

[4] Citação direta de artigo sem paginação, conforme disposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG), no Manual de Normalização para o NITEG e o PPGCI da ECI-UFMG. Citação direta de texto sem paginação. Disponível em: <http://normalizacao.eci.ufmg.br/?Cita%E7%F5es: Diretas>. Acesso em: 13 fev. 2018.

[5] Ao caso bem ressaltou o Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello no parágrafo 152 do voto condutivo do **Acórdão APL-TC n. 75/2018**, Processo nº 03682/2017-TCER. [...] "a aplicação do art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.873/1999 pressupõe que a instância administrativa deste Tribunal de Contas realize ações (como mutirões, orientações e correições) visando **mitigar riscos operacionais capazes de ensejar novos casos de prescrição intercorrente**." [RONDÔNIA, 2018, grifo nosso].

[6] Proposta de Enunciado Sumular formulada pelo Conselheiro do TCE/RO, Benedito Antônio Alves, em síntese: prescrição da pretensão punitiva por parte desta Corte de Contas no tocante à imposição de multas é de 5 (cinco) anos, tendo como termo inicial o conhecimento pelo Tribunal da prática dos atos irregulares e eventual interrupção dar-se-á mediante a citação válida do responsável; enquanto a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de dano ao erário não podem estribar-se em toda e qualquer espécie de dano, mas naqueles decorrentes de conduta dolosa ou culposa, esta de natureza grave.

[7] No precursor **Acórdão n. 05/2005** o TCE/RO decidiu o seguinte: [...] I – Preliminarmente, na forma do artigo 173, inciso VI, alínea "f", do Regimento Interno, assentar o seguinte entendimento sumular versando sobre o Instituto da prescrição no âmbito deste Tribunal de Contas, tendo em vista a ausência de norma no âmbito estadual dispondo sobre o assunto; a) **Os atos ilícitos dos quais resultem dano ao erário <u>são imprescritíveis</u>, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal**; b) Os atos ilícitos dos quais não resultem dano ao erário prescrevem em 10 (dez) anos, cuja interrupção dá-se mediante o despacho da relatoria ordenando a definição de responsabilidade, na forma do artigo 205, combinado com o artigo 202, inciso I, ambos do Código Civil Brasileiro. [RONDÔNIA, 2005, Grifo nosso]. Já na **Decisão Normativa n. 005/2016/TCE-RO** restou reforçado que: [...] Art. 4.º **<u>São imprescritíveis</u>, nos termos do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal, as pretensões e ações visando ao ressarcimento do erário** público por danos decorrentes de atos ilícitos sujeitos ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas. [RONDÔNIA, 2016, grifos nossos].

[8] A **Súmula n. 9/TCER** dispõe que: "a prescrição quinquenal reconhecida judicialmente na ação de execução fiscal não gera o efeito administrativo de quitação do débito imputado pelo Tribunal de Contas em decorrência de dano causado ao erário, deve, pois a Administração Pública se utilizar dos meios ordinários para a cobrança, sob pena de violar o princípio constitucional da imprescritibilidade das ações de ressarcimento e o cometimento indevido de renúncia de receita. [RONDÔNIA, 2014].

[9] A teor dos fundamentos do **Acórdão n. 1314/2013-Plenário** o Ministro Benjamin Zymler havia defendido o seguinte: [...] 22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, **devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) <u>implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna</u>**, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, **penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas. 23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que <u>o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos</u>**, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da **<u>Lei 9.873/1999</u>** e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011. (BRASIL, 2013, grifos nossos).

[10] A jurisprudência do TCE/RO já se voltava para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com prazo quinquenal, com decisões mais firmes no ano de 2017, tal como se afere do Acórdão - AC1-TC n. 1486/17 – Processo n.

01044/16-TCER [...] I – CONHECER do Recurso de Reconsideração interposto por (*omissis*) para, no mérito, CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL, afastando-se a pena de multa imputada no Acórdão combatido, em decorrência do **reconhecimento da prescrição**. [...]. (RONDÔNIA, 2017, grifo nosso).

[11] A **Decisão Normativa n. 005/2016/TCER**, quanta a prescrição da pretensão punitiva comum ou propriamente dita, já reconhecia a prazo quinquenal, ainda que houvesse outro. Veja-se: [...] Art. 1.º A pretensão punitiva dos atos ilícitos sujeitos ao controle externo exercido por este Tribunal de Contas está sujeita à prescrição, após o decurso do prazo de: **I – 05 (cinco) anos**, no tocante à aplicação das sanções de: a) multa, prevista nos arts. 54 e 55 da Lei Complementar estadual n. 154, de 26 de julho de 1996; b) declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública estadual e municipal, prevista no art. 43 da Lei Complementar estadual n. 154, de 26 de julho de 1996. **II – 08 (oito) anos**, no tocante à aplicação da sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada no âmbito da administração pública [...]. (RONDÔNIA, 2016, grifo nosso).

[12] O Incidente de Uniformização de Jurisprudência quanto à prescrição da pretensão punitiva foi firmado no **Acórdão n. 380/2017-Pleno**, Processo n. 01449/16-TCER, em síntese: [...] **IV - PROPOR, de ofício,** com substrato jurídico no art. 85-A114, *caput*, do RI-TCE/RO, **o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, OUVINDO-SE** o Ministério Público de Contas, oralmente, **com espeque de espancar do mundo jurídico a dúvida razoável acerca de qual norma jurígena** (Decisão Normativa n. 005/2016/TCE-RO ou Lei n. 9.873/1999), conforme fundamentação precedente, em homenagem à efetividade e celeridade processual, tornar clarividente, **deve incidir seus efeitos normativos nas causas em que tenham por objeto a fulminação da pretensão punitiva estatal, pela ocorrência da prescrição**, uma vez que a atual jurisprudência deste TCE/RO tem seguido, rigorosamente os preceitos normativos veiculados na Decisão Normativa n. 005/2016/TCERO e, divergentemente, o Supremo Tribunal Federal firmou precedente persuasivo no bojo do MS n. 32.201/DF, pela aplicabilidade jurídica da Lei n. 9.873/1999, no que concerne à temática ora propugnada, no Tribunal de Contas da União, o que, aparentemente, pode ser utilizado, por analogia *legis*, ante a lacuna normativa, nos processos de contas em trâmite nesta Corte; **V – RECONHECER**, com espeque no § 1° do art. 85-B do RI-TCE/RO, **a Proposta de Incidente de Uniformização de Jurisprudência,** que ora se propõe (item IV deste Dispositivo), para o fim de afastar, na causa *sub examine*, os efeitos jurídicos irradiados pela Decisão Normativa n. 005/2016-TCER e **DECLARAR** a incidência (ante a lacuna normativa, no âmbito estadual, de preceptivo que trata sobre prescrição, nos processos de contas em trâmite neste Tribunal), no caso concreto, por analogia *legis*, **no que concerne à prescrição da pretensão punitiva**, veiculada nos arts. 1°, 2° e 3° da Lei n. 9.873/1999, dado que o Supremo Tribunal Federal firmou precedente persuasivo no bojo do MS n. 32.201/DF, pela aplicabilidade jurídica da referida Lei, com objeto idêntico ao ora examinado, no âmbito dos processos de contas do Tribunal de Contas da União, que, *mutatis mutadis*, pela força integradora da cláusula no art. 75 da CF/88, tem aplicação vertical nas Cortes Estaduais de Contas; [...]. (RONDÔNIA, 2017, grifos nossos).

[13] O Acórdão n. 380/2017-Pleno, Processo n. 01449/16-TCER, também foi o divisor de águas em termos de reconhecimento da prescrição intercorrente. Veja-se: II [...] CONHEÇO a irresignação, de ofício, como **matéria de ordem pública, dotada de efeitos transcendentais que ultrapassem os interesses subjetivos da causa**, sob o ponto de vista econômico, político, social e jurídico do peticionante, e, na parte conhecida, **CONCEDO A TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA, para o fim de JULGAR extinto o processo, com análise de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, c/c o art. 1° da Lei n. 9.873/1999, RECONHECENDO, por consectário lógico, a fulminação da pretensão punitiva deste colendo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia em face do** [*omissis*]**, consubstanciada na aplicação da multa no valor histórico de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), ante a INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE**, *in casu*, como *leading case*, porquanto o que se denotou, em essência, dos trâmites do Processo n. 1.215/2000-TCER, é que, axiologicamente, estes **ficaram paralisados por mais de 4 (quatro) anos, visto que o último marco interruptivo foi em 10.1.2005 – encaminhamento do feito ao DCADE –, sem que se tenha tido qualquer andamento juridicamente relevante, e o Relatório Técnico somente foi elaborado no dia 29.4.2009**, pela Secretaria-Geral de Controle Externo; [...] (RONDÔNIA, 2017, grifos nossos).

[14] No **Acórdão n. 019/2016 – 2ª Câmara**, Processo n. 0297/1990, tem-se o seguinte extrato: [...] 3. Quanto à multa aplicada no item III do Acórdão n. 45/2000-Pleno, veio aos autos informação da PGE noticiando a extinção da execução em fase de decisão judicial que conheceu da **prescrição quinquenal da multa imposta, assim há de se declarar a prescrição da referida multa com a devida baixa da responsabilidade do jurisdicionado**. [...]. [RONDÔNIA, 2016, grifos nossos]. Por sua vez, no **Acórdão nº 020/2016 – 2ª Câmara** - Processo nº 0286/2013//TCE/RO, dispôs-se: [...] 2. *In casu*, o juízo da Vara de Execuções Fiscais reconheceu a ocorrência da prescrição, ante o decurso do prazo de 5 anos, desde o trânsito em julgado do processo administrativo e a propositura da demanda. 3. Desse modo, **a baixa da responsabilidade da multa irrogada ao agente em tela, ante a prescrição quinquenal** decretada pelo Poder Judiciário, é medida juridicamente recomendável, consoante remansosa jurisprudência deste Tribunal de Contas, ressalvado, todavia, o débito imputado. UNANIMIDADE. [...]. [RONDÔNIA, 2016, grifos nossos].

[15] Tradução da primeira citação de Peces-Barba (2010, p. 156): a consolidação jurídica do tempo que dá relevância jurídica a situações de fato temporárias. Tradução da segunda citação do autor na mesma página: prazo que abrem ou fecham possibilidades de aplicar uma regra ou de ser alegada em defesa de um direito, um interesse ou uma situação.

[16] O item VI do Acórdão n. 380/2017-Pleno foi anulado e tornado sem efeito pelo Acórdão APL-TC n. 00075/18, por vícios processuais, porém a redação do referido item foi preservada para nortear a futura Decisão Normativa que o TCE/RO pretende aprovar. Abaixo colaciona-se o conteúdo do citado item: [...] APRESENTO, nos termos do art. 85-C, do RI-TCE/RO, o seguinte ENUNCIADO SUMULAR: SÚMULA N. ___/2017: "Aplica-se, por analogia legis, a norma jurídica inserta nos arts. 1°, 2° e 3° da Lei n. 9.873/1999, relativamente à prescrição da pretensão punitiva estatal no âmbito da atuação jurisdicional do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, até que sobrevenha superveniente legislação estadual normatizando a vertente temática jurígena, nos seguintes termos: I – **Prescreve em cinco anos** a pretensão

punitiva do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado; II – Incide **a prescrição intercorrente nos processos de competência constitucional do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia paralisados por mais de três anos**, pendentes de julgamento ou de despacho que contenha carga axiológica juridicamente relevante, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso; III – Quando o fato objeto da ação punitiva do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal, desde que a ação penal esteja devidamente instaurada; IV – **Interrompe-se a prescrição** da ação punitiva, individualmente, nos termos abaixo consignados: a) pela notificação ou citação válida do acusado; b) por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato; c) pela decisão condenatória recorrível; d) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito da Administração Pública; V – Suspende-se a prescrição durante a vigência do Termo de Ajustamento de Gestão". (RONDÔNIA, 2017, grifos nossos).

[17] Segundo o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". (BRASIL, 1942, grifo nosso).

[18] A Constituição Federal de 1988 dispõe que: [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [grifos nossos].

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: Informação e documentação - Artigo em publicação periódica científica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 14724**: Informação e documentação - Trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. **Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. **Lei n. 6.838, de 29 de outubro de 1980.** Dispõe sobre o prazo prescricional para a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada por órgão competente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6838.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. **Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999**. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 669069 ED**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8pjpar >. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. **RE 636886 RG**, Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 02/06/2016, Processo Eletrônico DJe-123 DIVULG 14-06-2016 PUBLIC 15-06-2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8pjpar >. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. **MS 32201**, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832201%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc7597m9>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. **MS 26053**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-096 DIVULG 20-05-2011 PUBLIC 23-05-2011 EMENT VOL-02527-01 PP-00010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826053%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydctbhkt>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. _____. **MS 25116**. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, Acórdão Eletrônico DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2825116%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j6kbk4j>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. _____. **MS 26053**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-115 DIVULG 13-06-2012 PUBLIC 14-06-2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yajzlrt7>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula TCU 282**: As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. _____. **Acórdão n. 1441/2016** – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. _____. **Acórdão n. 10364/2017** - Segunda Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. _____. **Acórdão n. 178/2018** – Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. _____. **Acórdão n. 1314/2013** – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 01 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo. Saraiva. V. 3. 2017, p. 698

ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar n. 621, de 08 de março de 2012**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/08/621_2012.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismos garantista como modelo teórico**. Tradução de Alexander Araújo de Sousa et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOIÁS. **Lei n. 16.168, de 11 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Disponível em:<www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2007/lei_16168.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n. 160, de 02 de Janeiro de 2012**. Dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/db/legislacaoServicoConsulta/272.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Prescrição da pena administrativa**, in Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. IX, 1986, p. 381.

MINAS GERAIS. **Lei Complementar n. 102, de 17 de janeiro de 2018**. Dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-novamin.html?tipo=LCP&num=102&comp=&ano=2008&texto=consolidado>. Acesso em: 30 mar. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**.12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. ***Diez lecciones sobre ética, poder y derecho***. *Madrid: Dykinson*, 2010.

PERNAMBUCO. **Lei n. 2.600, de 14 de junho de 2004**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/tce/Lei-Organica-atualizada_2015.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **A prescrição da ação punitiva do Tribunal de Contas da União**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 71, jan. 2007 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38992>. Acesso em: 30 mar. 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar n. 464, de 05 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Norte. Disponível em: <https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/Legislacao_site/download/Leis%20Complementares%20Estado%20RN/LC464-2012.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

RONDÔNIA. **Lei Complementar n. 68, de 09 de dezembro de 1992**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências. <http://www.tce.ro.gov.br/arquivoscms/CG/files/LC%20n_%2068%20-%20Regime%20jur%C3%ADdico%20dos%20servidores%20de%20RO%20-%20atualizada%20at%C3%A9%20LC%20794-2014(1).pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. **Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996**. Dispõe Sobre a Lei Orgânica do

Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/LeiComp-154-1996.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). **Acórdão n. 05/2005**, Processo nº 01115/95-TCE/RO. Relator: Conselheiro Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____._____. **Acórdão n. 411/2015 – 2ª Câmara**, Processo nº: 0678/1986/TCE/RO. Relator: Relator Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Disponível em:<http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01104_2016-3-8-13-21-41.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____._____. **Acórdão n. 019/2016 – 2ª Câmara**, Processo nº: 0297/1990/TCE/RO. Relator: Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01105_2016-3-9-13-24-28.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. _____. **Acórdão n. 020/2016 – 2ª Câmara**, Processo nº 0286/2013/TCE/RO. Relator: Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01105_2016-3-9-13-24-28.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____._____. **Acórdão n. 380/2017-Pleno**, Processo n. 01449/16-TCE/RO. Relator Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. _____. **Acórdão - AC1-TC n. 01486/17**, Processo nº 01044/16. Relator: José Euler Potyguara Pereira de Mello. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01474_2017-9-15-12-48-40.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. _____. **Acórdão - AC1-TC n. 01478/17**, Processo nº 02140/12– TCE-RO. Relator: José Euler Potyguara Pereira de Mello. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01474_2017-9-15-12-48-40.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____._____. **Acórdão APL-TC n. 00075/18**. Processo nº 03682/17-TCE/RO. Relator: Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____._____. **Decisão n. 193/2014/GCESS**, Processo nº 1115/1995-TCE/RO. Relator: Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Publicado no D.O.e-TCE/RO, nº 755, ano IV, de 18 de set. de 2014. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_00755_2014-9-18-12-21-38.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. _____. **Decisão Normativa n. 005/2016/TCE/RO**. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf.>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SERGIPE. **Lei Complementar n. 205, de 06 de julho de 2011**. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, e dá providências correlatas. Disponível em: <https://www.tce.se.gov.br/Docs%20Institucional/Lei_organica.pdf.>. Acesso em: 30 mar. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG. Manual de Normalização para o NITEG e o PPGCI da ECI-UFMG. **Citação direta de texto sem paginação**. Disponível em: <http://normalizacao.eci.ufmg.br/?Cita%E7%F5es: Diretas>. Acesso em: 03 abr. 2018.

A IMPORTÂNCIA DE UM SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CUSTOS NA MELHORIA DA QUALIDADE E TRANSPARÊNCIA DO GASTO PÚBLICO

Autor: Gilmaio Ramos de Santana*

---

* Auditor do Controle Interno Municipal (Cargo de provimento efetivo na Prefeitura do Município de Ji-Paraná/RO).

Ex-Servidor do Ministério Público do Estado de Rondônia.

Ex-Subcoordenador Nacional do Projeto de implantação do Sistema de Informações de Custos do Ministério Público (SICMP) aprovado pelo FNG (Forum Nacional de Gestão) do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

Ex-Integrante do GTCON/RO (Grupo Técnico de Padronização de Procedimentos Contábeis) no âmbito do Estado de Rondônia (Grupo 7 - Implementação do sistema de custos).

Formação Acadêmica: Bacharel em Ciências Contábeis pelo ILES/ULBRA – Ji-Paraná/RO.

Pós Graduação (em conclusão): Auditoria e Perícia pela FAEL.

Contador: CRC/RO 003474/O-3

Contato: auditoriajpr@gmail.com

Resumo:

O recente cenário fiscal brasileiro foi impactado por uma crise fiscal gerando forte pressão sobre o orçamento público e exigindo dos gestores públicos medidas de austeridade fiscal com metas sustentáveis alicerçadas na melhoria das finanças. Noutro giro, a sociedade assiste pavorosamente noticiários diários relativos a fraudes e corrupções no setor público, em grande parte o "*modus operandi"* de certos servidores públicos que levaram ao saque dos cofres públicos deu-se por elevar preços públicos e/ou contratações de serviços essenciais ao estado/empresas públicas em troca de benefícios espúrios. Nesse panorama - de declínio de arrecadação, com o consequente impacto sobre os gastos públicos, aliado ao clamor da sociedade por mais transparência das ações e gastos públicos – **se destaca o sistema de informações de custos como instrumento de melhoria da qualidade e transparência dos gastos públicos.**

Palavras chave: custos governamental. contabilidade governamental. governança pública. relatório gerencial de custos.

1 Introdução

O presente artigo **aborda o custo governamental sob o enfoque contábil**, em especial sobre as normas emanadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), discorre sobre a visão dos Tribunais de Contas, em especial, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), bem como sobre o modelo de apuração de custos do Governo Federal.

A contabilidade pública brasileira passa por um momento histórico, mormente quanto ao processo de convergência às normas internacionais (processo de adoção das normas internacionais de contabilidade em busca de informações padronizadas e de maior qualidade) **notadamente quanto ao resgate do patrimônio como objeto de estudo e mensuração**. A Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão central do sistema de contabilidade federal, e o CFC imbuídas nesse processo de convergência se destacaram por normatizarem procedimentos a fim de criarem condições necessárias para a efetiva implementação de uma nova cultura gerencial na gestão dos recursos públicos.

A construção de um sistema de informações de custos governamental, de base de dados confiável, é desafiadora, pois a complexidade envolve estruturar dados que geralmente estão alocados em sistemas estruturantes (sistemas de informações, podendo estar estruturados em formatos de planilhas eletrônicas ou software) "ilhados", não interligados, de bases e configurações diferentes, destarte o sucesso da construção de tal sistema depende de esforço conjunto da alta administração, dos gestores e servidores.

Além de sua implementação ser cogente **tal ferramenta**: **a)** auxilia os gestores nas tomadas de decisões do dia adia; **b)** serve de base para análises e recomendações de auditoria; **c)** serve de vetor de transparência das ações públicas, mormente quanto aos custos das entregas dos serviços públicos à sociedade e a consequente melhora da qualidade do gasto público; **d)** fornece relevantes informações aos órgãos de controle (interno, externo ou controle social); **e)** pode servir,

ainda, de fator decisivo quanto a julgamentos e apreciações de contas pelos tribunais de contas e oferecimento de denúncias pelo *parquet (*egrégio Ministério Público); **f)** dentre outros diversos.

É urgente e necessário no Brasil construir-se uma cultura de boa governança pública em que os dados e as informações de custos: sejam de livre acesso ao público; sejam utilizadas pelos gestores, controladores e auditores internos para fins de tomadas de decisão; sejam exigidos dos gestores, pelos Tribunais de Contas, a passarem a constar nas prestações de contas anuais em forma de relatório de custos com análise e parecer de servidores efetivos contadores e auditores internos; sejam disponibilizados, pelos Tribunais de Contas, em forma de indicadores de custos provenientes de seus custos e de seus jurisdicionados possibilitando à sociedade realizar comparações de custos entre unidades e/ou objetos de custos equivalentes.

2 Obrigatoriedade de apurar custos no setor público

No Brasil a obrigatoriedade de se apurar custos governamental é de longa data, se observa no **art. 85 da (Lei Complementar nº 4.320, 1964)**, que dentre os serviços de contabilidade governamental, consta que eles deverão ser organizados de forma a permitirem **a determinação dos custos dos serviços industriais.**

Encontra-se estabelecido no **art. 79** do (**Decreto-Lei nº 200, 1967**) que a **contabilidade governamental deverá apurar os custos dos serviços de forma a evidenciar os resultados da gestão**.

O (**Decreto nº 93.872, 1986**), ao dispor sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, fez constar em seu art. 137, a incumbência pela contabilidade governamental, de apurar o **custo dos projetos e atividades** de forma a **evidenciar os resultados da gestão**, definindo consequências ao gestor por ausência de informação, nos termos:

> Art. 137. A contabilidade deverá apurar o custo dos projetos e atividades, de forma a evidenciar os resultados da gestão.
> § 1º A apuração do custo dos projetos e atividades terá por base os elementos fornecidos pelos órgãos de orçamento, constantes dos registros do Cadastro Orçamentário de Projeto/Atividade, **a utilização dos recursos financeiros** e as **informações detalhadas sobre a execução física** que as unidades administrativas gestoras deverão encaminhar ao respectivo órgão de contabilidade, na periodicidade estabelecida pela Secretaria do Tesouro Nacional.
> § 2º A falta de informação da unidade administrativa gestora sobre a execução física dos projetos e atividades a seu cargo, na forma estabelecida, **acarretará o bloqueio de saques de recursos financeiros para os mesmos projetos e atividades**, responsabilizando-se a autoridade administrativa faltosa pelos prejuízos decorrentes. (grifo nosso)

Aproximadamente 18 anos atrás, a (**Lei Complementar nº 101, 2000**), mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, em seu § 3º do art. 50, determinou à **Administração Pública manter - sistema de custos - que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial**.

A citada LRF (**Lei Complementar nº 101, 2000**) estabeleceu em seu art. 73 que **as infrações dos dispositivos nela previstas serão punidas** segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação

pertinente, e o disposto no art. 73-A afirma que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições nela estabelecidas.

Relevante destacar que o art. 64 da LRF (**Lei Complementar nº 101, 2000**), quiçá prevendo a dificuldade dos entes da federação em se ter um parque tecnológico, recursos e pessoal suficientes, estabeleceu que a União prestará assistência técnica e cooperação financeira aos Municípios para a modernização das respectivas administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária, com vistas ao cumprimento das normas ali estabelecidas, e esclareceu no § 1º do citado art. 64 que a assistência técnica consistirá no treinamento e desenvolvimento de recursos humanos e na transferência de tecnologia, bem como no apoio à divulgação dos instrumentos de que trata o art. 48 em meio eletrônico de amplo acesso público.

A **Resolução nº 1.366/11** (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), a qual aprova a norma brasileira de contabilidade (NBC T 16.11 – Sistema de informações de custos do Setor Público), fez constar, no item 7, que o SICSP (Sistema de informações de custos do Setor Público) é obrigatório em todas as entidades do setor público.

A **STN** havia estabelecendo prazos, sempre os dilatando, para que a Administração Pública estabelecesse o referido sistema de informações de custos, **até que por intermédio da - Nota Técnica (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2013) – fixou entendimento de que os prazos para a implementação ocorreram desde a entrada em vigor dos referidos diplomas legais** (BRASIL, 1964; BRASIL, 2000), nos seguintes termos:

> 12. Nas Portarias editadas anteriormente, referidas no Quadro constante no Anexo I, a informações de custos figurava no rol de procedimentos patrimoniais. A Portaria nº 634/2013 dedicou um capítulo específico para a informações de custos. **Em relação aos prazos para a implementação de sistemas de custos, esta Secretaria tem o entendimento de que os arts. 85 e 99 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e o §3º do art. 50 da Lei Complementar nº 101, de 2000, tornaram obrigatória a sua adoção desde a edição dos referidos diplomas legais**. (grifo nosso)

A **Portaria STN (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2013)** ao dispor sobre regras gerais acerca das diretrizes, normas e procedimentos contábeis aplicáveis aos entes da Federação, com vistas à consolidação das contas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob a mesma base conceitual, com referência às **informações de custos governamentais,** estabeleceu em seu art. 8º o seguinte:

> Art. 8º A informações de custos deve **permitir a comparabilidade** e ser estruturada em sistema que tenha por objetivo o **acompanhamento e a avaliação dos custos dos programas e das unidades** da Administração Pública, bem como o **apoio aos gestores públicos no processo decisório**.
> § 1º Os entes da Federação devem implementar sistema de informações de custos com vistas ao atendimento dos arts. 85 e 99 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e do § 3º do art. 50 da Lei Complementar nº 101, de 2000.
> § 2º O sistema de informações de custos a ser adotado deve observar o disposto na Resolução nº 1.366, de 25 de novembro de 1911, do Conselho Federal de Contabilidade, que aprova a NBC T 16.11, e suas alterações posteriores. (grifo nosso)

Pelo exposto, resta evidenciado que **é cogente ao setor público manter sistema de informações de custo,** e é relevante que sirva de **apoio aos gestores públicos no processo decisório e, dentre outros, permita: a)** a comparabilidade entre objetos de custos afins; **b)** evidenciar os resultados da gestão, a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; **c)** o acompanhamento e a avaliação dos custos dos programas e das unidades da Administração Pública; **d)** o acompanhamento e a evolução dos custos, referenciada em base histórica; **e)** servir de apoio as funções de planejamento e orçamento; **f)** orientação quanto à melhoria do gasto e qualidade dos serviços públicos; **g)** subsidiar a avaliação das políticas públicas pelos órgãos de controle (internos e externos) e **h)** subsidiar as avaliações das contas anuais dos gestores públicos pelos tribunais de contas.

3 Resolução CFC nº 1.366/11 sistema de informações de custos do setor público

A conceituação, o objeto, os objetivos e as regras básicas para mensuração e evidenciação dos custos no setor público estão elencados ao longo da **Resolução nº 1.366/11 emanada do CFC** (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011)**,** a qual aprova a norma brasileira de contabilidade (NBC T 16.11 – Sistema de informações de custos do Setor Público). É relevante destacar nos termos da citada norma que o Sistema de informações de custos do Setor Público (**SICSP**) **registra, processa e evidencia os custos de bens e serviços** e **outros objetos de custos**, produzidos e oferecidos à sociedade pela entidade pública, e quando da geração de informações de custo, é obrigatória a adoção dos **princípios de contabilidade em especial o da competência**, devendo ser realizados os ajustes necessários quando algum registro for efetuado de forma diferente.

É relevante destacar o contido na Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011) de que o **SICSP** deve capturar informações dos demais sistemas de informações das entidades do setor público e que ele (SICSP) deve estar integrado com o processo de planejamento e orçamento, devendo utilizar a mesma base conceitual se referirem aos mesmos objetos de custos, **permitindo assim o controle entre o orçado e o executado** observando ainda que o processo de mensurar e evidenciar custos deve ser realizado sistematicamente, fazendo das informações de custos um vetor de alinhamento e aperfeiçoamento do planejamento e orçamento futuros.

Quanto ao **objetivo** do SICSP de bens e serviços e outros objetos de custos públicos, consta na Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), que são os seguintes: **a)** mensurar, registrar e evidenciar os custos dos produtos, serviços, programas, projetos, atividades, ações, órgãos e outros objetos de custos da entidade; **b)** apoiar a avaliação de resultados e desempenhos, permitindo a comparação entre os custos da entidade com os custos de outras entidades públicas, estimulando a melhoria do desempenho dessas entidades; **c)** apoiar a tomada de decisão em processos, tais como comprar ou alugar, produzir internamente ou terceirizar determinado bem ou serviço; **d)** apoiar as funções de planejamento e orçamento, fornecendo informações que permitam projeções mais aderentes à realidade com base em custos incorridos e projetados; **e)** apoiar programas de controle de custos e de melhoria da qualidade do gasto.

Por **objetos de custo**, a Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), os definiu como sendo a unidade que se deseja mensurar e avaliar os custos e que os principais objetos de custos são identificados a partir de informações dos subsistemas

orçamentários e patrimoniais. Definiu ainda que a evidenciação dos objetos de custos pode ser efetuada sob a **ótica institucional, funcional e programática**, com atuação interdependente dos órgãos centrais de planejamento, orçamento, contabilidade e finanças.

Tal evidenciação dos objetos de custos (unidade que se deseja mensurar e avaliar os custos) pode ser assim resumida: **a)** sob a **ótica institucional** relaciona-se com o órgão e as unidades orçamentárias, pois são as unidades gestoras do orçamento; **b)** sob a **ótica funcional** relaciona-se com a função e a subfunção da despesa; **c)** sob a **ótica programática** está associado aos programas e ações (projetos, atividades e operações especiais); além das visões citadas destaca-se também **d)** sob a **ótica da natureza da despesa** caracterizada por (categoria econômica, grupo, modalidade de aplicação, elemento e desdobramento da despesa); **e)** sob a **ótica do PCASP** (Plano de contas aplicado ao setor público) estabelecido pela STN (Secretaria do Tesouro Nacional) pelo qual é possível mensurar dados sob o aspecto orçamentário e patrimonial; bem como **f)** sob a **ótica dos centros de custo** (podendo ser unidades organizacionais ou outras estruturas que se queira mensurar custo).

Talvez um dos mais importantes, e quiçá mais difíceis de definir e implementar quando da construção de um sistema de informações de custos, refere-se aos 3 elementos em que dispõe a Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), a saber: **a)** sistema de acumulação; **b)** sistema de custeio e **c)** método de custeio.

O **sistema de acumulação,** nos dizeres da Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), corresponde à forma como os custos são acumulados e apropriados aos bens e serviços e outros objetos de custos e está relacionado ao fluxo físico e real da produção e que os sistemas de acumulação de custos no setor público ocorrem por **ordem de serviço ou produção** e de **forma contínua**, esclarece que: **a)** por **ordem de serviço ou produção** é o sistema de acumulação que compreende especificações predeterminadas do serviço ou produto demandado, com tempo de duração limitado e as ordens são mais adequadas para tratamento dos **custos de investimentos** e de **projetos específicos**, por exemplo as **obras e benfeitorias** e **b)** de **forma contínua** é o sistema de acumulação que compreende **demandas de caráter continuado** e são acumuladas ao longo do tempo.

Entende-se por **sistema de custeio,** nos termos da Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011), por estar associado ao **modelo de mensuração** e desse modo podem ser custeados os diversos agentes de acumulação de acordo com diferentes unidades de medida, dependendo das necessidades dos tomadores de decisões, no âmbito do sistema de custeio, podem ser utilizadas as seguintes unidades de medida: **custo histórico; custo corrente; custo estimado; e custo padrão**.

Abre-se um parêntese para observar o que dispõe o **caput e incisos do art. 106 da Lei Federal nº 4.320/64** (BRASIL, 1964), quando da avaliação dos elementos patrimoniais, os quais deverá obedecer às seguintes normas: **a)** os débitos e créditos, bem como os títulos de renda, **pelo seu valor nominal**, feita a conversão, quando em moeda estrangeira, à taxa de câmbio vigente na data do balanço; **b)** os bens móveis e imóveis, pelo **valor de aquisição ou pelo custo de produção ou de construção** e **c)** os bens de almoxarifado, pelo **preço médio ponderado das compras**.

Consta na referida Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011) que o **método de custeio** se refere ao **método de apropriação de custos** e **está associado ao processo de identificação e associação do custo ao objeto que está sendo custeado,** os principais métodos de custeio são: **direto; variável; por absorção; por atividade;**

pleno. Definindo: **a) custeio direto** como aquele que aloca todos os custos – fixos e variáveis – diretamente a todos os objetos de custo sem qualquer tipo de rateio ou apropriação; **b) custeio variável** aquele que apropria aos produtos ou serviços apenas os custos variáveis e consideram os custos fixos como despesas do período; **c) custeio por absorção** aquele que apropria de todos os custos de produção aos produtos e serviços; **d) custeio pleno** consiste na apropriação dos custos de produção e das despesas aos produtos e serviços; **e) custeio por atividade** considera que todas as atividades desenvolvidas pelas entidades são geradoras de custos e consomem recursos e procura estabelecer a relação entre atividades e os objetos de custo por meio de direcionadores de custos que determinam quanto de cada atividade é consumida por eles.

Digno de nota é o texto extraído da Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011) que afirma o dever de a escolha do método estar **apoiado na disponibilidade de informações** e no **volume de recursos necessários para obtenção das informações ou dados** e que as entidades podem adotar mais de uma metodologia de custeamento dependendo das características dos objetos de custeio.

Os dois itens destacados acima são extremamente relevantes para o sucesso na implantação de um sistema de custos governamental, o primeiro destaque, **relacionado às disponibilidades de informações,** relaciona-se também com os controles internos instituídos (quanto maior o controle sobre as atividades geradoras de custos maiores serão as possibilidades de detalhamentos de custos), **destarte entidades que não conseguem identificar com acuracidade as movimentações de pessoal ou vinculações de suas atividades a projetos ou objetos de custo, de forma individualizada, por período, contas e/ou centros de custos, dificilmente conseguiriam implementar um sistema de informações de custos baseado no método de custeio por atividades.**

Em outro giro, a informação não pode ser "cara de mais" a ponto de inviabilizar sua produção, e os ajustes necessários não podem ser vistos como fator impeditivo ou motivo para a não implementação do sistema de informações de custo.

A já citada Resolução CFC nº 1.366/11 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011) estabelece no **item 24** que "a responsabilidade pela consistência conceitual e apresentação das informações contábeis do subsistema de custos é do profissional contábil."

Outro ponto de destaque relacionado ao sistema de informações de custos foi estabelecido na **Resolução CFC nº 1.437/13** (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2013) a qual definiu que as informações de custos podem subsidiar a elaboração de relatórios de custos inclusive da **DRE (Demonstração do Resultado Econômico)** definindo sua estrutura nos seguintes termos:

> 26. A DRE evidencia o resultado econômico de ações do setor público.
> 27. A DRE deve ser elaborada considerando sua interligação com o subsistema de custos e apresentar na forma dedutiva, pelo menos, a seguinte estrutura:
> (a) receita econômica dos serviços prestados, dos bens e dos produtos fornecidos;
> (b) custos e despesas identificados com a execução da ação pública; e (c) resultado econômico apurado.

Do exposto, ao construir um sistema de informações de custos é relevante que os dados de custos sejam disponibilizados, sob a ótica, de pelo menos: **a)** a estrutura orçamentária; **b)** das contas do PCASP; **c)** de objetos de custo; e **e)** de centros de custo.

Importante frisar que, um sistema de informações de custo, com informações de

qualidade, livres de distorções relevantes, requer melhorias constantes nos procedimentos internos (controles internos) com a consequente melhora da qualidade do gasto público, por isso, a importância de todos os entes públicos terem sistema de informações de custo.

4 Custos no Governo Federal

Consta no recente divulgado - **relatório de gestão de 2017 do Ministério da Fazenda (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2017)** – a existência de um Comitê de Gestão do Modelo de Mensuração de Custos bem como diversos dados de custos apresentados tendo por fonte o **sistema de custos do Ministério da Fazenda**. Dos propósitos apresentados, pela criação do portal de custos do Governo Federal, consta o de **fomentar a gestão de custos e a avaliação da qualidade do gasto público**, sendo importante mecanismo de apoio à tomada de decisão.

Destaca-se o que consta no **item 67 da Instrução Normativa nº 3 (**MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017), em que o auditor interno governamental deve considerar a adequação e a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos da unidade auditada, a probabilidade de ocorrência de erros, fraudes ou não conformidades significativas, **bem como o custo da avaliação e da consultoria em relação aos potenciais benefícios.** Pelo contexto, é de fácil compreensão a relevância de um sistema de informações de custos, pois além de servir de apoio aos gestores nas tomadas de decisões **balizam as atividades de auditoria quando subsidia o auditor na tomada de decisão entre realizar ou não atividades de avaliação e consultoria**.

Extrai-se do Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017) que ele implementou sistema de informações de custos denominado **SIC** (sistema de informações de custos) ferramenta tecnológica que tem a capacidade de **integrar os principais sistemas estruturantes do Governo Federal: SIORG** (sistema de informações organizacionais do Governo Federal -é a fonte oficial de informações sobre a estrutura organizacional dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal); **SIAPE** (sistema integrado de administração de recursos humanos - instrumento de gestão de servidores públicos civis, contemplando o cadastro único de todos os servidores, que possibilita o conhecimento quantitativo e qualitativo do pessoal, a unificação e a padronização dos sistemas de pagamento, incluindo a emissão padronizada de relatórios e contracheques, além de informações confiáveis, atualizadas e necessárias ao controle de gastos com pessoal); **SIAFI** (sistema integrado de administração financeira do governo federal - sistema contábil que tem por finalidade realizar todo o processamento, controle e execução financeira, patrimonial e contábil do governo federal brasileiro); **SIGPLAN** (sistema de informações gerenciais e de planejamento - utilizado para gerenciar o PPA) e **SIOP** (sistema integrado de planejamento e orçamento) em uma única base de dados (*data warehouse*), armazenando e reunindo as informações de custos.

Criou-se um portal na internet denominado – **Portal de Custos do Governo Federal** (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2018) –, de livre acesso, o qual tem como fonte de dados o SIC, de onde consome dados oriundos dos sistemas estruturantes SIAPE, SIORG e SIAFI (conforme consta no Manual do Portal de Custos do Governo Federal).

Consta no - Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017) –, relativo a **abrangência de apuração de custos**, que atualmente os dados demonstrados no portal de custos **abrangem os órgãos e entidades da administração**

direta e indireta constantes nos orçamentos fiscal e da seguridade social do Orçamento Geral da União desde que integrados ao SIAPE e ao SIORG, e acerca dos órgãos militares do Poder Executivo e dos demais órgãos pertencentes aos Poderes Legislativo e Judiciário, a abrangência do portal depende de integração de base de dados referente aos custos de pessoal e de sua estrutura organizacional.

Dentre os **propósitos** vazados no Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017) consta o de **alavancar a avaliação da qualidade do gasto público**, sendo **mecanismo de apoio à tomada de decisão**, além de permitir a **análise setorial, central e global dos custos das unidades administrativas do Governo Federal**, pretendendo também contribuir para a melhoria no processo de elaboração e execução do orçamento.

As unidades administrativas apresentadas no SIORG foram adotadas por **objeto de custo**, conforme explica o Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017), e ainda informa que a qualidade da informação produzida pelo portal depende principalmente do correto vínculo do servidor no SIAPE, em sua unidade administrativa de exercício, conforme estrutura organizacional do SIORG.

Consta explicitado no Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017), informações relativas ao **sistema de acumulação, sistema de custeio** e **método de custeio,** adotados na construção do sistema de informações de custos, nos seguintes termos: **a)** quanto ao **sistema de acumulação** o adotado é o de **custos por processo**, em que os serviços públicos são realizados de forma contínua e os custos acumulados periodicamente nas unidades organizacionais; **b)** quanto ao **sistema de custeio** empregado é o **histórico**, expressando os custos incorridos no período em valores correntes, e o **custeio estimado**, baseado em métodos quantitativos, a fim de permitir a aplicação das informações de custos para o planejamento e **c)** com relação ao **método de custeio** aplicado o adotado foi o **custeio por absorção**, em que os custos indiretos são alocados às unidades administrativas, desde que o consumo dos recursos seja relacionado significativamente aos servidores públicos (critério de rateio). Dessa forma, não havendo relação entre insumos consumidos e servidores, o elemento de custo não será rateado.

Importante registrar o que consta no já citado - Manual do Portal de Custos do Governo Federal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017) - no sentido de que **entender como as informações são obtidas é de fundamental importância para a análise dos painéis apresentados no portal de custos do Governo Federal na internet**, e a identificação dos itens de custo podem ser definidos como agregadores dos insumos utilizados, que tem por objetivo identificar o que se consome, sem relação com a finalidade do objeto de gasto, bem como a explanação de que para a composição de tais itens foi utilizada a **natureza de despesa detalhada** que, por se tratar de atributo de origem orçamentária, serviu para classificar os recursos consumidos vinculados diretamente à execução orçamentária, e com relação aos custos decorrentes de fatos extraorçamentários, foram utilizadas, conforme o item de custo, as situações do SIAFI Web (corresponde à plataforma tecnológica do SIAFI em versão Web) e o movimento líquido de contas contábeis.

Estabeleceram-se assim, vinte e sete itens de custo, consolidados por natureza de despesa (cujos detalhes constam em anexo no manual do portal de custos do governo federal em referência), sendo: **a) custo com pessoal** desdobrados em: **a.1)** pessoal ativo; **a.2)** encargos patronais e **a.3)** pessoal inativo/pensionistas e **b) custos gerais** desdobrados em **b.1)** Tecnologia

da informação; **b.2)** Água e esgoto; **b.3)** Energia elétrica; **b.4)** Telefonia; **b.5)** Copa e cozinha; **b.6)** Limpeza; **b.7)** Vigilância; **b.8)** Demais serviços prediais; **b.9)** Apoio administrativo; **b.10)** Serviços técnicos especializados; **b.11)** Serviços de saúde; **b.12)** Demais serviços de terceiros; **b.13)** Diárias; **b.14)** Passagens; **b.15)** Material de consumo; **b.16)** Transferências não obrigatórias; **b.17)** Serviços da dívida pública; **b.18)** Despesas de exercícios anteriores – controláveis; **b.19)** Demais custos controláveis; **b.20)** Depreciação/Amortização/Exaustão; **b.21)** Transferências obrigatórias; **b.22)** Benefícios previdenciários; **b.23)** Despesas de exercícios anteriores – não controláveis e **b.24)** Demais custos não controláveis.

Consta no portal de custos do Governo Federal na internet (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2018), de consulta pública, 5 abas de consultas, sendo: **a)** visão geral; **b)** item do custo; **c)** tendência; **d)** relatório e **e)** visão comparativa.

Na página inicial (**visão geral**), demonstrado no quadro nº 01 abaixo, consta informação de que a análise dos custos deverá ser realizada por meio da seleção das organizações e que não é escopo do portal (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2018) evidenciar o custo consolidado da União.

Ainda com referência ao demonstrativo do (quadro nº 01), consta lista de 152 organizações públicas, e realizando filtro para o exercício de 2017 têm-se **o montante de custo de R$ 1.000.344.840.085,05** (um trilhão, trezentos e quarenta e quatro milhões, oitocentos e quarenta mil, oitenta e cinco reais e cinco centavos), desse total: **o montante de R$ 81.601.930.352,89** (oitenta e um bilhões, seiscentos e um milhões, novecentos e trinta mil, trezentos e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos) **referem-se à pessoal ativo; o montante de R$ 18.613.152.397,59** (dezoito bilhões, seiscentos e treze milhões, cento e cinquenta e dois mil, trezentos e noventa e sete reais e cinquenta e nove centavos) **referem-se a encargos patronais; e o montante de R$ 900.129.757.334,58** (novecentos bilhões, cento e vinte e nove milhões, setecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e trinta e quatro reais e cinquenta e oito centavos) **referem-se a outros custos.**

Quadro nº 01 – Visão geral de custos do Governo Federal

Fonte: Portal de custos do Governo Federal na internet

5 Sistema de informações de custos na visão do TCE/RO

É cediço que um sistema de informações de custos exige constante aperfeiçoamento dos controles internos a fim de melhorar a qualidade das informações, reforçando tal afirmativa, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) por meio da **Resolução TCE/RO nº 153/2014** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2014)**, a fim de garantir a manutenção da qualidade das informações do sistema de informações de custos,** regulamentou os procedimentos de reavaliação, redução ao valor recuperável, depreciação, amortização e exaustão dos bens do ativo sob sua responsabilidade.

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), em observância às normas e procedimentos relacionados ao objetivo nacional de convergência da contabilidade aplicada ao setor público às normas internacionais, fez constar na **Instrução Normativa nº 30/2012** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2012), de **adoção obrigatória aos jurisdicionados:** do Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP), das Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público a partir do exercício de 2013, bem como dos Procedimentos Contábeis Patrimoniais e Específicos do Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público (MCASP), editado pela STN, gradualmente, a partir do exercício de 2012 e, integralmente, até o final do exercício de 2014.

Dentre tais procedimentos obrigatórios, listados na referida IN nº 30 (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2012), consta no **item 7** do anexo, **prazos para efetiva implementação de procedimentos e ações quanto ao sistema de informações de custos,** desmembrados nos seguintes itens/ações: **7.1** Registro de fenômenos por competência (Relatório evidenciando que fenômenos por competência têm sido periodicamente registrados); **7.2** Registro de fenômenos econômicos, independentemente de questões orçamentárias (Relatório evidenciando que fenômenos sem relação com orçamento têm sido periodicamente registrados); **7.3** Identificação de programas, serviços, etc., que terão os custos levantados (Relatório com objetos de custo); **7.4** Levantamento de variáveis físicas para estabelecimento de custos (Relatório com variáveis físicas para levantamento de custos); **7.5** Levantamento de variáveis financeiras e econômicas para estabelecimento de custos (Relatórios com variáveis financeiras para levantamento de custos); **7.6** Ajuste/Aquisição de sistema informatizado para levantamento de custos (Sistema informatizado ajustado/adquirido para levantamento de custos).

A **Instrução Normativa emanada do TCE/RO nº 19/2006** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2006), ao estabelecer sobre o **PCASP**, realçou a importância de sua implantação para o setor público, destacando diversos benefícios, tais como a implantação de sistema integrado de informações orçamentárias, financeiras e patrimoniais na administração pública municipal capaz de atender aos aspectos legais e gerenciais em todos os níveis da administração, **assim como calcular os custos públicos** e manter controle individualizado de direitos e obrigações.

O eminente conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (SOUZA), ao abordar as ações estratégicas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia destacou o sistema de custo e gerenciamento baseado no custeio ABC, nos termos:

> O Presidente do TCRO, Conselheiro Rochilmer Mello da Rocha, colocou todos estes projetos em prática; além disso desenvolveu um novo conceito de auto-controle na gestão pública disciplinando e implantando a Controladoria do TCRO. **Desenvolveu também o Sistema de Custos e Gerenciamento único para o TCRO – primeiro no Brasil – com base no Sistema de Custeio ABC e por departamentos aplicado ao sistema Tribunal de Contas,**

> **possibilitando através dos controles de custos do processo decisório e das realizações de auditorias externas, a obtenção das eficiências administrativas em análises *cross-section*, ou mesmo históricas**. (grifo nosso)

É extremamente relevante destacar o julgado do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia no Processo TCE/RO nº 6133/2005 (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2005), vazados nos termos:

> **A implantação de sistema de custos pelas unidades administrativas <u>não deve ser vista apenas como uma exigência legal</u>**; é fundamental que se atente para duas vertentes precípuas, que justificam a apuração de custos no setor público, ambas em sintonia com o que propõe a Administração Pública Gerencial: **primeira, a adoção dos custos como <u>critério para formação de preços públicos</u> e de <u>receitas de prestação de serviços</u>**; **segunda**, **<u>a redução de despesas</u> e a conseqüente utilização como <u>mecanismo de aferição de eficiência</u>, o que aponta para o <u>esgotamento do modelo de gestão tradicional ou burocrático da administração pública</u>, onde se enfatizam os controles formais e o estrito cumprimento das leis, e para o surgimento de um modelo de gestão de resultados, preocupado com a "melhoria do desempenho**. (grifo nosso).

Da lição contida no julgado em evidência (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2005), de didática acurada, extrai-se que ao construir um sistema de informações de custos é fundamental que o gestor se atente para duas vertentes precípuas, a primeira para a utilização dos dados de custos como critério para **<u>formação de preços públicos</u>** e de **<u>receitas de prestação de serviços</u>**, a segunda como a **<u>redução de despesas</u>** e **<u>mecanismo de aferição de eficiência</u>**.

É relevante frisar o dizer do eminente conselheiro que, atentando-se para as duas vertentes citadas, a efetiva implementação de um sistema de informações de custos governamental **aponta para o esgotamento do modelo de gestão tradicional ou burocrático da administração pública** onde se enfatizam os controles formais e o estrito cumprimento das leis **para o surgimento de um modelo de gestão de resultados preocupado com a "melhoria do desempenho".**

Consta naquela corte de contas (TCE/RO) o **processo nº 1274/18** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2018)**,** relativo às contas anuais consolidadas do exercício findo de 2017 do Município de Ji-Paraná/RO **- manifestação do auditor do controle interno municipal -**, no item 10 do relatório anual de auditoria do órgão de controle interno, **tópico e.6 dos custos governamental, subitens 149 à 161,** após explanação a respeito dos custos governamental fez constar que a regulamentação e efetiva implementação do sistema de informações de custos é cogente (obrigatório, impositivo) não deixando margem para avaliação de conveniência e oportunidade por parte do gestor, e, ainda, a responsabilidade pela consistência conceitual e apresentação das informações contábeis do subsistema de custos é do profissional contábil, constou ainda alerta ao Sr. Prefeito de que, sem prejuízo de outros dispositivos legais, a inobservância do § 3º do art. 50 da LRF, poderá incidir o que dispõe o Decreto Lei nº 201/67 (responsabilidade dos prefeitos) - inciso XIV do art. 1º ficando sujeito às penalidades previstas nos §§ 1º e 2º e **por fim, recomendou-se ao Sr. Prefeito tomar providências, imediatas, no sentido de fazer cumprir, especialmente o § 3º do art. 50 da LRF, implementando no Município de Ji-Paraná - sistema de informações de custos**.

Destaca-se também, do referido relatório do controle interno (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2005), recomendação do auditor do controle interno municipal ao Sr. Prefeito no sentido de **fazer cumprir a Resolução CFC nº 1.437/13** (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2013) tomando medidas imediatas para que a contabilidade do Município

(Administração Direta e Indireta) passe a evidenciar o **resultado econômico por meio da demonstração do resultado econômico (DRE)** a qual se utiliza de dados de custos.

Do exposto, é de fácil percepção de que, além de ser cogente, em atenção às normas constitucionais e legais, nos termos da lição do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), **a implementação de sistema de informações de custos no setor público é extremamente necessária e urgente, visto que a sociedade não mais tolera um Estado ineficiente, requer que a gestão pública seja baseada em resultados com foco na melhoria do desempenho institucional, qualidade e transparência do gasto público.**

6 Relatório de custo na prestação de contas anual

A **Instrução Normativa nº 13/2004** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004), ao dispor sobre as informações e documentos a serem encaminhados pelos gestores e demais responsáveis pela Administração Direta e Indireta do Estado e dos Municípios de Rondônia, outras formas de controles pertinentes à fiscalização orçamentária, financeira, operacional, patrimonial e contábil exercida pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, **não exigiu constar relatório de custos com análise e parecer de servidores efetivos contadores e auditores internos quando da prestação de contas dos gestores públicos**.

A **Resolução TC nº 18/14** (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO, 2014), que estabelece normas relativas à composição das contas dos Prefeitos Municipais e outras providências, exigiu que **na composição da Prestação de Contas Anual do Prefeito Municipal, denominada também de Contas de Governo** (para as quais o TCE emitirá parecer prévio e encaminhará à respectiva Câmara Municipal), contenha, dentre outros, **demonstrativo da implementação de sistema de custo**.

No âmbito federal, consta na **Orientação Normativa nº 1/2017** (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017)**,** editada pela Subsecretária de Contabilidade Pública da STN (Secretaria do Tesouro Nacional), disposição a respeito dos procedimentos para elaboração dos relatórios de custos que comporão a Prestação de Contas do Presidente da República – PCPR para o exercício de 2017, **considerando relatório de custos o conjunto composto por demonstrativos de custos e correspondente análise descritiva elaborados pelas unidades setoriais, comitê ou setor responsável pela área de custos no âmbito do órgão**, com a orientação e supervisão dos responsáveis no respectivo ministério pelas informações dos programas temáticos e objetivos, em especial quanto a seleção das ações orçamentárias de maior materialidade e relevância.

Tendo em vista que - **manter sistema de custo governamental é cogente** - e dentre seus benefícios se destaca a melhoria da qualidade do gasto público, o ideal seria que os Tribunais de Contas, **especialmente o TCE/RO: a)** passem a exigir constar nas prestações de contas dos gestores sob sua jurisdição **relatório de custos** com análises e pareceres de servidores efetivos contadores e auditores internos e **b)** criem **indicadores de custos** – que sejam de livre acesso ao público – com métricas qualitativas e quantitativas, a exemplo (custo do km² de manutenção de via (urbana e rural); custo por m² de recapeamento de vias urbanas; custo por paciente hospitalar; custo por aluno (por fase de ensino; etc), **a fim de que a sociedade conheça os custos dos entes públicos e tenham parâmetros de comparação dos custos das aquisições de (materiais e serviços); aluguéis e/ou locações de (software, veículos, máquinas e equipamentos, imóveis e instalações, etc); de pessoal (efetivos, comissionados, terceirizados, assessorias,**

consultorias, etc); de manutenções de (frota, imóveis, etc); diárias; passagens; dentre tantos outros.

7 Proposta para o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO)

Do exposto, resta evidenciado que é cogente à Administração Pública manter - **sistema de custo - que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial**. Como instrumento de governança pública, **o sistema de informações de custos governamental, propiciará apoio aos gestores nas tomadas de decisões, maior transparência com a consequente melhora da qualidade dos gastos públicos**.

Corrobora a urgência de se estabelecer, no âmbito da competência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), normativos exigindo constar quando da prestação de contas pelos gestores relatórios e demonstrativos contábeis de custos, com o fim de garantir eficácia aos preceitos legais, quando se observa as considerações do Sr. Controlador Geral do Município de Ji-Paraná/RO, em resposta às considerações e recomendações do Auditor do Controle Interno Municipal no processo nº 1274/18 (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2018) a respeito da obrigatoriedade de se apurar custos no âmbito do Município de Ji-Paraná/RO, em que afirma ser impossível implantação de tal sistema de custos no âmbito do Município de Ji-Paraná sem a prévia e sedimentada normativas, no tocante a operacionalização e padronização, a nível mínimo de Estado, sobre a batuta instrutória do Tribunal de Contas do Estado, destacando ainda ser prematuro a instituição de qualquer metodologias sem observações e alinhamento com o órgão de controle externo, nas metodologias por ele disciplinado e orientado.

Parafraseando o próprio Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), a implantação de sistema de custos pelas unidades administrativas não deve ser vista apenas como uma exigência legal, pois é fundamental que se atente para duas vertentes precípuas que justificam a apuração de custos no setor público, ambas em sintonia com o que propõe a Administração Pública Gerencial: a primeira, **adoção dos custos como critério para formação de preços públicos e de receitas de prestação de serviços**; a segunda**, redução de despesas e a consequente utilização como mecanismo de aferição de eficiência**, apontando-se para o esgotamento do modelo de gestão tradicional ou burocrático da administração pública, onde se enfatizam os controles formais e o estrito cumprimento das leis, para o surgimento de um modelo de gestão de resultados, preocupado com a “melhoria do desempenho”.

Conclui-se, na forma de singela contribuição ao processo de melhoria da qualidade do gasto público, **sugerindo aos eminentes conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) que edite normativo em suas esferas de competência, a fim de**:

a) Exigir, a si e aos jurisdicionados, manter - sistema de custos - que permita avaliação e acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

b) Estabelecer parâmetros mínimos e exigir, a si e aos jurisdicionados, confecção e divulgação da demonstração do resultado econômico (DRE) estabelecida na Resolução CFC nº 1.437/13 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2013).

c) Fazer constar que, na construção ou adaptação de sistema de informações de custos governamental, seja observada a legislação pertinente,

em especial, a LRF (BRASIL, 2000); a Lei Federal nº 4.320 (BRASIL, 1964); a Portaria STN nº 634 (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2013) e a Resolução CFC nº 1.366 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011).

d) Definir critérios mínimos relativos aos 3 (três) elementos de custos: d.1) sistema de acumulação; d.2) sistema de custeio e d.3) método de custeio.

e) Estabelecer parâmetros mínimos, na apuração e disponibilização dos dados de custos, que sejam comparáveis, vinculados entre si, cuja visualização seja disponibilizada pelo menos sob as óticas: e.1) institucional (unidades e órgãos gestores do orçamento; e.2) funcional (função e a subfunção); e.3) estrutura programática os programas e ações (projetos, atividades e operações especiais); e.4) estrutura da natureza da despesa (categoria econômica, grupo, modalidade de aplicação, elemento e desdobramento da despesa); e.5) PCASP (Plano de contas aplicado ao setor público) estabelecido pela STN (Secretaria do Tesouro Nacional); e.6) centros de custo (podendo ser unidades organizacionais ou outras estruturas) e e.7) objetos de custo(unidade que se deseja mensurar e avaliar os custos);

f) Criar e divulgar indicadores de custos, com a possibilidade de comparação de custos unitários entre unidades similares e/ou objetos de custos, no âmbito do Estado de Rondônia, cuja visualização seja disponibilizada pelo menos sob as óticas: f.1) institucional (unidades e órgãos gestores do orçamento; f.2) funcional (função e a subfunção); f.3) estrutura programática os programas e ações (projetos, atividades e operações especiais); f.4) estrutura da natureza da despesa (categoria econômica, grupo, modalidade de aplicação, elemento e desdobramento da despesa); f.5) PCASP (Plano de contas aplicado ao setor público) estabelecido pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN); f.6) centros de custo (podendo ser unidades organizacionais ou outras estruturas) e f.7) objetos de custo (unidade que se deseja mensurar e avaliar os custos).

g) Fazer constar no IEGM (índice de efetividade da gestão municipal) os indicadores de custos.

h) Fazer constar no portal do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) - Tô no controle - os indicadores de custos, os relatórios, dados e informações de custos bem como a demonstração do resultado econômico (DRE).

i) Exigir constar, nas prestações de contas anuais, relatório de custos com análise e parecer de servidores efetivos contadores e auditores internos, estabelecendo estrutura mínima a ser observada.

j) Exigir constar, nas prestações de contas anuais, demonstração do resultado econômico (DRE) com análise e parecer de servidores efetivos contadores e auditores internos, estabelecendo estrutura mínima a ser observada.

k) Exigir que sejam disponibilizados, em portal na internet, de livre e fácil acesso ao público, os dados e relatórios de custos de si (TCE/RO) e de seus jurisdicionados.

8 Referências:

BRASIL. **Decreto nº 93.872**, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a Legislação pertinente e dá outras providências. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 1, p. 3018-3055, dez. 1986.

_____. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 1, p. 264-303, fev. 1967.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Seção 1, p. 82.

_____. **Lei Complementar nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui normas de Direito Financeiro e para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 1, p. 11-38, mar. 1964.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Resolução CFC n° 1.366**, de 25 de novembro de 2011. Aprova a NBC T 16.11, Sistema de Informação de Custos do Setor Público. Disponível em: < http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/Res_1366.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Resolução CFC n° 1.437**, de 22 de março de 2013. Altera, inclui e exclui itens das NBCs T 16.1, 16.2, 16.4, 16.5, 16.6, 16.10 e 16.11 que tratam das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas aplicadas ao Setor Público. Disponível em: < http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/Res_1437.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Gestão, 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias/secretaria-executiva-e-gabinete-do-ministro/arquivos/relatorio-de-gestao-2007/view>. Acesso em: 11 abril. 2018.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 3, de 09 de junho de 2017**. Aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_03_2017.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Manual do Portal de Custos do Governo Federal**, versão 1, 2017. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/626285/Manual+do+Portal+de+Custos+do+Governo+Federal/1c605b35-45a8-451d-8d13-39f57366b36d. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Nota Técnica CCONF/SUCON/STN/MF-DF nº 5,** de 21 de novembro de 2013. Dispõe sobre Contabilidade Governamental, orienta acerca da Portaria STN nº 634, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/466010/CPU_Nota+Técnica+CCONF+5-2013+sobre+Port+634-2013+%28a%29.pdf/167d0c82-3a04-438e-a3ba-c54190a4e0cd>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Orientação Normativa STN nº 1**, de 13 de dezembro de 2017. Dispõe sobre os procedimentos para elaboração dos relatórios de custos que comporão a Prestação de Contas do Presidente da República - PCPR para o exercício de 2017. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/12/2017&jornal=515&pagina=95&totalArquivos=216>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Portal de Custos do Governo Federal**. Disponível em: <http://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacoes/portal-de-custos>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Portaria STN nº 634**, de 19 de novembro de 2013. Dispõe sobre regras gerais acerca das diretrizes, normas e procedimentos contábeis aplicáveis aos entes da Federação, com vistas à consolidação das contas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob a mesma base conceitual. Disponível em: <https://siconfi.tesouro.gov.br/siconfi/pages/public/arquivo/conteudo/PORTARIA_N_634_DE_19_DE_NOVEMBRO_DE_2013.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

SOUZA, Valdivino Crispim de. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. O Tribunal de contas (TCRO): Ações estratégicas (I). Disponível em: <www.tce.ro.gov.br/nova/publicacoes/artigo1.doc>. Acesso em: 11 abril. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Resolução TCE/RO nº 153**, de 14 de março de 2014. Dispõe sobre a realização de procedimentos de reavaliação, redução ao valor recuperável de ativos, depreciação, amortização e exaustão dos bens do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/Res-153-2014.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Instrução Normativa TCE/RO nº 13**, de 18 de novembro de 2004**.** Dispõe sobre as informações e documentos a serem encaminhados pelos gestores e demais responsáveis pela Administração Direta e Indireta do Estado e dos Municípios; normatiza outras formas de controles pertinentes à fiscalização orçamentária, financeira, operacional, patrimonial e contábil exercida pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, e dá outras providência. Disponível em: <h http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/InstNorm-13-2004.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Instrução Normativa TCE/RO nº 30, de 9 de agosto de 2012.** Determina aos Poderes e Órgãos estaduais e municipais do Estado de Rondônia a adoção obrigatória do Plano de Contas, das Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público e dos Procedimentos Contábeis Patrimoniais e Específicos a que se referem as Portarias STN 406/2011, 828/2011 e 231/2012, define cronograma de implementação e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/InstNorm-30-2012.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Instrução Normativa TCE/RO nº 19**, de 7 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a remessa, através de meio informatizado, de dados e informações relativas às operações orçamentárias, financeiras e patrimoniais da Administração Direta e Indireta dos Municípios. Disponível em: < http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/InstNorm-19-2006.pdf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Processo TCE/RO nº 6133**, de 2 de dezembro de 2005. Inspeção Especial, referente ao exercício de 2005, do Município de Ouro Preto do Oeste. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/main.jsf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

_____. **Processo TCE/RO nº 1274**, de 5 de abril de 2018. Prestação de contas anuais consolidadas do Município de Ji-Paraná, exercício de 2017. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/main.jsf>. Acesso em: 11 abril. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Resolução TCE/PE nº 18**, de 29 de outubro de 2014. Estabelece normas relativas à composição das contas dos Prefeitos Municipais e dá outras providências. Disponível em: <http://sistemas.tce.pe.gov.br/internet/DiarioOficial!download.action?abrirJanela=true&data=07/11/2014>. Acesso em: 11 abril. 2018.

A (IM)POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVAS QUANTO À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Autor: ISRAEL EVANGELISTA DA SILVA*

* Bacharel em Direito (UNIRON), Pós Graduando em Direito Público (PUC/MG), Advogado (OAB n. 8.535). Possui diversos Cursos Profissionalizantes e acumula experiências em diversos órgãos da Administração Pública. Atualmente exerce a função de Assessor Especial no Núcleo Jurídico da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEPOG/RO. Israel-adv@outlook.com.br.

RESUMO

O presente artigo objetiva a exposição acerca do tema da (im)possibilidade da atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, especialmente no que diz respeito ao controle das causas e efeitos da judicialização da saúde. O objetivo central visa revigorar tema polêmico discutido no seio doutrinário, concernente em uma possível violação ao princípio da separação dos poderes ou à ilegitimidade democrática da atuação do Tribunal de Contas neste cenário. Inicialmente, esclarece aspectos doutrinários relacionados ao tema. Em seguida, à vista de que os Poderes percussores das políticas públicas são o Legislativo e o Executivo, demonstra-se a possibilidade de certa imissão do Tribunal de Contas neste mérito, a fim de determinar medidas e sancionar agentes públicos no caso do descumprimento delas. Por fim, faz-se menção dos princípios que norteiam e fundamentam as decisões sobre o tema, tais como os princípios da boa governança, estrita legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade, bem como suas relações com a atuação dos Tribunais de Contas. Finalmente, demonstra-se a maneira que vem se posicionando o Tribunal de Contas da União - TCU diante do caso sob exame.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Política Pública. Mérito administrativo. Judicialização da saúde.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 foi a responsável por prever a existência dos Poderes do Estado de forma independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais, garantindo-lhes prerrogativas e imunidades singulares, e prevendo o dever de, reciprocamente, se controlarem.

A clássica “separação dos Poderes”, reconhecida inicialmente por Aristóteles, em sua obra “Política”, foi de onde se extraiu as funções estatais de administração, legislação e jurisdição, as quais, posteriormente, foram especificadas por John Locke, no “Segundo tratado do governo civil”, de onde se extrai as funções executiva e federativa.

Todavia, a teoria se efetivou da maneira como hoje é conhecida, na obra de Montesquieu, em “O espírito das leis”, a quem se deve a transcrição feita na Constituição da República de 1988, atual regedora das relações no Brasil.

Foi a Carta Magna de 1988 que atribuiu a autoridade soberana de Estado aos três tradicionais Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, prevendo, para cada um, a respectiva e precípua função de legislar e fiscalizar, chefiar e administrar, julgar e ser o guardião da Constituição.

Desde então, estabeleceu-se os Poderes Legislativo e Executivo como responsáveis pelo desenvolvimento e implementação das Políticas Públicas, concernente nas decisões políticas ligadas aos problemas cotidianos da sociedade em suas mais variadas áreas (saúde, educação, moradia, alimentação, etc).

Deve, pois, o Estado atuar na gestão da coisa pública por meio de acertadas decisões políticas, o que exige atenção na formulação de políticas públicas, que é o estágio através do qual os governantes fortalecem o modelo democrático e republicano do Estado Brasileiro.

Contudo, tema demasiadamente discutido no seio doutrinário, é a expansão do poder judicial,

que vem tomando uma forma cada vez maior e incluindo o Poder Judiciário no cenário político – tal como, por exemplo, a análise da (in)constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Ao fim e ao cabo, este Poder acaba por decidir acerca das políticas públicas.

Do contexto das políticas públicas, extrai-se o direito à vida, que é o gênese dos direitos proclamados na Constituição, sem o qual, todos os demais direitos perderiam o sentido. É o direito à vida o objeto central dos direitos fundamentais, onde se centra a possibilidade, ainda que tímida, da atuação judicial no mérito administrativo.

Embora haja posicionamentos atuais acerca da relativização deste direito fundamental – tal como a interrupção da gravidez de feto anencéfalo –, por certo, todos os demais direitos, garantias e liberdades resguardados pela Constituição seriam reduzidos a nada se antes não fosse assegurado o direito de permanecer em vida. É diante deste direito que os poderes públicos, ainda que na margem de sua discricionariedade, são impedidos de praticar atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano, mesmo daquele que tenta a prática do suicídio.

A saúde representada pelo mínimo existencial, pressupõe, então, a dignidade da pessoa humana como princípio base e estrutural dos direitos humanos e da democracia, se apresentando como um valor universal, na forma intrínseca e indisponível.

Desde quando consagrado o direito à saúde como um direito fundamental, tornou-se legitima a busca da concretização desse direito por meio do Poder Judiciário. Esse fenômeno é o que se denomina “judicialização da saúde”.

Daí decorre que questões de larga repercussão política ou social acabam sendo decididas pelo Poder Judiciário, ainda que sejam de competência das instâncias políticas tradicionais: os Poderes Executivo e Legislativo.

Entretanto, há outro Órgão de importante função, cuja existência e atuação decorrem da própria Constituição como sendo de essencial orientação ao Poder Legislativo, embora a ele não seja submisso: o Tribunal de Contas.

A Constituição Federal de 1988 outorga aos Tribunais de Contas, além de autonomia e autogoverno, um importante papel no acompanhamento e fiscalização dos atos administrativos, papel este que decorre dos princípios da Administração Pública.

Investido do poder conferido pela própria Constituição, os Tribunais de Contas detém a função de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração (incluídos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário); detém, ainda, a função da aplicação de sanções aos responsáveis, em caso de ilegalidade e/ou irregularidades.

Não obstante isto, ao Tribunal de Contas determinar ações positivas ou negativas à Administração Pública relacionadas às políticas públicas, sob pena de sanções, questiona-se se estaria este Tribunal extrapolando suas funções pré-estabelecidas na Carta Magna. A discussão, então, gravita sobre a (im)possibilidade dos Tribunais de Contas interferirem nas decisões que estabelecem as políticas públicas.

No tocante ao tema da judicialização da saúde, por exemplo, independentemente de quem emita a determinação, imprescindível notar que a sua efetivação provoca a realocação emergencial de recursos de programas de saúde, a descontinuação de tratamento de pacientes regulares, ademais, passa a admitir o aumento dos preços de medicamentos pelos fornecedores, e sua aquisição emergencial sem licitação.

Nesta última análise é que reside a competência dos Tribunais de Contas, que, embora não tenha a judicialização como seu objeto de estudo específico, têm determinado que os Entes elaborem planos de ações, demonstrem providências quanto ao custeio de tratamento médico excepcional, e, principalmente, prevejam a necessidade de reserva medicamentosa, tudo isto através de relatórios de fiscalização e acompanhamento da saúde.

O cerne da questão diz respeito, ainda, à atuação dos Tribunais de Contas como Órgão indutor para que os entes da federação, imbuídos de sua discricionariedade, planejem as demandas judicializadas, isto é, avancem na qualificação das informações sobre o que é judicializado na saúde e adotem medidas que gradualmente contribuam para reduzir a necessidade de o cidadão recorrer ao judiciário.

Entretanto, diante da independência e harmoniosidade que regem o princípio da Separação de Poderes, põe-se em dúvida a competência dos Tribunais de Contas nestas determinações.

É, pois, o estudo que este trabalho pretende desenvolver: a polêmica da (im)possibilidade da atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, especificamente no que se refere à judicialização da saúde.

Nesta ótica, desenvolve-se neste trabalho, inicialmente, acerca das espécies de controle previstos na Constituição da República, bem como o papel de controle destinado aos Tribunais de Contas. Em seguida, discorre acerca das políticas públicas e da (im)possibilidade dos Tribunais de Contas atuarem nesta matéria. Em um terceiro momento, busca-se demonstrar os limites de sua atuação, bem como os riscos de sua atuação excessiva.

Finalmente, far-se-á estudo quanto aos efeitos da judicialização da saúde no planejamento orçamentário e financeiro dos Órgãos, bem como a forma com que o Tribunal de Contas da União – TCU tem tratado o assunto.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 outorga aos Tribunais de Contas importante papel no acompanhamento e fiscalização dos atos administrativos, papel este que decorre dos princípios da Administração Pública, pautados na legalidade, moralidade, probidade e transparência. É do artigo 1º, do Texto Magno[1], de onde se extrai a centralidade do Estado Democrático de Direito.

Aparenta ser tarefa difícil, senão impossível, falar em democracia sem que se fale em controle, que além da salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão, é o instrumento principal que buscar evitar o abuso de poder.

A Administração Pública, como não poderia deixar de ser, tem a incumbência de dirigir os seus atos na busca pela melhor forma de gestão e de gerenciamento da coisa pública, pautando seus objetivos em diretrizes, na busca pela harmonia entre o Estado e a sociedade.

Assim é que a Constituição Federal de 1988, ao tratar do controle da Administração Pública, atribui especial relevância à sua sistemática de atuação, demonstrando como ponto central de sua finalidade a efetivação desta harmonia na forma precípua de dois controles: o controle interno e o controle externo.

[1] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

2.1 CONTROLE INTERNO

A previsão acerca do controle interno ficou a cargo do art. 74, *caput*, §1º, e inciso IV, do Texto Constitucional e replicado na maioria das Constituições Estaduais. Nas palavras de Piscitelli (2015, p. 245), o controle interno "consiste no sistema integrado de fiscalização dos três Poderes".

A definição dada por Torres (2005, p. 206) diz que o "controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira".

No âmbito do Poder Executivo Federal, a Lei nº 10.180, de 06/02/2001, organiza e disciplina o Sistema de Controle Interno, a qual é regulamentada por intermédio do Decreto nº 3.591, de 06/09/2000.

Nos ares rondonienses, as diretrizes gerais sobre a implementação e operacionalização do sistema de controle interno para os entes jurisdicionados no Estado de Rondônia ficou a cargo da Decisão Normativa nº 002/2016/TCE-RO[2]. Do seu art. 2º, faz-se a seguinte extração:

> II - Controles Internos: Consubstanciam-se nas várias atividades ou procedimentos de controle executados internamente pelas unidades da estrutura organizacional do ente controlado, atuando sobre um determinado processo (conjunto de atividades preordenadas) com fito de regular seu fluxo, para que este siga um comportamento predeterminado, e de atendimento aos princípios constitucionais, em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

Ainda neste assunto, imprescindível mencionar a ressalva feita pelo art. 74, §1º, da Constituição, quando aponta que os "responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária".

É, pois, o controle interno mais que uma exigência constitucional, trata-se, com muito mais razão, da busca pela garantia do cumprimento aos mais basilares princípios, tais como o da boa governança, da estrita legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, dentre outros, de onde se desponta a atuação de cada Órgão ou Poder.

2.2 CONTROLE EXTERNO

Trata-se, o controle externo, daquele exercido por órgão que não o controlado. Conforme ensina Ramos Filho (2015, p. 541), "é aquele realizado *externa corporis*, isto é, efetuado 'de fora para dentro'".

É consabido que esta espécie de controle é exercido pelo Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas. Todavia, sobre este tema deve ser esclarecido que os órgãos responsáveis pelo controle externo da Administração Pública, é exercido não só pelo Poder Legislativo.

Há autores que classificam este controle como sendo jurisdicional e parlamentar, ao tempo que Bandeira de Mello (2014), por exemplo, aduz que o controle externo compreende "(I) o controle parlamentar direto, (II) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria) e (III) o controle jurisdicional.

Esclarecemos, assim, que a matéria pertinente a este estudo, diz respeito às duas primeiras

[2] Disponível em <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/DeNo-002-2016.pdf> Acesso em 30 mar 2018.

espécies – o controle parlamentar direto e o exercido pelo Tribunal de Contas – das quais tratou a própria Constituição Federal, quando estabeleceu a competência do Poder Legislativo na probidade dos gastos públicos, e do Tribunal de Contas no papel de Órgão de auxílio àquele.[3]

2.3 CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No âmbito da União, o Tribunal de Contas assume o papel de órgão auxiliar e essencial de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não seja subordinado (MORAES 2017, p. 458 *apud* MARTINS, 1992, p. 37).

As competências e funções deste órgão auxiliar estão definidos no art. 71, da Constituição Federal, onde é possível verificar que o Tribunais de Contas da União é incumbido do exercício do controle externo, ou seja, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, ao passo que o âmbito estadual, distrital e municipal, em matéria de organização, composição e atribuições fiscalizatórias, seguem o modelo jurídico aplicado à União (CF/88, arts. 75 e 31).

Deve-se considerar, pois, que as normas consignadas nos arts. 70 a 74 do Texto Constitucional se aplicam, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados, o que os torna igualmente responsáveis em suas respectivas áreas de atuação.

Há, inclusive, posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF[4] no sentido de que "é obrigatório o modelo federal para a composição dos Tribunais de Contas dos Estados".

Os Tribunais de Contas atuam, então, em duas espécies de controle: i) o tradicionalmente feito *a posteriori*; e ii) o simultâneo, que possui a finalidade preventiva (art. 59, §1º, da LRF).

Discute-se, ainda, a possibilidade dos Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade e/ou a legalidade de lei ou ato normativo, possibilidade esta que decorre da Súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal, editada em 13 de dezembro de 1963, segundo a qual "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Trata-se de um tema de irrecusável relevância, da qual demanda amplo debate. Inicialmente, o posicionamento predominante na jurisprudência do STF era pela impossibilidade do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, inobstante a redação da súmula, e a justificativa era que à época de sua edição admitia-se como legítima a recusa, por parte dos órgãos não jurisdicionais, à aplicação de lei considerada inconstitucional[5].

Atualmente, parece estar assentado na jurisprudência do Pretório Excelso a possibilidade de controle de constitucionalidade em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, porque não revogado, o Verbete nº 347 da Súmula do Supremo.[6]

Certo é que as atribuições dos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo descrito no art. 71, da Carta Magna, conforme TATHIANE PISCITELLI (2015, p. 249), devem ser analisado sob os blocos da atividades de fiscalização em sentido estrito, do controle de legalidade de atos e das providências práticas diante de ilegalidades ou irregularidades.

---

[3] Constituição da Republica de 1988. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[4] Cf. Supremo Tribunal Federal - STF, RDA 126/341; RTJ 46/442, 50/245.

[5] Cf. MS nº 27.796 MC, Rel. Min. Carlos Britto. DJ de 09.02.2009. Assim como o MS nº 25.888 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 29.3.2006.

[6] Cf. MS nº 31.439 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 7.8.2012.

Portanto, é notório, no que se refere ao controle externo da Administração Pública, que o Tribunal de Contas é um órgão de inegável importância e relevância.

3 POLÍTICA PÚBLICA SEGUNDO CRITÉRIOS DEFINIDOS NA CONSTITUIÇÃO

Em relação ao conceito de política pública, não se sabe uma única, nem melhor, definição. MEAD (1995) a define como "um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas". LYNN (1980) a define como "um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos".

CELINA SOUZA (2016) descreve as políticas públicas com maestria, ao "resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação (variável independente)". Nesta mesma obra, sustenta a autora que "a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real".

Certo é que a Constituição da República de 1988 estabeleceu o controle das politicas públicas desenvolvidas de forma independente pelos Poderes Legislativo e Executivo, consubstanciada em uma série de dispositivos que visam não só a promoção da dignidade da pessoa humana – e.g., educação básica (art. 228), saúde básica (art. 196) e assistência aos desamparados (arts. 203 e 23), mas também uma transformação social dentro do território brasileiro.

Desta forma, a descentralização dos serviços públicos, conforme posto na Carta Política, deve ser o reflexo das Políticas Públicas traçadas dentre as diversas esferas de Poder (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), guardadas suas compatibilidades com os fundamentos e objetivos extraídos da Constituição Federal.

Neste cenário, é possível a verificação do surgimento da legitimidade dos Poderes – repiso, Legislativo e Executivo – para que em suas funções legislativas e administrativas não somente fiscalizem burocraticamente seus próprios atos, mas produzam a efetivação das políticas públicas na busca da Justiça Social.

Verifica-se, assim, o surgimento de órgão essencial, autônomo e auto-governante, o Tribunal de Contas, que, no desafio de certificar a efetivação das políticas públicas, emerge a aparente, estanque e restritiva atuação, e demonstra ser o Tribunal que é.

4 O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As competências dos Tribunais de Contas, conforme descritas no art. 70, da Constituição Federal, mostra o apreço do legislador originário, demonstrando que o papel desempenhado por este Órgão vai muito além da análise de regularidade e controle de legalidade.

Na atual conjuntura, os Tribunais de Contas vêm desempenhando um importante papel na efetivação das políticas públicas, das quais precedem as funções e competências estabelecidas na própria Constituição Federal, conforme se verá adiante.

4.1 COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

É assentado na doutrina, sobretudo nas afirmações de MENDES (2017), que as funções exercidas pelos Tribunais de Contas podem ser apresentadas como função consultiva (art. 71, I, CF/88), função judicante (art. 71, II, CF/88), função informativa (art. 71, VII, CF/88), função

sancionatória (art. 71, VIII, CF/88) e função corretiva (art. 71, IX, CF/88).

Destas funções, muito bem descritas pelo referido autor, e que tem gerado inúmeros debates e divergências diante da inadmissibilidade de jurisdição a outro poder que não o Judiciário, é a *função judicante*, ora exercida pelos Tribunais de Contas, embora, como descrito acima, ela possa ser evidenciada na Constituição Federal.

Com a maestria que lhe é inerente, o Saudoso Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO, Paulo Curi Neto[7], recomenda:

> Na distribuição das competências estatais pela Constituição, reservou-se aos Tribunais de Contas posição de destaque. Conforme o seu art. 70, foi-se muito além do controle de legalidade, envolvendo a legitimidade e a economicidade da ação estatal. O ponto de chegada, portanto, é o controle da juridicidade.

Com o devido respeito aos posicionamentos que defendem o monopólio absoluto do Poder Judiciário na função judicante, o texto constitucional prevê casos cuja competência para julgamento dos Tribunais de Contas compreende as contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos e daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).

Torna-se evidente, portanto, que a jurisdição de contas é privativa do Tribunal instituído pela Constituição, de modo que o judiciário não assume função *prima facie* no exame destas matérias, somente tendo competência para revê-las nos casos de eventual ocorrência de preterição a direito subjetivo, tais como casos de cerceamento de defesa, afronta ao contraditório ou ao devido processo legal[8].

Estabelecido estas considerações, imprescindível mencionar que desta função judicante que detém os Tribunais de Contas, assim como de sua competência fiscalizatória, extrai-se a função de efetivação ou de efetividade das Políticas Públicas, o que pode ser realizado de diferentes formas no exercício de suas competências.

5 A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O tema da efetivação das políticas públicas exercido pelos Tribunais de Contas, embora não recente, se demonstra extremamente sensível, como não poderia deixar de ser. Ora, não é este Tribunal o órgão executor ou gestor, tampouco legislador na matéria das políticas públicas.

Contudo, ao se apresentar como instituição de controle, pautada na independência e imparcialidade que lhe é inerente, sua atuação nesta área certamente pode contribui para a construção de uma solução no cenário enfrentado, que em sua grande maioria apresenta-se fragilizado.

Veja-se que, embora o ordenamento jurídico pátrio adote o sistema de jurisdição única, ou inglês – o que significa ser uno o poder do Judiciário na prestação jurisdicional –, existem casos em que a própria Constituição Federal admitiu de forma expressa excepcionar esta regra.

Considerando os três papéis precípuos de formulação, implementação e controle, o papel

[7] Artigo com título O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS, Disponível na aba “publicações”, no sítio institucional do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Disponível em < www.tce.ro.gov.br/nova/publicacoes/artigoContrPolPubl-revistaTC.doc> Acesso em 31 mar. 2018.

[8] REsp nº 55.821/PR, sob Relatoria do Ministro Victor Nunes, julgado em 18.09.1967, DJ de 24 nov. 1967.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

dos Tribunais de Contas assume não somente o controle da gestão das verbas públicas, mas pela necessidade apresentada, assume, ainda, o papel da intervenção na aplicação das políticas públicas.

Imprescindível, neste ponto, nos refugiar às valiosas lições do Conselheiro do TCE/RO, Paulo Curi Neto[9]:

> De uma forma geral, os Tribunais de Contas no país têm um desempenho tímido no controle das políticas públicas. É indispensável que voltem os olhos a essa importante atribuição cometida pela Constituição. Iniciativas nessa senda merecem elogios, valendo mencionar, em âmbito local, o projeto desenvolvido pelo Auditor Hugo Costa Pessoa, com o beneplácito da Presidência, para a realização de auditoria operacional sob um novo enfoque, na área da educação.

Não prescinde comentar que esta suposta interferência nas políticas públicas se consubstanciam em decisões dos Tribunais de Contas acerca da implementação de ações que tenham reflexo no bem-estar dos jurisdicionados, por exemplo, na prestação da educação, saúde, e assistência por meio dos Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais cujas incumbências são albergadas pela gestão [da coisa] pública.

Constitui, nesta suposta interferência, quando os Tribunais de Contas avaliam, por exemplo, os contratos de limpeza pública em todas as suas fases, demonstrando atenção especial na saúde pública, na realização de avaliações junto à população sobre a qualidade dos serviços oferecidos, inspeções periódicas *in loco* dos investimentos em infraestrutura, nos gastos e ações de prevenção ao meio ambiente, planos de ações nas mais diversas matérias buscando dar sentido aos gastos e serviços públicos. Podem-se citar outras, tais como a implementação de obras públicas regulares, capacitação dos gestores e jurisdicionados para assuntos técnicos da rotina da Administração.

Todos estes exemplos designam formas de atuação dos Tribunais de Contas para implementação das Políticas Públicas.

É neste contexto que, solidificado no art. 70, da Constituição, legitima-se a atuação do Tribunal de Contas e demonstra, fundamentalmente, o seu papel em cada etapa do ciclo da política pública.

O direito à saúde, por sua vez, com nítida vinculação ao direito fundamental à vida, é o primário das políticas públicas, e um direito social previsto na Constituição Federal como direito de todos e dever do estado (CF, arts. 5º, 6º e 196).

Como bem estabelecido na Carta Política, a garantia do direito à vida deve ser feita por meio de políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA COMO OBJETO DE ESTUDOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Se por um lado pouco é falado acerca do controle das políticas públicas exercido pelos Tribunais de Contas, em proporção ainda menor é a discussão nestes Tribunais acerca da judicialização da saúde.

À primeira vista, o assunto pode induzir a erro de magnitude e proporção do perfil, do volume

[9] Op. Cit., Ibidem.

e do impacto da judicialização da saúde na administração em um dano aparentemente pequeno e suportável.

Por outro lado, diversamente do que se poderia supor em um primeiro momento, a judicialização da saúde reorienta o fluxo do atendimento das necessidades da população na área da saúde, com base em fatos e provas apresentados, na sua maioria individualmente, em processo judicial. A consequência disto é que se torna inviável uma racionalidade sistêmica no acesso a ações e serviços de saúde.

A discussão acerca da (im)possibilidade de imissão do Poder Judiciário fica a critério de outro debate. O que deve se ter em mente, é que as demandas nas quais este Poder acaba por atuar na gestão das políticas públicas, por via transversa fragilizam o planejamento e a gestão realizada pelos Órgãos competentes, os quais devem cumprir a decisão judicial, sem, no entanto, dispor sequer de tempo para readequação de seu planejamento.

Desse modo, torna-se indispensável que o gestor tenha mecanismos eficazes de diagnóstico da situação na qual se encontre sua gestão, a fim de tomar decisões e adaptar estratégias com base em evidências, evitando desperdícios de recursos públicos, os quais fortalecem uma das versões, e fragilizam outras delas.

Atento a este fragilizado assunto, o Tribunal de Contas imerge no cenário das políticas públicas como instrumento de efetivação das políticas públicas e do planejamento da gestão pública no caso específico da judicialização da saúde, a qual resguarda a manutenção de todos os outros direitos do cidadão.

6.1 ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AUDITORIAS OPERACIONAIS COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA SAÚDE

A par das competências e atribuições dos Tribunais de Contas oportunamente mencionadas, o exercício da auditoria merece elevado destaque e apreço no tema discutido neste trabalho.

Embora a conceituação do termo seja dificultosa, nas palavras de Carvalho Rocha (1992), o conceito que mais se aproxima do que deva ser uma *auditoria operacional*, dentro do enfoque do Controle Externo, “é aquele que concebe a Auditoria Operacional como uma avaliação da eficácia de uma entidade em cumprir seus objetivos, programas e metas, e da legalidade, economicidade e eficiência na administração de seus recursos”.

O surgimento das Auditorias se dá em decorrência da determinação da própria Constituição Federal, quando em seu artigo 70, dispõe que os Tribunais de Contas têm poderes para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

A mais especializada doutrina, concernente nas admoestações do Saudoso Professor Pascoal (Op. Cit., p. 177) relata:

> As AUDITORIAS obedecem a um planejamento específico e objetivam coletar dados pertinentes aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades; avaliar, do ponto de vista do desempenho operacional, suas atividades e sistemas; e aferir os resultados alcançados pelos programas de governo.

Daí se extrai a grande ideia de que a legalidade é apenas um dos aspectos analisados pelos Tribunais de Contas em suas análises e verificações, mas sua atuação não se restringe a esta única e exclusiva verificação.

A adoção de auditoria operacional no controle e na permanente avaliação do desempenho das entidades governamentais, se mostra como um instrumento fundamental para a sociedade democrática, em que o Poder Público tem a obrigação de prestar contas de suas ações.

Neste cenário, atua os Tribunais de Contas na fiscalização da implementação e cumprimento de políticas públicas, bem como na racionalização dos excessos de gastos e determinações de penalidades no caso de descumprimento de suas recomendações e determinações.

Tal como expõe Ulysses Jacoby Fernandes (2005, p. 265):

> No novo milênio, tal como já prevê a atual Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e de todas as esferas de governo, os Tribunais de Contas analisam a eficiência dos órgãos jurisdicionados. Por esse motivo, no mundo inteiro, as entidades de fiscalização externa caminham por abandonar o controle contábil e buscar o controle gerencial, que não se limita a dizer se a despesa foi realizada de acordo com os critérios de validade da contabilidade, mas define a contabilidade analítica de custos e busca de resultados efetivos. Luz para o princípio da eficiência, colaborando com o processo decisório de políticas públicas, como o controle tradicionalmente estabelece o *feedback* para o sistema administrativo, o redirecionamento das ações programadas.

Apresenta-se, pois, as auditorias como instrumentos essenciais para análise da da necessidade pública, da permanente avaliação do desempenho das entidades governamentais – tanto no aspecto de recursos, quando no aspecto ético-moral –, em que se deve resposta à sociedade pelo bom emprego dos recursos públicos.

6.1.1 Acórdão 1.787/2017 - Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) - Fiscalização de Orientação Centralizada sobre Judicialização na Saúde - Processo nº 009.253/2015-7

Recentemente, no ano de 2017, o Tribunal de Contas da União divulgou o resultado da auditoria que identificou o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde[10], estudo este que abrangeu os seguintes Estados da Federação: Amapá (AP), Minas Gerais (MG), Mato Grosso (MT), Paraná (PR), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Norte (RN), Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e São Paulo (SP).

Desta auditoria constata-se que, na União, de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R$ 70 milhões para R$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300% (mil e trezentos por cento). Mas não é só. Consta do Relatório apresentado que no período de 2010 a 2015, mais de 53% desses gastos se concentraram em três medicamentos que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, sendo que um deles não possui sequer registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA[11].

Esta brilhante e admirável auditoria culminou no Acórdão 1.787/2017, que, no tocante às ações tomadas pelos entes públicos para “mitigar o impacto da judicialização em seus orçamentos

[10] Disponibilização direta do sítio institucional do Tribunal de Contas da União – TCU. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm> Acesso em 26 mar 2018.
[11] IDEM, Ibidem.

e no acesso dos usuários à assistência à saúde", apontou os seguintes achados:

- insuficiência de controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde por parte do Ministério da Saúde e da maioria das secretarias de saúde selecionadas para análise;
- judicialização de itens não incorporados ao SUS e/ou sem registro na Anvisa;
- judicialização de itens que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS;
- implementação parcial das recomendações do CNJ pelo Poder Judiciário;
- ausência de procedimentos sistematizados e regulados para a realização do ressarcimento interfederativo.

Ao que se expos no relatório de auditoria apresentado naquela ocasião, torna-se visível o descontrole das rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o dimensionamento da judicialização da saúde, o que subsidiaria toda e qualquer tomada de decisão pelo Gestor, em suas derivadas esferas de poder.

À vista do cenário apresentado e de sua minuciosa análise, os Ministros do Tribunal de Contas da União, no exercício de suas competências, acordaram em determinações, como por exemplo, na recomendação ao Ministério da Saúde para que, em articulação com os demais órgãos envolvidos, *avalie a conveniência e a oportunidade de adotar procedimentos com vistas à melhoria do controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde*, bem como da eficiência, eficácia e economicidade dos procedimentos adotados para tratar o problema dos crescentes gastos com a judicialização da saúde, recomendando, ademais, uma série de criações, identificações, exames e produções.

Igualmente, os Ministros do Excelso de Contas da União, recomendaram, através do Acórdão 1.787/2017 – Plenário, a recomendação ao Ministério da Saúde para que, em articulação com os demais órgãos envolvidos, avalie a conveniência e a oportunidade de adotar procedimentos com vistas a diminuir gastos com medicamentos judicializados de alto custo não incorporados ao SUS, não registrados na Anvisa ou já regularmente fornecidos pelo SUS, consubstanciado no envio de informações exames, regulamentações e divulgações.

O TCU foi além, determinando, neste mesmo julgado, que o Ministério da Saúde, nos termos do art. 250, II, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º e 8º, II e III, da Resolução TCU 265/2014, apresentasse, no prazo de 90 dias, plano de ação a respeito das recomendações feitas no Acórdão, especificando para cada uma das recomendações as ações a serem adotadas para tratamento dos problemas identificados, os responsáveis pelas ações e os prazos para implementação, ou, se for o caso, a justificativa para a sua não implementação.

Ressalte-se, por fim, a determinação do Pleno do Tribunal de Contas da União (TCU) à Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), a fim de que esta realize o monitoramento da implementação da determinação constante do Acórdão, nos termos do art. 8º da Resolução TCU 265/2014, c/c art. 4º da Portaria-Segecex 27/2009.

7 CONCLUSÃO

É incontroverso que a atuação dos Tribunais de Contas, nas suas diversas esferas de Poder (União, Estado, Distrito Federal e Município) detém uma importância fundamental no campo do

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

controle e no estudo da racionalidade de recursos que paradoxalmente atingem todos os entes da federação.

Com a superveniência da nova Constituição e a ampliação extremamente significativa das competências dos Tribunais de Constas, que desde então detiveram poderes jurídicos mais amplos, estes Órgãos autônomos desenvolveram estrutura e capacidade de intervir nas decisões políticas, sobretudo nos aspectos financeiros e orçamentários, seja induzindo ações positivas ou negativas ao Estado, seja exigindo o seu comprometimento ou exercendo sua função típica sancionadora.

Assim, embora não seja tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera de decisão das Cortes de Contas, a atualidade demonstra a preparação e capacidade destes Órgãos na referida atuação, desde que se tratem de decisões tomadas à luz da Constituição.

Esta novel atuação, portanto, deve apresentar consonância aos aspectos principiológicos da economicidade, mínima onerosidade, e, principalmente, razoabilidade e proporcionalidade; não parece razoável que em suas decisões os Tribunais de Contas extrapolem de forma deliberada o mérito administrativo, mas que sua atuação sirva como verdadeira efetivação de direitos, na busca de uma gestão pública cada vez mais aprimorada.

8 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

LYNNLynn, L. E. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis. Santa Monica**, Calif.: Goodyear. 1980. Apud SOUZA. Celina. **Artigo Políticas Públicas: uma visão da literatura**. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16> Acesso em 30 mar. 2018.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Direito constitucional interpretado**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEAD, L. M. **Public Policy: Vision, Potential, Limits, Policy Currents, Fevereiro**: 1-4. 1995. *Apud* SOUZA, Celina. **Artigo Políticas Públicas: uma visão da literatura**. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16> Acesso em 30 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. - 9. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro esquematizado**. - 5. ed. rev. e atual. - rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro**. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Arlindo Carvalho. **Função da Auditoria Operacional na Avaliação e no Controle de Entidades Governamentais**. Artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas da União, nº 44, abr/jun de 1990, p. 67/79. Brasília, março de 1992. Disponível em <http://www.betatreinamento.com.br/visita/Funcao%20da%20Audit%20Op.htm> Acesso em 26 mar. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA PARA CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: O CONTROLE EXTERNO SOBRE AS LICITAÇÕES PÚBLICAS VOLTADO À GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL MULTIDIMENSIONAL

Autor: José Arimatéia Araújo de Queiroz*

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). *Master in Business Administration* (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela FARO. Advogado, Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: josearimateiaraujo@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo destina-se à análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) para concretizar o princípio da sustentabilidade, com o enfoque nas dimensões social, econômica e ambiental, tendo por objetivo identificar os atuais mecanismos de controle externo utilizados pela Corte de Contas para a consecução da governança sustentável na Administração Pública municipal e estadual, de modo a avaliá-los; e, ao final, propor novos métodos de aferição, principalmente no que concerne aos atos licitatórios, pois essenciais ao direcionamento das contratações do Poder Público para que, de fato, sejam sustentáveis. Ao longo do estudo, observa-se a maneira pela qual, hodiernamente, o TCE/RO procede quando da fiscalização de atos e contratos, utilizando-se das Tutelas Antecipatórias, de carácter inibitório, nos casos em que há riscos de violação ao princípio da sustentabilidade nas aquisições de bens, serviços e obras públicas. Por fim, com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência, é possível concluir que o TCE/RO já implementa medidas de orientação, com determinações de fazer aos seus jurisdicionados, objetivando às melhores práticas e políticas públicas de governança sustentável, porém, ainda é preciso avançar para inserir novos critérios paramétricos de sustentabilidade nas análises dos atos de licitação visando obter maior efetividade nas contratações; e, via reflexa, assegurar a continuidade e a qualidade das presentes e das futuras gerações de vida no Planeta. O método é o indutivo, por pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Sustentabilidade. Governança. Licitações Públicas.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto analisar a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) para concretizar o princípio da sustentabilidade multidimensional, principalmente ao efetivar a fiscalização sobre os atos de licitação destinados à aquisição de bens, serviços e obras públicas.

Neste viés, tendo por norte o atual contexto de degradação ambiental e de ameaça à qualidade e à continuidade da vida das pessoas e dos demais seres que habitam o Planeta; e, ainda, considerando que - no mundo em que se busca a transformação objetivando o bem-estar e a qualidade de vida - a sustentabilidade deve ser o primeiro norte para o desenvolvimento, a pergunta que sintetiza o presente estudo é: a atuação do TCE/RO pode contribuir para a concretização do princípio da sustentabilidade multidimensional, na medida em que as atividades de fiscalização dos atos licitatórios orientam a Administração Pública a utilizar as melhores práticas e políticas de governança sustentável?

Assim, exordialmente, amplia-se o conhecimento sobre a competência e a jurisdição do TCE/RO para fiscalizar os atos de licitação. E, em seguida, são definidos os conceitos de sustentabilidade e governança.

Neste contexto, faz-se a análise da atuação das Cortes de Contas para a consecução das dimensões social, econômica e ambiental da sustentabilidade; abordando-se, ainda, os aspectos ético e jurídico-político, que somam a quina multidimensional defendido por Freitas (2016, p. 59-80).

No ponto, será possível compreender que, atualmente, o TCE/RO já vem primando para que os Administradores Públicos do Estado e dos municípios de Rondônia adotem medidas de governança sustentável nos processos de licitação. As ações da Corte de Contas, inclusive, são tidas como vanguardistas por guardarem consonância com os ensinamentos de Bosselmann (2015, p. 258), o qual defende que: "uma nova governança de sustentabilidade é a nossa única escolha".

Neste caminho, são destacadas as decisões da Corte de Contas, por meio das "tutelas antecipatórias", de carácter inibitório - as quais buscam obstar a prática de atos lesivos à sustentabilidade multidimensional, como direcionam os princípios da precaução e da prevenção. Assim, será possível compreender que o TCE/RO já afere os atos de licitação, suspendendo a continuidade daqueles que contrariam as políticas de governança sustentável até que hajam os devidos saneamentos.

Em complemento, a título de contribuição, são propostas medidas para o aprimoramento das análises do TCE/RO sobre os editais de licitação, diante da necessidade de observância da inserção de critérios e de práticas sustentáveis, tendo por norte a previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93, regulamento pelo Estado de Rondônia na forma do Decreto nº. 21.264/16.

Posto isto, realizados os devidos estudos, defende-se que o TCE/RO possa firmar Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) ou Cartas de Propósito junto aos seus jurisdicionados, contemplando planos, programas, ações, métodos e diretrizes que assegurem a governança sustentável na Administração Pública rondoniense, visando propiciar maior efetividade das contratações de bens, serviços e obras públicas, em benefício das presentes e das futuras gerações de vida no Planeta.

O método adotado é o indutivo, com pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e jurisprudência relacionadas à temática.

1 A JURISDIÇÃO E A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA PARA ANÁLISE DE ATOS ADMINISTRATIVOS

O TCE/RO foi instituído pelo Decreto-Lei nº 47, de 31 de janeiro de 1983, sendo inserido no art. 48 e seguintes da Constituição do Estado de Rondônia. E, segundo o art. 4º da Lei Complementar nº 154, de 26 de julho de 1996, "o Tribunal de Contas do Estado, tem jurisdição própria e privativa, em todo o território do Estado, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência" (RONDÔNIA, 1996).

Segundo as normas em referência, é possível compreender que o TCE/RO detém jurisdição e competência fiscalizatória sobre toda a Administração Pública, direta e indireta, que integra o Estado de Rondônia e seus 52 (cinquenta e dois) municípios. Com isso, a Corte de Contas rondoniense pode atuar no controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos emitidos pelos gestores dos citados entes governamentais.

Ainda, no que concerne ao TCE/RO, para efeitos deste estudo, propõe-se ao leitor o seguinte Conceito Operacional[2]: órgão que integra constitucionalmente o Poder Legislativo do Estado de Rondônia, dotado de autonomia e independência administrativa e financeira, que contribui para a consecução da sustentabilidade por meio do exercício do controle externo, principalmente através da fiscalização de atos e contratos, com o objetivo de apoiar e estimular boas práticas de governança sustentável multidimensional, com ferramentas que facilitam o planejamento, a

fiscalização, a orientação e o acompanhamento das ações implementadas ou implementáveis pelas Administrações Públicas, diretas e indiretas, do Estado de Rondônia e dos municípios que o integram.

Diante do exposto, restam estabelecidas a jurisdição, a competência e a esfera de atuação do TCE/RO para a análise dos atos administrativos com base no princípio da sustentabilidade.

1.1 Conceitos Operacionais de Sustentabilidade e Governança.

Inicialmente, discorre-se sobre o Conceito Operacional[3] de Sustentabilidade adotado neste estudo, qual seja:

> [...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 43).

A definição em tela revela a necessidade de atuação conjunta do Estado e da sociedade para a concretização do princípio da sustentabilidade. Neste cenário, fica evidente a responsabilidade dos Tribunais de Contas, como órgãos de envergadura constitucional, no sentido de agir para que os atos do Poder Público, que se destinem à aquisição de bens, serviços e obras, estejam alinhados ao desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente.

Neste contexto, para que as ações de fiscalização das Cortes de Contas resultem em licitações e contratações que atendam às dimensões social, econômica, ambiental, ético e jurídico-político da sustentabilidade, tem-se que elas devem ser capazes de propiciar a melhoria da gestão pública, compreendida como a "administração de pessoas e de recursos" [...][4]; e, sobretudo, por meio da governança, a qual se define nos seguintes termos:

> Governança é a soma das várias formas individuais e instituições, públicas e privadas, de gerir seus interesses comuns. É um processo contínuo por meio do qual interesses conflitantes ou divergentes podem ser acomodados e ações cooperativas podem ser tomadas. (BOSSELMANN, 2015, p. 257).

Neste panorama, a análise dos Tribunais de Contas sobre os atos de licitação deve ter por base a orientação e a cooperação com vistas ao alcance das melhores práticas de governança sustentável, uma vez que o interesse coletivo somente é atendido quando há a devida integração entre os órgãos de controle, o poder público e a sociedade.

Segundo Bosselmann (2015, p. 45 e 48), [...] "o desafio ambiental exige uma cooperação internacional de todos. Estados, empresas e sociedade civil.", sendo que, para o referido autor, [...] "a política de integração é possível apenas por meio do direito, administração e governança".

E, como bem destacaram Garcia H. e Garcia S. (2016, p. 08) a "Governança deixa de ser um atributo de algum governo para ser, de modo cada vez mais profundo, instrumento do incremento da coesão de entidades e organizações nacionais, regionais e globais".

A governança estatal para a sustentabilidade foi tratada pelo TCU na obra: "dez passos para a boa governança", a qual disciplinou a temática na ótica abaixo disposta:

> Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. (BRASIL, p. 05).

Diante do conceito transcrito, em aferição de caso que envolvia nível baixo de governança, o TCU defendeu ser ela elemento chave para organizar o Estado em busca da superação de desafios e do alcance de objetivos comuns, tal como consta dos fundamentos do Acórdão nº 1827/2017 - Plenário, extrato:

> [...] a baixa governança estatal não permite atuação estratégica e ágil capaz de conduzir a articulação e a ação governamentais de forma coordenada, coerente e efetiva em prol do desenvolvimento sustentável [...], [...] a **governança pública é um instrumento-chave para organização do Estado, como um todo, para o alcance de seus objetivos e superação de desafios**. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Por estes fundamentos, a coesão de interesses para a consecução da sustentabilidade - que se mostra como objetivo comum para a continuidade da vida no Planeta - deve ocorrer por ações estatais coordenadas, as quais são necessárias para a superação dos desafios que atualmente obstam a governança.

Na senda do TCU, o TCE/RO também emite decisões destinadas à garantia da sustentabilidade multidimensional, como se observa no item VIII do Acórdão - AC2-TC 00905/17, Processo nº 1727/2015 – TCER[5], em que existiu recomendação aos Gestores Públicos para a implementação de ações e planos de trabalho visando à governança pública.

Por fim, em sintonia aos conceitos expressos e aos julgados transcritos, entende-se que os Tribunais de Contas se revelam como órgãos técnicos que detêm mecanismos para a implementação da governança sustentável.

2 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA PARA A CONSECUÇÃO DA SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL

Segundo Freitas (2016, p. 52-53), a sustentabilidade multidimensional é um “princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político”.

Em atenção às lições do citado autor, compreende-se que a **dimensão social** da sustentabilidade não se coaduna com práticas excludentes e métodos iníquos de desenvolvimento. Com isso, para que haja o atendimento da sustentabilidade social, no âmbito das licitações e contratações públicas, é preciso definir previamente, por meio dos estudos necessários, quais os impactos gerados quando da aquisição de bens, servidos; e, ainda, da contratação de obras públicas.

Na dimensão social o campo de estudo é vasto. Porém, cabe destacar o aprofundamento dos princípios da igualdade e da sustentabilidade dado por Tourinho (2013, p. 99-118), que defendeu as chamadas “ações afirmativas nas licitações públicas”. Em termos práticos, funciona de maneira parecida ao que atualmente ocorre nos concursos públicos, isto é, para a citada autora, as licitações devem propiciar o atendimento dos interesses de minorias socialmente discriminadas. A exemplo, para a contratação de obras públicas antes caberia definir, nos editais de licitação, a necessidade

de haver um determinado percentual de trabalhadores afrodescendentes ou portadores de necessidades especiais. Nesta ótica, relacionado a trabalhadores presos ou egressos, tem-se a Recomendação nº 29, de 16 de dezembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabelece:

> **RECOMENDAR** aos Tribunais que incluam nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para a proponente vencedora, quando da execução do contrato, disponibilizar vagas aos presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas e adolescentes em conflito com a lei, ao menos na seguinte proporção: I - 5% (cinco por cento) das vagas quando da contratação de 20 (vinte) ou mais trabalhadores; II - 01 (uma) vaga quando da contratação de 06 (seis) e a 19 (dezenove) trabalhadores, facultada a disponibilização de vaga para as contratações de até 5 trabalhadores. [...]. (BRASIL, 2009, grifo do original).

Considerando o cenário posto, tal como arguiu Tourinho (2013, p. 99-118), ainda que haja a necessidade de novas legislações - disciplinando, especificadamente, sobre as inserções de itens nos editais de licitação para a consecução de ações afirmativas - é preciso ampliar o conceito de legalidade.

E, observando a legalidade em sentido amplo, compreende-se ser possível aos Tribunais de Contas incorporarem o exemplo do CNJ para expedir recomendações aos seus jurisdicionados, em busca do cumprimento do princípio da sustentabilidade na dimensão social, podendo propor a inclusão de ações afirmativas nos editais de licitação.

Nestes meandros, cabe destacar o trabalho do TCE/RO, em busca do cumprimento da dimensão social da sustentabilidade, conforme se observa nos fundamentos da Decisão Monocrática n. 023/2018/GCWCSC, Processo nº 00520/16–TCER, que trata de Auditoria Operacional realizada sobre os serviços de transporte coletivo urbano de passageiros do município de Porto Velho, em que foi concedida defesa aos jurisdicionados, frente aos achados do controle externo, dentre os quais, a não disponibilização, em pelo menos 60% da frota de veículos, dos mecanismos de acessibilidade para pessoas portadoras de necessidades especiais.

Noutras apreciações sobre editais de licitação, o TCE/RO também tem emitido diversas recomendações para que haja o cumprimento do art. 44 da Lei Complementar n. 123/2006, objetivando o atendimento dos critérios de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte, conforme disposto no Parecer Prévio nº 5/2014 – Pleno[6]. Ademais, ainda que fora do tópico licitações, também são notórias as determinações do TCE/RO, na aferição dos editais de concursos públicos e processos seletivos simplificados, para que sejam previstos os critérios de desempate em favor dos idosos, a teor do art. 27, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), como previsto na DM-GCFCS-TC 00350/15, Processo nº 03696/15-TCE/RO.

Face ao exposto, observa-se que o TCE/RO já atua em benefício da elevação do princípio da sustentabilidade, contendo um vasto campo de crescimento destinado à proposição de novas determinações de fazer e recomendações aos seus jurisdicionados, tendo por norte a inclusão social por ações inovadoras. Pois, como ensina Freitas (2016, p. 62), “não se admite o modelo do desenvolvimento excludente e iníquo”.

A **dimensão ambiental** da sustentabilidade visa garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em benefício das presentes e das futuras gerações, como delineado no art. 225 da Constituição Federal. Vejamos:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Em reflexão ao descrito, observa-se que emana a competência do TCE/RO, como integrante da estrutura do "Poder Público", para a defesa do meio ambiente. Ao caso, Freitas (2016, p.70) ensina que "ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie". E, para o estabelecimento desta proteção, ao tratar da temática sobre o viés ecológico, Cunda (2016, *on-line*[7]), defende "o controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas", elegendo a auditoria operacional como mecanismo deste controle para a concretização do princípio da sustentabilidade.

Em verdade, desde os idos de 2008, o TCE/RO desenvolve trabalhos sólidos por meio de Auditorias Ambientais, tendo criado o Departamento de Controle Ambiental dentro da Secretaria Geral de Controle Externo (SGCE), com base no art. 2º da Lei Complementar n° 467/08, o qual, posteriormente, foi transformado em Diretoria de Controle Ambiental (DCA), nos termos do Anexo I da Lei Complementar nº 799/14.

Nas auditorias ambientais, por exemplo, o TCE/RO prima pela devida implementação de boas práticas e políticas públicas de sustentabilidade, a teor do item IV do Acórdão APL-TC 00329/16, constante do Processo nº 03110/09-TCE/RO[8].

Diante do exposto, é perceptível que a dimensão ambiental da sustentabilidade já está integrada à atuação do TCE/RO, posto que realiza auditorias ambientais destinadas a conduzir os gestores municipais e estaduais no planejamento e na implementação de ações e atos de governança sustentável. E, somado ao trabalho de auditoria em questão, há espaço para o TCE/RO ampliar suas ações fiscalizatórias, posto que, além de auditorias ambientais, também é possível criar novos mecanismos de controle para aprimorar as análises dos atos de licitação.

A ampliação e o aprimoramento da análise dos atos licitatórios, com a criação de novos métodos de controle, mostram-se salutares, uma vez que as auditorias geralmente são realizadas sobre atos já executados, ao passo que as licitações podem ser adequadas antes de ser efetivada a contratação.

No que tange à **dimensão econômica** da sustentabilidade, Freitas (2016, p. 70) evidencia a necessidade da ponderação e do "adequado "trade-off" entre eficiência e equidade." Para o autor, há de haver um "sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e privados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades)", posto que a economicidade não pode ser separada da "medição de consequências, de longo prazo".

Nesta senda, são pertinentes as lições de Derani (2008, p.43) ao destacar que o "Direito econômico concretiza-se pelo constante esforço em direção à melhoria da organização e planejamento da economia, e por isso só pode ser concebível como um processo".

Diante das definições em voga, compreende-se que a concretização da dimensão econômica da sustentabilidade nas licitações está conjugada à fase do planejamento, tendo em conta que é neste momento que a Administração Pública pode avaliar os custos diretos e indiretos na aquisição de bens, serviços ou na contratação de obras, incluindo a aferição dos fatores externos gerados em

determinado período.

O art. 6º, XII, da Lei nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), pode ser tido como referência de avaliação do que seja mais vantajoso à Administração Pública, no que concerne à sustentabilidade econômica, justamente por estimular o desenvolvimento de processos e tecnologias da informação, em que constem métodos e critérios para eleger a proposta que propicie [...] "maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos".

Para a contratação de obras e serviços de engenharia, Freitas (2011, *on line*[9]), ao analisar o art. 12 da Lei nº 8.666/93, disciplinou que os projetos básicos e executivos [...] "precisam ser elaboradas visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, ao lado da utilização de tecnologias que reduzam o impacto ambiental." Nesta ótica, o referido autor vincula o princípio da economicidade ao princípio da sustentabilidade.

Em relação à análise dos editais de licitação, destinados à aquisição de bens e serviços comuns, observando a economia gerada pela utilização da modalidade licitatória pregão, principalmente os realizados na forma eletrônica, o TCE/RO aprovou a Súmula n. 6/TCE-RO, *ipsis litteris*:

> **Súmula n. 6/TCE-RO** - Para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica. A utilização de modalidade e forma diversas, por se tratar de via excepcional, deve ser precedida de robusta justificativa que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso que a modalidade pregão na forma eletrônica. (RONDÔNIA, 2014).

Considerando o enunciado sumular transcrito, entende-se que o TCE/RO prima para que, na fase interna da licitação, os Administradores Públicos façam a opção pelo pregão, na forma eletrônica, definido na Lei nº 10.520/02, visando realizar contratações mais econômicas. E, em verdade, os mencionados gestores também podem adotar outras modalidades licitatórias previstas em lei, desde que devidamente motivado.

A iniciativa da Corte de Contas de Rondônia é plausível, no entanto, pode ser aprimorada, uma vez que a obtenção da proposta mais econômica por meio da realização do pregão eletrônico, não significa a aquisição do bem ou serviço mais vantajoso à Administração Pública, visto sobre o prisma da sustentabilidade, pois, como ensinou Freitas (2016, p. 244) "o menor preço será somente o que se revelar o melhor para a sustentabilidade".

Com efeito, mostra-se essencial que, na fase interna do planejamento da licitação, sejam estabelecidos os critérios e as práticas de sustentabilidade econômica, os quais devem ser insertos no edital, segundo os planos ou programas elaborados com base em estudos aptos a revelar, dentro de determinado período de tempo, qual a proposta mais vantajosa à Administração Pública, isto porque, em muitos casos, o menor preço não é o melhor preço.

Além das dimensões aqui tratadas, por serem o foco desta pesquisa, há as dimensões ético e jurídico-política da sustentabilidade. A primeira, nas palavras de Freitas (2016, p. 66-72) disciplina que [...] "honestidade de propósitos evolutivos é, sim, ingrediente de qualquer filosofia consistente de sustentabilidade, nas relações públicas e privadas, acompanhada da capacidade de antever os impactos sistêmicos." E, quanto à segunda, o autor evidencia ecoar [...] "no sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro".

Em verdade, é justamente com o propósito de prever impactos sistêmicos, os quais possam prejudicar a concretização do princípio da sustentabilidade, que os Tribunais de Contas foram eleitos, constitucionalmente, como órgãos de controle externo destinados a fiscalizar a boa aplicação dos recursos públicos.

Com isso, em relação à **dimensão ética** da sustentabilidade, deve ser de contínua observância pelos Tribunais de Contas, tanto no agir interno como na adoção de medidas para o combate dos desvios de recursos, por aqueles que querem buscar o enriquecimento pessoal em detrimento aos cofres públicos e com prejuízo a toda a sociedade. Inclusive, esta dimensão faz parte da essência fiscalizatória dos Tribunais de Contas, os quais podem identificar e punir o Administrador Público corrupto, atuando de maneira integrada com os demais órgãos policiais e de controle. E, no caso do TCE/RO, existe a possibilidade da celebração de Termos de Ajustamento de Gestão ou Acordos de Cooperação Técnica, segundo os artigos 1º, XVII, e 98-A ambos da Lei Complementar nº 154/96.

Por fim, no que diz respeito à **dimensão jurídico-política**, Freitas (2016, p. 72), bem salientou do dever constitucional de ser protegida [...] "a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica)". Em resumo, esta dimensão da sustentabilidade perpassa por todas as outras, constituindo-se em exigir do Poder Público e da sociedade práticas e políticas de inclusão social, dentro de um meio ambiente limpo e equilibrado, em que haja segurança econômica e fiscal[10], como garantia de melhores condições para a educação, saúde, segurança; e, ainda, o desfrute ao lazer nos espaços públicos.

Posto isto, considerando as medidas já implementadas pelo TCE/RO, somadas àquelas propostas neste estudo, vislumbra-se a possibilidade da concretização do princípio da sustentabilidade nas dimensões social, ambiental e econômica, mas também tendo por referência os aspectos ético e jurídico-político, com o fim de garantir a qualidade e a continuidade da vida no Planeta.

3 A FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DE LICITAÇÃO SOBRE O PRISMA DA SUSTENTABILIDADE

A partir deste título, dar-se-á enfoque às medidas efetivadas pelos Tribunais de Contas no campo da fiscalização dos atos de licitação, uma vez que é por meio deste instrumento que a Administração Pública adquire os bens, os serviços e realiza as obras necessárias ao atendimento do interesse público.

Ademais, é na face interna dos certames licitatórios que há a possibilidade de corrigir os rumos da futura contratação. É, neste momento, frente aos projetos básicos, termos de referência, orçamentos, estudos técnicos, dentre outros instrumentos exigidos por lei, que os gestores públicos podem sanear eventuais vícios, seguindo as recomendações e as determinações das Cortes de Contas, para tornar eficientes, eficazes e efetivas as ações destinadas à consecução do princípio da sustentabilidade.

3.1 As Tutelas Antecipatórias a Serviço da Sustentabilidade

Os Tribunais de Contas têm a competência constitucional para analisar a legalidade dos atos administrativos e estão autorizados a assinar prazo para que os gestores públicos elidam eventuais

irregularidades detectadas em editais de licitação; podendo, para tanto, impugnar tais atos ou até mesmo sustá-los, com a comunicação ao Poder Legislativo competente, tal como prevê o art. 71, IX e X, da Constituição Federal[11]. E, conforme disciplinado neste estudo, extrai-se que os atos em questão devem obedecer ao princípio da sustentabilidade multidimensional.

Neste particular, adota-se o Conceito Operacional de licitações sustentáveis proposto por Juarez Freitas, extrato:

> [...] são aquelas que, com isonomia e busca efetiva do desenvolvimento sustentável, visam à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais. (FREITAS, 2016, p. 268-269)

Quanto ao controle dos atos licitatórios, Fretas (2016, p. 246 e 299) também indica que não "há como tergiversar ou fingir indiferença: a contratação administrativa, para ser legal e legítima, terá de ser sustentável", sendo que para ele o "Estado sustentável não pode chegar tarde".

Porém, os Tribunais de Contas, por muitos anos, tiveram dificuldades em realizar o controle de legalidade e legitimidade sobre os atos de licitação, por meio de medidas preventivas, uma vez que não se utilizavam dos mecanismos aptos a obstar o curso de certames eivados de vícios, com violação ao princípio da sustentabilidade.

Entretanto, recentemente este cenário veio a se modificar, pois, a semelhança das cautelares e das medidas liminares adotadas pelo Poder Judiciário, as Cortes de Contas começaram a emitir decisões suspendendo atos de licitação que contrariassem o ordenamento jurídico e o interesse público, sempre dentro da esfera de suas competências constitucionais.

Na ótica em questão, Freitas (2011, *on line*) já defendia que [...] "as medidas cautelares dos Tribunais de Contas são impositivas para evitar os desvios nos financiamentos públicos, nas contratações administrativas." O que também foi compartilhado por Cunda (2016, *on-line*) ao expressar que no controle da sustentabilidade [...] "o exercício do poder geral de cautela e tutelas de urgência deverão ser acolhidos, para que os Tribunais de Contas não tardem em sua missão de controle".

Ao caso, para que os Tribunais de Contas pudessem desempenhar suas competências constitucionais com eficiência, eficácia e efetividade, principalmente na correção dos rumos dos editais de licitação, foi de suma importância a legitimidade conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual garantiu a emissão de tutelas cautelares de urgência pelas Cortes de Contas, considerando a teoria dos poderes implícitos[12]. A exemplo, observa-se trecho da ementa do Mandado de Segurança n.º 24.510-7:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. [...] **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões)**. [...]. (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Assim, diante do entendimento transcrito, o TCE/RO disciplinou sobre a matéria no art. 3-A da Lei Complementar nº 154/96, com redação dada pela Lei Complementar nº. 806/14; e, ainda, procedeu à regulamentação com os detalhamentos preconizados em seu Regimento Interno,

criando a tutela antecipatória de urgência e caráter inibitório[13].

Neste caminho, em atendimento aos princípios da prevenção e da precaução delineados por Freitas (2016, p. 298-299), por meio das tutelas antecipatórias de urgência, o TCE/RO vem obstando a continuidade de certames licitatórios até que hajam as devidas correções, segundo os critérios de sustentabilidade multidimensional.

Nesta senda, a Corte de Contas do Estado de Rondônia passa a inibir a prática de atos, e, via de consequência, a formulação de contratos administrativos que venham a desrespeitar o mencionado princípio. Neste aspecto, vislumbra-se o dispositivo na DM-GCVCS-TC 00121/2017, Processo nº 00232/17–TCE/RO, *in verbis*:

> [...] **I. Determinar** [*omissis*] **que se abstenham de iniciar novamente a licitação**, com a publicação do edital de Concorrência Pública n° 047/CELPE/PIDISE/2016 e/ou doutro edital deflagrado em substituição, sem antes proceder aos **ajustes nos projetos da licitação e o devido licenciamento ambiental do empreendimento**, em obediência principalmente ao disposto nos artigos 6º, IX; art. 7º, I, e § 2º, I e II; 12, II e VII, da Lei nº 8.666/93, [...]. **II. Determinar** [...] apresente justificativas e documentos que comprovem a adoção das seguintes medidas: a) **encaminhe o Relatório de Impacto sobre Tráfego Urbano - RIT**, aprovado na forma da legislação em vigor [...] (b) **apresente a Licença Ambiental de Excepcional Porte exigida pela Resolução COMDEMA 03/2017**, que classifica o Hospital como potencial poluidor alto porte excepcional (Anexo VI, Tabelas I e 02), [...]. (RONDÔNIA, 2017, grifos nossos).

Em aferição ao extrato da decisão sobreposta, observa-se que, diante de irregularidades em procedimento licitatório, houve a suspensão cautelar do curso do certame pelo TCE/RO, face à preocupação em assegurar que a obra licitada contivesse o relatório de impacto sobre o tráfego urbano, juntamente com os devidos licenciamentos ambientais, em atendimento pleno ao que preconizam as dimensões social e ambiental da sustentabilidade, haja vista que as futuras gerações contêm o direito social à mobilidade urbana, com o uso dos espaços públicos e exercício do direito à cidade e ao meio ambiente equilibrado.

Quanto à dimensão ambiental, cabe salientar que, além da previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que a licitação deverá promover o desenvolvimento nacional sustentável, os artigos 6º, IX; 7º, I, § 2º; e, 12, VII, também da referida lei, contêm previsão conjugada e nítida, que indica a impossibilidade de ser iniciada uma licitação, sem antes existir projeto básico prevendo todos os possíveis impactos ambientais[14].

Assim, extrai-se que o TCE/RO está apto a propor medidas, do âmbito de sua competência, para fazer com que os Administradores Públicos adotem as melhores práticas de governança e sustentabilidade, visando à concretização deste princípio.

Noutro exemplo, por meio da Decisão Monocrática n. 241/2016/GCWCSC, Processo nº 04687/15-TCE/RO - a qual tratou da análise de legalidade de licitação destinada à aquisição de Aeronave de Asa Fixa, Turboélice e Monomotor - o TCE/RO estabeleceu condição suspensiva para ser efetivada a citada compra, qual seja: a prévia alteração do Projeto de Redução de Emissão de Gases de Efeito Estufa, *ipsis litteris:*

> [...] II – DETERMINAR [*omissis*] que: **a) - A assinatura de eventual contrato, fruto da licitação em tela, mantenha-se sob a condição suspensiva, na forma do art. 125 do Código Civil, até ulterior alteração formal do Projeto de Redução de Emissão de Gases de Efeito Estufa**, e desde que o aludido projeto esteja em consonância material com as suas justificativas apresentadas no item 3 do Termo de Referência do Edital de Pregão Presencial Internacional n. 538/2015, [...]. (RONDÔNIA, 2016, grifo nosso).

Diante de decisões neste viés, entende-se que as tutelas antecipatórias, de caráter inibitório, emitidas pelo TCE/RO, de fato, contêm o propósito de sanear as impropriedades na fase da licitação e assegurar a sustentabilidade das futuras contratações, pois, com a diminuição de gases que causem o efeito estufa, há clara preocupação da Corte de Contas com a salvaguarda de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em favor das presentes e das futuras gerações, tal como disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Diante do exposto, conclui-se que o TCE/RO se encontra na vanguarda ao se utilizar das tutelas antecipatórias, de caráter inibitório, para determinar obrigações de fazer aos gestores públicos de Rondônia, visando ao saneamento de impropriedades que violem o princípio da sustentabilidade multidimensional.

3.2 Compras, Serviços e Obras Públicas Sustentáveis

O Poder Público, quando da aquisição de bens, serviços e obras, deve primar pela escolha da proposta que contenha o "melhor preço". Assim, não basta a Administração Pública eleger a proposta em que figure o menor preço, devendo julgar vencedora da licitação a que conjugue menores curtos e mais benefícios para a sustentabilidade.

Neste ponto, Freitas, (2011, *on line*) ensina que [...] "melhor preço é aquele que implica os menores impactos e externalidades negativas e, concomitantemente, os maiores benefícios globais." E, para a análise da proposta mais vantajosa pela ótica em questão, o citado autor defende que os Tribunais de Contas devem assumir [...] "o protagonismo da redefinição da arquitetura licitatória, ao cobrarem imediatamente o exame motivado dos custos e benefícios, diretos e indiretos, em termos econômicos, sociais e ambientais" [...].

Em igual sentido, Cunda (2016, *on-line*), destacou que o "controle externo das licitações, a incluir critérios de sustentabilidade de avaliação das propostas, deverá ser aprimorado pelos Tribunais de Contas".

Considerando as lições em voga, e, tendo em vista que as propostas de menor preço ainda são as mais elegidas pelo Poder Público nas licitações, por refletirem uma "vantagem fantasiosa" ao serem desprovidas de prévia avaliação de custos e da realização dos necessários estudos - destinados à formulação de itens no edital que contemplem critérios e práticas de sustentabilidade - é preciso reconhecer a necessidade premente dos Tribunais de Contas aprimorarem os métodos de fiscalização dos atos licitatórios no Brasil.

Em verdade, também é uma questão de mudança de cultura da Administração Pública, a qual deve ser incentivada e direcionada pelas Cortes de Contas para que desenvolva práticas públicas sustentáveis na fase do planejamento das contratações, *in verbis*:

> [...] a inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações depende muito mais de uma mudança de cultura do que de uma alteração legislativa. Com a nova forma de especificar os bens e serviços a serem licitados, os gestores podem dar efetividade às licitações sustentáveis. Assim, recomenda-se a adaptação dos editais e termos de referência com a inclusão do aspecto ambiental nas ações administrativas vez que é totalmente legal e viável implementar as licitações sustentáveis. (COSTA 2012, *on-line*).

No contexto, para contribuir com a mudança de cultura em tela, defende-se o aprimoramento da análise dos Tribunais de Contas sobre os atos de licitação, para que haja a inserção dos critérios de sustentabilidade, tendo por base a doutrina, as normas já em vigor; e, ainda, a jurisprudência

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO 30 OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

atual sobre a matéria.

Em relação à **doutrina** que estuda a temática, são sempre valorosos os ensinamentos de Juarez Freitas ao destacar a necessidade de existir a ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos, quando da formulação dos atos de licitação pelo Poder Público, veja-se:

> As licitações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em todos os Poderes, **precisam incorporar, definitivamente, ao escrutínio das propostas, os incontornáveis critérios paramétricos de sustentabilidade para ponderar os custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais, ambientais e econômicos**. Apenas assim, poderão aferir a real vantagem para a Administração Pública, (FREITAS, 2011, *on line,* grifo nosso).

Frente ao descrito pelo autor, a incorporação dos critérios de sustentabilidade nos atos de licitação deve ser objeto da análise pelos Tribunais de Contas para aferir se os seus jurisdicionados - na fase interna do certame, que precede à elaboração dos editais - efetivaram os estudos técnicos necessários para estimar os custos, diretos e indiretos, bem como revelar os benefícios sociais, ambientais e econômicos gerados na aquisição do objeto pretendido.

No que concerne às **normas** que versam especificamente sobre a matéria, vislumbra-se, no âmbito da União, o Decreto nº 7.746/12[15], com nova redação dada pelo Decreto nº 9.178/17; e, no Estado de Rondônia, o Decreto nº. 21.264/16[16], todos regulamentando, no contexto de suas competências e alçadas, o teor do art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece a promoção do desenvolvimento sustentável. Com fulcro nos mencionados normativos, podem-se destacar os critérios e as práticas de sustentabilidade multidimensional a serem insertos nos editais de licitação destinados à aquisição de bens, serviços e à contratação de obras de engenharia, em resumo:

a) Na aquisição de bens a exigência de que: sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico ou biodegradável, com preferência pelo uso de matérias primas local originárias de manejo florestal sustentável ou reflorestamento; não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada pelos órgãos oficiais; na origem, sejam sustentáveis os recursos naturais utilizados, com o uso de tecnologias que reduzam os impactos sobre a flora, fauna, ar, solo e água; que contenham maior vida útil e menor custo de manutenção, entre outros;

b) Na contratação da prestação de serviços, observância de: utilização de produtos de limpeza e conservação seguros e atóxicos; uso de equipamentos de limpeza que gerem o menor ruído possível; realização de programa de treinamento aos colaboradores, visando à redução do consumo de energia elétrica, água e produção de resíduos sólidos; separação dos resíduos recicláveis; destinação adequada das pilhas e baterias usadas, dentre outros;

c) Na contratação de obras públicas e serviços de engenharia exigência de: projetos básicos e executivos que contemplem soluções de automação e iluminação natural, o uso de energias limpas, com equipamentos que reduzam o consumo, e, no sistema hidráulico, reaproveitamento e uso da água da chuva; menores impactos sobre os recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; maior vida útil e menor custo de manutenção; uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; origem sustentável dos recursos naturais utilizados; utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros

originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento, entre outros.

Em apreciação ao resumo de critérios e práticas de sustentabilidade previstos no Decreto nº 7.746/12 e no Decreto nº. 21.264/16, que regulamentaram o art. 3º da Lei nº 8.666/93, extrai-se que eles são vinculantes e impositivos, portanto, os Tribunais de Contas detêm a competência legal e a legitimidade para determinar à Administração Pública que cumpra os citados requisitos ao tempo do planejamento e da elaboração dos editais de licitação; ou, acaso já iniciados os certames licitatórios, que as referidas Cortes possam determinar o saneamento de eventuais vícios, com a suspensão dos atos, por meio de tutelas antecipatórias, de carácter inibitório, até que sejam comprovados os devidos saneamentos.

No que diz respeito à **jurisprudência**, cabe destacar a atuação do TCU, visando à gestão das aquisições e à governança sustentável, na forma do Acórdão nº 2.622/2015 – Plenário; e, principalmente, do Acórdão nº 1.056/2017 – Plenário, em que a Corte de Contas da União avaliou o nível de implementação dos critérios e das práticas de sustentabilidade nos atos de licitação por parte da Administração Pública Federal, para determinar a adoção de medidas em atendimento ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo Decreto nº 7.746/12.

Em síntese, no Acórdão nº 1.056/2017 – Plenário, o TCU fixou prazos, a contar de 1º de janeiro de 2018, para que haja o retorno das atividades da Comissão Interministerial de Sustentabilidade da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional (Cisap), com a apresentação do Plano de Ação destinado a implementar o necessário sistema de acompanhamento das medidas de sustentabilidade, segundo o previsto no Decreto nº 7.746/12.

Em seguida, a Corte de Contas da União também determinou a instrumentalização do Índice de Acompanhamento da Sustentabilidade na Administração (IASA); a criação de Planos de Gestão de Logística Sustentável (PLS), conforme definido no planejamento estratégico de cada órgão e entidade. E, quanto a este último, o TCU exigiu o Plano Anual de Contratações, especificando os requisitos de sustentabilidade com base no PLS;

Ainda, no Acórdão nº 1.056/2017 – Plenário, o TCU deliberou para que sejam planejadas e executadas boas práticas de governança sustentável, com a realização dos estudos necessários e viabilização de sistema de acompanhamento e monitoramento das ações de sustentabilidade, por parâmetros desejáveis de consumo, posicionando-se pela celebração da 1ª Carta de Propósitos para a sustentabilidade em conjunto com a Secretaria Geral de Administração do próprio Tribunal.

A teor das várias proposições em destaque, nota-se que o TCU está atuando amplamente para a consecução da sustentabilidade multidimensional, com o incentivo à governança sustentável na Administração Pública Federal; e, portanto, constitui modelo de boa prática a ser estabelecido pelas demais Cortes de Contas.

O TCE/RO, como disposto em tópicos anteriores, também emite recomendações e determinações de fazer aos seus jurisdicionados para ações de governança sustentável, com a exigência da correção dos atos de licitação para a inserção de critérios e práticas de sustentabilidade, na forma de decisões com tutelas antecipatórias, de carácter inibitório. Porém, é preciso reconhecer que a Corte de Contas de Rondônia deve aprimorar e ampliar seus procedimentos de fiscalização sobre tais atos, conforme deliberou o TCU, principalmente no Acórdão nº 1.056/2017 – Plenário.

E, como abordado noutro momento, mesmo que as medidas dispostas em tutelas

antecipatórias ou identificadas por achados de auditorias possam inibir a violação ao princípio da sustentabilidade multidimensional, faz-se imprescindível à adoção de novas ações por parte do TCE/RO para a orientação prévia de todos os seus jurisdicionados, de modo que possam criar planos e programas que garantam, com efetividade e eficiência, a implementação eficaz do desenvolvimento estadual e municipal sustentáveis, tendo por base o Decreto nº. 21.264/16, como proposto nas considerações finais desta pesquisa.

Diante do contexto posto, conclui-se que o TCE/RO deve atuar, junto aos gestores públicos de Rondônia, para que haja uma mudança de cultura voltada à utilização de critérios e práticas sustentáveis nos editais de licitação destinados à aquisição de bens, serviços e obras públicas, para garantir que os futuros contratos administrativos sejam firmados com base no "melhor preço" para a Administração, com previsões assecuratórias, principalmente, das dimensões social, econômica e ambiental da sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exordialmente, na vertente pesquisa, foi possível compreender que o TCE/RO detém competência e jurisdição para fiscalizar os atos administrativos emitidos pelos gestores públicos do Estado e dos municípios de Rondônia. E, após breves conceitos sobre a matéria, definiu-se que a mencionada Corte de Contas é um órgão constitucional que atua, de maneira integrada, para o aprimoramento da governança sustentável.

Em sequência, foi realizada a abordagem pormenorizada das dimensões social, ambiental e econômica da sustentabilidade, com pequenas considerações sobre os aspectos ético e jurídico-político. E, no ponto, chegou-se ao entendimento de que as atividades de fiscalização desenvolvidas pelo TCE/RO, principalmente sobre os atos de licitação, contribuem para a consecução da governança sustentável, ainda que necessitem de maior aprofundamento e avanços, com novas previsões editalícias que assegurem boas práticas ambientais, políticas sócias inclusivas e parâmetros econômicos inovadores para que se alcance, verdadeiramente, a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Continuamente, houve a análise da atuação do TCE/RO, sobretudo, por meio das decisões com "tutelas antecipatórias", de carácter inibitório, as quais são prolatadas com o objetivo de obstar os atos de licitação que contrariem os critérios e as boas práticas de sustentabilidade, momento em que foram apresentadas decisões da Corte de Contas que primaram pela garantia do principio em tela.

Ao final da pesquisa, aferiu-se o que se entende por "melhor preço", compreendendo-se que nem sempre o menor preço é a opção mais adequada a ser eleita, pois, nos editais de licitação, destinados à aquisição de bens, serviços e obras públicas, devem ser considerados os critérios e as práticas sustentáveis, conforme a previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93. Diante do exposto, foi possível concluir que o TCE/RO é vanguardista, pois, há algum tempo, fiscaliza os atos de licitação emitidos por seus jurisdicionados para que sejam capazes de assegurar contratações sustentáveis.

No mais, a título de contribuição, com base na doutrina, nas normas jurídicas e na jurisprudência referenciadas neste estudo; e, ainda, tendo como parâmetro a deliberação do TCU, constante do Acórdão 1.056/2017 – Plenário, defende-se que seja aprimorado e ampliado o âmbito

de atuação do TCE/RO, no que diz respeito aos atos de licitação salutares ao estabelecimento de contratações sustentáveis.

E, para tanto, entende-se que o TCE/RO deve exigir das Administrações, diretas e indiretas, do Estado e dos municípios de Rondônia que: a) constituam comissões destinadas a efetivar os estudos necessários ao pleno cumprimento do art. 3º da Lei nº 8.666/93, com a implementação dos critérios e das práticas sustentáveis disciplinados no Decreto nº. 21.264/16 e normas municipais correlatas; b) desenvolvam Planos de Ação e estabeleçam Índice de Acompanhamento da Sustentabilidade nas aquisições de bens, serviços e obras públicas; c) criem Programas de Gestão de Logística Sustentável (PGLS), com a devida previsão nos Planos Estratégicos de cada entidade ou órgão público; elaborem Plano Anual de Contratações, segundo os PGLS; e, d) planejem e executem boas práticas de governança sustentável multidimensional, com a criação de sistema de acompanhamento e monitoramento das ações de sustentabilidade nas licitações, por parâmetros desejáveis de consumo.

Em complemento, na linha do TCU, constitui boa prática que, antes da proposição das ações aqui referenciadas, o TCE/RO efetive os estudos, por meio do setor técnico da Corte de Contas, para identificar a viabilidade de serem celebrados Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) ou Cartas de Propósito junto aos seus jurisdicionados, contendo as medidas de gestão estadual e municipal sustentáveis.

Posto isso, conclui-se que o TCE/RO, hodiernamente, contribui para a concretização do princípio da sustentabilidade, podendo ampliar suas ações fiscalizatórias sobre os atos de licitação para se firmar, ainda mais, como ente de cooperação para a governança sustentável, ao se utilizar de mecanismos inovadores destinados ao aprimoramento da Administração Pública, com o objetivo de que esta possa conduzir seus atos pautados pelas diretrizes da sustentabilidade multidimensional, tendo como finalidade última modificar o atual cenário de degradação ambiental e de limitação à qualidade e à continuidade da vida no Planeta.

---

[1] Formatação *vide* item 5.3.3 da ABNT (NBR 14724, 2002), com estrutura definida no item 5, subitens 5.1, 5.2 e 5.3 da ABNT (NBR 6022, 2003).

[2] Conceito Operacional - COP proposto por composição "é aquele que resulta da elaboração do Pesquisador, seja pela utilização das ideias de outros [...], [...] combinadas com as do próprio Pesquisador". A teor do definido por PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**.12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.40.

[3] Conceito Operacional - COP proposto por adoção "que ocorre quando o Pesquisador utiliza como Cop aquele já elaborado por outro autor". Segundo PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, *id*. p.37.

[4] Conceito extraído da obra do INSTITUTO RUI BARBOSA, que trata das Normas de Auditoria Governamental (NAGs) Aplicáveis ao Controle Externo Brasileiro (2011, p. 13-14).

[5] No Acórdão - AC2-TC 00905/17, dentre outras medidas, o TCE/RO dispôs por: [...] *VIII – RECOMENDAR, mediante expedição de ofício, sob o aspecto pedagógico, por seu turno, indutor das boas práticas na Administração Pública, com o fito de melhorar a eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública,* ***sob a ótica da tutela da sustentabilidade multidimensional*** *(econômica, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial) exercida pelas Cortes de Contas,* ***forte a atrair o direito fundamental à boa governança pública*** [...] (RONDÔNIA, 2017, grifos nossos).

[6] No item II do Parecer Prévio nº 5/2014 – Pleno, o TCE/RO definiu que [...] *caberá ao Administrador Público demonstrar* [...], [...] *os motivos e as razões de direito para o* ***tratamento diferenciado*** *conferido, no certame, às microempresas e às empresas de pequeno porte.* (RONDÔNIA, 2014, grifo nosso).

[7] Citação direta de artigo científico eletrônico, sem paginação, conforme disposto pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, no **Manual de Normalização para o NITEG e o PPGCI da ECI-UFMG**. Disponível em: <http://normalizacao.eci.ufmg.br/?Cita%E7%F5es:Diretas>. Acesso em: 13 fev. 2018.

[8] No Acórdão APL-TC 00329/16, item IV, o TCE/RO determinou, dentre outras medidas, *a formulação de uma* ***política ambiental urbana*** *de maneira clara e compromissada; o estabelecimento de* ***sistema de gestão ambiental****; a inserção no Plano Plurianual de objetivos e estabelecimento de metas, referente às* ***ações relacionadas com o meio ambiente****; a criação e a manutenção de um banco de dados sobre as principais* ***estatísticas ambientais****, em níveis local, nacional e internacional; a capacitação dos gestores setoriais no manejo das técnicas de* ***planejamento e gestão ambiental****; a elaboração de* ***orçamento ambiental****; a promoção de campanhas de* ***educação ambiental****; a capacitação do quadro de pessoal, com vistas a um melhor desempenho e ação efetiva no* ***tocante às questões ambientais visando a uma melhor qualidade de vida do cidadão na busca do desenvolvimento sustentável****.* (RONDÔNIA, 2016, grifos nossos).

[9] Citação direta de artigo sem paginação, conforme disposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG), no Manual de Normalização para o NITEG e o PPGCI da ECI-UFMG. **Citação direta de texto sem paginação**. Disponível em: <http://normalizacao.eci.ufmg.br/?Cita%E7%F5es: Diretas>. Acesso em: 13 fev. 2018.

[10] Além da sustentabilidade sobre as dimensões social, ambiental, econômica, ético e jurídico política, conforme a classificação de Freitas (2016, p. 52-53), é pertinente indicar que Cunda (2013, p. 1930) também inclui a **dimensão fiscal**. Para a citada autora, a dimensão fiscal está interligada à econômica, pois se [...] "o funcionamento da economia de mercado não proporcionar excedentes tributários adequados à correspondente dimensão do Estado, este se torna insustentável." Há relevância nesta classificação, na medida em que no Brasil, hodiernamente, se vive uma alongada crise fiscal, com efeitos que podem ser devastadores às finanças dos Estados e da União, tal como ocorre no contexto previdenciário, em que as gerações atual e futura terão de assumir as dívidas públicas atinentes às gerações anteriores, com todos os sacrifícios. Assim, é preciso que os gestores não desperdicem os recursos orçamentários, com boa fatia advinda da elevada tributação imputada aos cidadãos brasileiros, cabendo aos Tribunais de Contas traçarem as diretrizes necessárias a subsidiar as aquisições de bens, serviços e obras dentro da sustentabilidade multidimensional, para que desperdícios sejam evitados.

[11] Prevê a Constituição Federal de 1988 que: *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;* [...]. (BRASIL, 1988).

[12] A **teoria dos poderes implícitos** teve origem no precedente da Suprema Corte Americana, no caso McCULLOCH v. MARYLAND (1989), em que o eminente juiz John Marshall defendeu que a Constituição Americana, ao estabelecer alguns poderes explícitos e objetivos a serem alcançados, também conferiu poderes implícitos à sua consecução. Assim, se os Tribunais de Contas têm competência para analisar os atos de licitação, por consequência e implicitamente, também detêm o poder de sustá-los, quando eivado de vícios.

[13] A Lei Complementar nº. 806/14 acresceu o art. 3º-A ao texto da Lei Complementar nº 154/1996, no sentido do estabelecimento da "tutela de urgência, normalmente de caráter inibitório". Tal redação veio reforçar a previsão já constante do Regimento Interno da Corte de Contas do Estado de Rondônia (Resolução Administrativa nº 005/TCER-96, com redação dada pela Resolução nº 76/TCE/RO-2011), disciplinando que: [...] *Art. 108-A. A Tutela Antecipatória é a decisão proferida de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público de Contas, da Unidade Técnica, de qualquer cidadão, pessoa jurídica interessada, partido político, associação ou sindicato, por juízo singular ou colegiado, com ou sem a prévia oitiva do requerido, normalmente de caráter inibitório, que antecipa,*

total ou parcialmente, os efeitos do provável provimento final, nos casos de fundado receio de consumação, reiteração ou de continuação de lesão ao erário ou de grave irregularidade, desde que presente justificado receio de ineficácia da decisão final. (RONDÔNIA, 2014).

[14] A Lei nº 8.666/93 deixa bem clara a impossibilidade de ser iniciado um processo de licitação, sem antes existirem os competentes estudos de impacto ambiental. Vejamos: [...] *Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a* ***viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento****, [...] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; [...].* ***§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico*** *[...].* ***Art. 12. Nos projetos básicos*** *e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: [...] VII -* ***impacto ambiental.*** (BRASIL, 1993, grifos nossos).

[15] O Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, *regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer que: [...] Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando* ***critérios e práticas de sustentabilidade*** *objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.* (BRASIL, 2012, grifos nossos).

[16] O Estado de Rondônia regulamentou a matéria na forma do Decreto nº. 21.264, de 20 de setembro de 2016 indicando que: *[...] Art. 3º Os Órgãos e Entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional deverão observar, em seus procedimentos licitatórios,* ***critérios de sustentabilidade ambiental****, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.* (RONDÔNIA, 2016, grifos nossos).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: Informação e documentação - Artigo em publicação periódica científica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 14724**: Informação e documentação - Trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 29, de 16 de dezembro de 2009. Recomenda aos Tribunais incluir nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para o contratante disponibilizar percentual de vagas destinadas ao Projeto Começar de Novo. **Publicada no DOU, Seção 1, em 17/12/09, p. 135, e no DJ-e nº 216/2009, em 17/12/09, p. 3**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1197>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. Decreto Federal nº 9.178, de 23 de outubro de 2017. Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9178.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança n.º 24.510-7. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 19.11.2003. **Publicado no DJ de 19.03.2004**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.

SUSTENTABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Autor: Tiago Cadore*

* Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia; Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito de Curitiba – Unicuritiba; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Especialista em Direito Público pela Unibrasil/Escola da Magistratura Federal do Paraná; Mestrando do Programa de Pós-graduação (Stricto Sensu) de Mestrado Interinstitucional (MINTER) em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (Promotora) e Faculdade Católica de Rondônia – FCR (Receptora).

RESUMO

Ante a superlatividade das crises vividas pela atual sociedade, a sustentabilidade, em todas as suas dimensões (social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política) surge como um dos limites à atividade discricionária do Administrador Público, aliada aos demais limites já conhecidos na atividade estatal. O estudo desse limite se mostra importante para a garantia da prática de atos lídimos e garantidores dos interesses e bens fundamentais dos cidadãos e da supremacia do interesse público, respeitando-se as atuais e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE

Discricionariedade administrativa. Limites. Sustentabilidade. Dimensões da Sustentabilidade. Sustentabilidade como limite à discricionariedade administrativa.

I. INTRODUÇÃO

No sistema democrático representativo é preciso deixar aos representantes eleitos margens de atuação para que cumpram seus projetos apresentados aos eleitores e, ainda, para que atuem no campo das políticas públicas de forma a melhor satisfazer o interesse público.

O Estado atua através da prática de atos administrativos, cujo mérito cabe ao administrador avaliar e optar por aquilo que entender como correto. Trata-se da chamada discricionariedade administrativa, a qual, todavia, não é absoluta, deve respeitar os limites da lei e, defende-se, também, da sustentabilidade.

Para que se possa analisar a sustentabilidade como limite à discricionariedade administrativa é preciso em um primeiro momento estudar a discricionariedade administrativa, suas características e aplicabilidade.

Feito isso, far-se-á necessário traçar um panorama geral da sustentabilidade, em suas diversas dimensões, a fim de verificar em que pontos podem ser tidas como fundamento para limitar a discricionariedade dos agentes públicos.

O método a ser utilizado é o indutivo, identificando-se as categorias e conceitos operacionais da discricionariedade administrativa e da sustentabilidade, com o objetivo de alcançar a conclusão pretendida.

II. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O agente público ocupante de cargo com atribuições administrativas precisa, em diversos momentos, fazer opções para concretizar políticas públicas bem como para encaminhar o andamento dos setores públicos. Tais escolhas deverão ser feitas de acordo com o chamado “ótimo administrativo”, dentro da margem existente de liberdade de atuação.

Seabra Fagundes, na clássica definição afirmou que “administrar é aplicar a lei de ofício”.

Hodiernamente já se entende que administrar é mais do que apenas aplicar a lei de ofício, pois todo o ordenamento jurídico deve ser observado nos momentos de escolha, não se limitando o administrador à lei em si mesma. É preciso, para bem administrar, observar a juridicidade como um todo, observando-se as leis, os princípios e a Constituição da República.

A discricionariedade administrativa está ligada diretamente ao mérito do ato administrativo. A partir da leitura do artigo 2º da Lei 4.717/65, que regula a ação popular, é possível extrair os elementos ou requisitos do ato administrativo válido: competência ou sujeito competente, finalidade, forma, motivo e objeto. O não preenchimento de tais requisitos implica a nulidade do ato.

É preciso analisar cada um deles para verificar qual se encaixa no âmbito da discricionariedade administrativa e qual é chamado de vinculado, ou seja, aquele em que o agente público não tem margem de escolha, devendo atuar necessariamente da forma como a lei determina.

II.I. Elementos do ato administrativo

Analisar competência é analisar a quem a lei garante atribuição para a prática de determinado ato administrativo. Somente o agente com competência definida em lei é que pode praticar atos administrativos, pois o interesse público impõe reserva na prática de tais atos, uma vez que extremamente importantes ao atendimento das necessidades básicas da população. Competência é, portanto, o conjunto de poderes que a lei concede a um agente público para que ele atue na busca da satisfação do interesse público.

Finalidade é o objetivo da prática do ato administrativo. Trata-se de uma das divisões do princípio da impessoalidade, segundo o qual ninguém pode ser beneficiado ou prejudicado de forma direta e intencional pela prática de atos administrativos. A finalidade pode ser mediata, equivalente ao atingimento do interesse público ou imediata, que é a finalidade imposta pela lei.

Forma, como elemento do ato administrativo pode ser vista a partir de duas vertentes: a maneira pela qual o ato é exteriorizado, ou seja, trazido a público ou, a partir de uma concepção mais ampla, como um conjunto de formalidades que integram a formação do ato administrativo, ou seja, todas as etapas da prática do ato administrativo até a sua publicação, até que se torne público.

Dando sequência à análise dos elementos do ato administrativo, tem-se o motivo como objeto de estudo. Por motivo pode-se entender as razões de fato e de direito que dão causa ao ato administrativo. É preciso distinguir o motivo do ato administrativo da sua motivação, sendo esta a exposição escrita das razões de fato e de direito que dão amparo à prática do ato. Motivo, portanto, é a situação que gera a prática e motivação é a apresentação escrita e formal das razões pelas quais houve a prática. A motivação faz parte da forma do ato administrativo e, quando ausente, pode dar ensejo à anulação do ato por vício de forma (ausência de motivação).

Por fim, tem-se o objeto como elemento do ato administrativo, sendo que por objeto se entende o resultado provocado pelo ato administrativo na ordem jurídica, ou seja, o conteúdo material do ato administrativo, aquilo que a sua prática acarreta.

Verificados, pois, os elementos do ato administrativo, a análise que resta fazer diz respeito à vinculação e discricionariedade deles. Vinculados são os elementos em relação aos quais o agente público não tem escolha. Sua atuação deve ser tal qual determinada pelo ordenamento jurídico, inexistindo margem para valoração por parte do praticante do ato. Verificada a ocorrência da hipótese legal, imposta ao agente está a obrigatoriedade da prática do ato de acordo com o que determinado pela norma regente. Por sua vez, quando houver discricionariedade, haverá margem de escolha ao agente público, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade, poderá ele optar por aquilo que entender ser o melhor para a satisfação do interesse público.

Conforme visto, a competência é o conjunto de poderes que o ordenamento jurídico atribui a um agente público para que ele pratique atos administrativos. Desta forma, a competência será sempre um elemento vinculado, pois inexiste margem de escolha, conveniência ou oportunidade na questão da competência. Ou o agente público é dotado por lei de competência administrativa ou não é. O desrespeito às normas de competência geram vícios de três ordens: excesso de poder (quando o agente pratica ato que extrapola sua competência); usurpação de função (quando pratica ato sem ser investido na função pública competente para tal) e; função de fato (quando embora investido, o procedimento de investidura foi ilegal).

Finalidade, tal qual a competência, é elemento vinculado do ato administrativo, uma vez que os atos somente podem ser praticados visando atingir os fins para os quais foram criados. Não se pode direcionar a prática de um ato para o atingimento de finalidade espúria, pessoal ou ilegal. Não pode, portanto, o agente público valer-se de discricionariedade para escolha da finalidade do ato. Inexiste margem de atuação no campo da conveniência e oportunidade quando se fala em finalidade do ato administrativo.

No tocante à forma, existem dois posicionamentos. O primeiro deles, mais conservador defende que a forma é elemento vinculado do ato administrativo, inadmitindo discricionariedade. O posicionamento mais moderno, porém, é em sentido contrário, afirmando que a forma pode ser discricionária, desde que a lei não exija de maneira expressa que o ato seja praticado de determinada forma. É o segundo posicionamento que se entende mais correto, até porque o artigo 22, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo é taxativo ao afirmar que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Inexiste razão, portanto, para se entender como vinculado o elemento forma do ato administrativo.

O motivo do ato administrativo é o elemento que pode se apresentar como vinculado em determinados casos e como discricionário em outros. Será vinculado quando a lei não deixar margem ao agente público para que promova escolhas. Como visto, por motivo se entendem as razões de fato e de direito que impõem ou autorizam a prática do ato. Exemplo de ato administrativo com motivo vinculado é a concessão de licença maternidade a servidora pública: nenhum outro motivo, que seja diverso do nascimento ou adoção de filho pode dar ensejo à concessão de tal benefício, por isso, trata-se de ato administrativo com motivo vinculado.

Por sua vez, o motivo do ato administrativo será discricionário quando deixar margem para escolha e atuação por parte do agente público. Haverá possibilidade de análise de conveniência e oportunidade para a prática do ato com base no motivo previsto pela lei. Como exemplo cita-se a verificação a respeito da prática de um ato imoral. Em não sendo expressamente previsto pela

lei o que se entende por ato imoral, caberá ao agente público investido de competência analisar e verificar se é caso ou não de aplicar a norma ao fato, fazendo juízo de valor que melhor se amolde ao interesse público.

Estudados os elementos do ato administrativo pode-se definir como conceito operacional da categoria discricionariedade administrativa o espectro de confiança oferecido pelo legislador ao agente público para que, com critérios de proporcionalidade e valendo-se da oportunidade e conveniência, pratique determinados atos administrativos da forma que melhor atenda ao interesse público que almeja ver respeitado e concretizado com a prática do ato administrativo em questão.

Definido, portanto, o conceito operacional da discricionariedade, necessário lançar-se agora sobre o estudo da sustentabilidade para, ao final, verificar se pode esta ser tida como limite à discricionariedade administrativa.

III. SUSTENTABILIDADE

Quando se fala em sustentabilidade a primeira ideia que vem à mente é de desenvolvimento sustentável. O raciocínio, embora não esteja equivocado, encontra-se incompleto, pois sustentabilidade não é apenas desenvolvimento sustentável, sendo esta uma de suas dimensões – a econômica – restando outras dimensões que igualmente fazem parte da sustentabilidade e precisam ser conhecidas para que se possa analisar se a sustentabilidade como um todo ou, se pelo menos, alguma de suas dimensões pode ser tida como limite à discricionariedade administrativa.

Antes disso, porém, é preciso entender por qual razão a sustentabilidade passou a estar em voga não só no meio jurídico, mas em todos os debates acadêmicos onde se pensa na evolução da sociedade e no que se está a deixar para as gerações futuras.

A sociedade atual vive em crise e tem problemas que se tornam cada vez maiores, dinâmicos e de difícil solução. Juarez Freitas traz alguns exemplos daquilo que chama de crise superlativa e complexa:

> Crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da desigualdade brutal de renda, da favelização incontida, da tributação regressiva e indireta, da escassez visível de democracia participativa, da carência flagrante de qualidade da educação (inclusive ambiental), das doenças facilmente evitáveis, da falta de paternidade e maternidade conscientes, do *stress* hídrico global, da regulação inerte, tardia ou impotente, do desaparecimento de espécies, da queimada criminosa, da produção de resíduos que cresce em ritmo superior ao da população e da impressionante imobilidade urbana.[1]

Verifica-se dos exemplos citados a gravidade dos problemas que hodiernamente precisam ser enfrentados e entende-se que, de fato, a sustentabilidade passa a ter importância ímpar em todo processo de tomada de decisão, seja em âmbito particular, seja, especialmente, em âmbito público.

Atentos à superlatividade das crises atualmente existentes, pode-se passar ao estudo das dimensões da sustentabilidade para, então, definir-se um conceito operacional apto a permitir a interconectividade dela com a discricionariedade administrativa já estudada.

[1] FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Direito ao Futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 25/26

Para definir as dimensões da sustentabilidade, valer-se-á neste estudo da obra do Professor Juarez Freitas (**Sustentabilidade –** Direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012), para quem, são cinco as dimensões existentes: social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política.

Para o autor, a dimensão social da sustentabilidade:

> (…) reclama: a) o incremento da equidade intra e intergeracional; b) condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; c) por último, mas não menos importante, o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos[2].

Trata a dimensão social, portanto, das relações entre o ser humano e o ambiente, dando ensejo às potencialidades humanas e engajamento na causa do desenvolvimento, levando em conta os demais seres vivos, bem como os direitos das futuras gerações.

A dimensão ética da sustentabilidade, por sua vez:

> (…) reconhece (a) a ligação de todos os seres, acima do antropocentrismo estrito, (b) o impacto retroalimentador das ações e das omissões, (c) a exigência de universalização concreta, tópico-sistemática do bem-estar e (d) o engajamento numa causa que, sem negar a dignidade humana, proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral.[3]

Destaca-se, nesta dimensão, a necessidade de retirar o homem do centro das atenções (antropocentrismo puro) e entender que as ações e omissões praticadas no presente geram consequências não só para o presente, bem como retroalimentam todo o sistema, vislumbrando-se algo semelhante ao efeito bumerangue das condutas ambientais praticadas: quando se pratica algo ruim ao ambiente, recebe-se algo ruim em troca no presente ou no futuro e, assim por diante.

Na sequência o autor destaca a dimensão ambiental da sustentabilidade, afirmando que:

> Em suma, (a) não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie.[4]

Trata-se de dimensão diretamente ligada à qualidade de vida e a manutenção da vida no planeta. De extrema importância quando se pensa em dignidade não apenas do homem, mas de todos os seres integrantes do ambiente.

Quanto à dimensão econômica, destaca o autor referido que:

> (…) revela decisivo para que (a) a sustentabilidade lide adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, assim com o *"trade-off"* entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF) e experimente o significado de combate ao desperdício "*lato sensu"* e (c) a regulação do mercado aconteça de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia.[5]

---

[2] Ibidem. p. 60.
[3] Ibidem. p. 63.
[4] Ibidem. p. 65.
[5] Ibidem. p. 67.

Conforme já dito, trata a dimensão econômica da sustentabilidade daquilo que comumente se chama desenvolvimento sustentável, devendo-se primar nas análises econômicas e administrativas pelos ditames constitucionais com ele relacionados, visando obter os melhores resultados econômicos possíveis, com o menor impacto ambiental a ele relacionado.

Por fim, tem-se a dimensão jurídico-política da sustentabilidade que, para o autor ora seguido:

> (…) é (a) princípio constitucional, imediata e diretamente vinculante (CF, artigos 225, 3º, 170, VI, entre outros), que (b) determina, sem prejuízo das disposições internacionais, a eficácia dos direitos fundamentais de todas as dimensões (não somente os de terceira dimensão) e que (c) faz desproporcional e antijurídica, precisamente em função do seu caráter normativo, toda e qualquer omissão causadora de injustos danos intrageracionais e intergeracionais.[6]

Tal dimensão, como se pode ver é diretamente ligada à satisfação das disposições constitucionais e internacionais que visam garantir a dignidade através da eficácia dos direitos fundamentais e, ainda, preservar intra e intergeracionalmente a omissão causadora de injustos danos.

Vistas as dimensões da sustentabilidade pode-se verificar que todas elas se interrelacionam e interconectam, gerando o princípio maior que as origina (sustentabilidade), ensejando a oportunidade de análise de cada uma de suas dimensões no âmbito da discricionariedade administrativa.

Adotar-se-á o conceito operacional de sustentabilidade extraído do estudo da obra já citada, segundo o qual sustentabilidade

> (…) é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.[7]

Antes, porém, de se adentrar na análise da ubiquação entre sustentabilidade e discricionariedade administrativa, vale a pena trazer mais um destaque de Juarez Freitas no tocante ao multicitado princípio. De acordo com o autor:

> (…) para enfrentar os desafios de tornar o mundo habitável, convém não esquecer, ao lado das causas físicas externas, o *peso dos males comportamentais e jurídico-políticos*, tais como o antropocentrismo excessivo e despótico, a bizarra dificuldade de implementar políticas alinhadas ou a carência de poupança para manter taxas de investimentos estratégicos em processos qualitativos, sem os quais o desenvolvimento duradouro não passa de miragem.[8]

Do destaque trazido mais uma vez se verifica que todas as dimensões da sustentabilidade estão umbilicalmente ligadas entre si, razão pela qual se pode passar à análise individual e coletiva delas, relacionando-as diretamente à discricionariedade administrativa, a fim de se concluir se pode a sustentabilidade ser tida como limite às escolhas discricionárias dos agentes públicos responsáveis pela implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento e à melhoria da condição humana.

---

[6] Ibidem. p. 71.
[7] Ibidem. p. 50.
[8] Ibidem. p. 24.

IV. LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Analisada a discricionariedade administrativa e, também, as dimensões da sustentabilidade, resta fazer uma breve análise sobre os limites da discricionariedade administrativa para, ao final, estudar a hipótese de ser a sustentabilidade um desses limites que impedem o agente público de atuar a seu bel prazer, ainda que esteja diante da prática de um ato administrativo discricionário.

Os limites à discricionariedade administrativa que se propõe o estudo são aqueles trazidos pelos princípios atinentes à atividade da Administração Pública. Vale lembrar, com Rita Tourinho, que:

> Ao determinar no art. 37, *caput*, a sujeição da administração direta e indireta aos princípios administrativos, a Constituição Federal não excepcionou nenhum tipo de atividade desempenhada no âmbito administrativo. Assim, seja a atuação vinculada ou discricionária deverá atentar aos princípios administrativos.[9]

O estudo de cada um dos princípios da Administração Pública, ainda que superficialmente, faz-se necessário neste momento.

IV.I. Legalidade como limite à discricionariedade administrativa

Inicialmente prevê a Constituição da República que a atividade administrativa deve se pautar pelo princípio da legalidade. Por este princípio se afirma que o Estado deve se submeter à lei. Ao poder público somente é possível fazer aquilo que a lei permite.

Hodiernamente se tem estudado tal princípio de maneira mais ampla, abarcando todo o ordenamento jurídico e não apenas a lei em sentido estrito, tendo se convencionado, então, chamá-lo de princípio da juridicidade.

Ao se analisar a discricionariedade administrativa em cotejo com o princípio da legalidade ou da juridicidade, é preciso ter em mente que:

> (…) não se pode pensar que todos os atos e medidas da Administração Pública devam, necessariamente, corresponder a um comando legal específico, sob pena de se paralisar a Administração. Na verdade, a submissão à lei significa que a Administração Pública somente pode atuar nas hipóteses em que tenha habilitação legal para tanto, ou seja, deverá justificar seus atos e medidas através de disposições legais. Tal habilitação, no entanto, contém gradações. Com referência às medidas que repercutem nos direitos dos cidadãos, normalmente o comando legal exige uma vinculação mais estrita da atuação administrativa ao conteúdo da regra jurídica. Outras vezes, no entanto, a normal legal atribui ao agente público "dever-poder" para escolher a melhor medida dentre um universo de possibilidades, visando à plena satisfação do interesse público. Assim, a discricionariedade é decorrente da impossibilidade do legislador prever, em todos os casos, qual a melhor conduta a ser adotada no âmbito da Administração Pública.[10]

Ainda que pareça que a discricionariedade outorgue poderes ilimitados ao administrador, é preciso ter em mente que deverá ele sempre se atentar aos limites impostos pela norma jurídica, razão pela qual se pode afirmar que a legalidade é um dos limites à discricionariedade administrativa.

[9] TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In. GARCIA, Emerson. Coord. *Discricionariedade Administrativa.* 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 96.
[10] Ibidem. p. 99.

IV.II. Impessoalidade como limite à discricionariedade administrativa

Aliado ao princípio da legalidade, no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, está previsto o princípio da impessoalidade. Referido princípio pode ser visto sob dois ângulos, uma vez que representa a vedação de que os atos administrativos favoreçam ou prejudiquem alguém em específico e, ainda, sob o ângulo do administrador, impede que os atos administrativos sejam tidos como atos pessoais, devendo ser considerados como atos públicos/políticos ao invés disso.

Para Maria Lúcia Valle Figueiredo[11], sem depender de qualquer interesse político, o princípio da impessoalidade implica na valoração objetiva dos interesses públicos e privados que aparecem na relação jurídica que irá se formar.

Muito embora em diversos casos de atos discricionários se verifique a violação ao princípio da impessoalidade, certo é que tal princípio deve ser respeitado pelo administrador, ainda que a lei lhe permita optar por um dentre vários caminhos a seguir. Rita Tourinho adverte que:

> Sabe-se que a discricionariedade se caracteriza como um "dever-poder" conferido ao administrador com o propósito de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando a lei não possa explicitar qual a solução inequívoca para o caso concreto. Porém, o que se verifica é que, muitas vezes, a discricionariedade é vista somente como um poder, decorrente da liberdade legal conferida ao administrador público. Assim, é no campo da atividade discricionária onde mais se verifica a violação do princípio da impessoalidade. Não são raros os administradores públicos que, diante da possibilidade de escolha conferida por lei, deixam de objetivar o atendimento do interesse público para se aterem à satisfação de interesses pessoais determinados.[12]

A cultura da violação à impessoalidade quando da atuação discricionária precisa ser combatida com veemência pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos entes legitimados, para que se possa minimizar o efeito nefasto do atuar administrativo pessoal na vida do cidadão. Somente com independência e coragem conseguir-se-á atingir tal objetivo e, ao mesmo tempo em que se garanta a impessoalidade, estar-se-á a garantir, também, o princípio da moralidade que será visto a seguir e igualmente limita o atuar da Administração Pública.

IV.III. Moralidade como limite à discricionariedade administrativa

O Administrador Público precisa, necessariamente, respeitar a moralidade. Ao prever o princípio da moralidade como limitador da atividade administrativa quis o constituinte assegurar ao cidadão a administração honesta, o correto lidar com a coisa pública, o bom emprego dos recursos, a fiel observância dos ditames morais no atuar administrativo.

Não importa se o agir do administrador é vinculado ou discricionário, o controle do ato administrativo por violação à moralidade será possível e, ainda, comprovada a violação dolosa do mencionado princípio, caberá responsabilização no campo da improbidade administrativa.

[11] FIGUEIREDO, Maria Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1998. p. 57.
[12] TOURINHO, Rita. Op. cit. p. 107.

De acordo com Tourinho,

> Ao optar por uma medida administrativa no exercício de atribuição discricionária, o administrador público não pode distanciar-se dos valores éticos vigentes na sociedade. Assim, deve atuar com lisura, boa-fé, honestidade, dando a cada um o que é seu de direito, satisfazendo não somente às exigências legais, como também, às exigências morais.[13]

Da mesma forma que ocorre com os demais princípios constitucionais da Administração Pública, a moralidade limita a discricionariedade administrativa e sua violação deve ser combatida para assegurar o desenvolvimento e garantir os bens e direitos fundamentais a todos.

IV.IV. Publicidade como limite à discricionariedade administrativa

O administrador público é, antes de tudo, representante do povo, vez que o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição da República prevê que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de representantes eleitos. Daí decorre o dever de publicidade da Administração Pública, uma vez que o povo, detentor do poder, não pode ser privado de saber o que se passa com os interesses públicos confiados ao Administrador.

O princípio da publicidade, segundo Rita Tourinho,

> (…) aplicado a todos os poderes em todos os níveis de governo – fundamenta-se na necessidade de transparência da atuação administrativa que deverá prestar informações aos administrados sobre seus fatos, decisões e contratos, como forma de garantir a segurança jurídica dos membros da coletividade quanto aos seus direitos. Assim, o agente público deverá prestar conta de todos os seus atos, preservando sua própria reputação. O sigilo no âmbito administrativo, salvo exceções justificáveis, serve apenas para promover o contrabando de informações privilegiadas.[14]

Em se tratando de análise da discricionariedade administrativa, certo é que no seu campo ainda mais razão existe para que haja integral respeito ao princípio da publicidade, uma vez que o cidadão tem direito de saber a razão da escolha e qual a escolha discricionária praticada pelo administrador.

A mesma autora já citada destaca que:

> Através da transparência da atuação, é que se terá acesso às condutas administrativas discricionárias, podendo-se, assim, avaliar até que ponto a discricionariedade esteve voltada ao atendimento do interesse público ou se foi utilizada como instrumento para satisfação de interesses pessoais ou de grupos prestigiados pelo poder.[15]

Afirma-se, portanto, a importância do princípio da publicidade como um dos baluartes do controle e limite da discricionariedade administrativa.

IV.V. Eficiência como limite à discricionariedade administrativa

O princípio da eficiência teve seu status constitucional consagrado pela Emenda Constitu-

[13] Ibidem. p. 104.
[14] Ibidem. p. 107.
[15] Ibidem. p. 109.

cional 19 de 1998, conhecida como reforma administrativa. Muito embora fosse de intuitiva necessidade para a garantia da supremacia do interesse público, tal princípio nem sempre foi respeitado pelos administradores. Exemplos de ações ineficientes não faltam na esfera pública brasileira.

Ainda mais do que os outros princípios mencionados, a eficiência tem ligação direta com a discricionariedade administrativa. Para Tourinho,

> Ao contrário da atuação vinculada – que não é diretamente afetada pelo princípio da eficiência, uma vez que a lei determina qual a única solução possível para o atendimento do interesse público – na atuação discricionária este princípio apresenta uma considerável relevância.
>
> O princípio da eficiência impõe a busca da otimização ou do melhor para o interesse público. Frente ao princípio da eficiência, os administradores não mais podem escolher de maneira aleatória entre várias opções disponíveis, pois o caso concreto poderá demonstrar que somente uma dentre as soluções possíveis é a melhor.[16]

A eficiência, portanto, é um dos mais poderosos limites à discricionariedade administrativa, devendo sempre ser observada quando da análise dos atos administrativos para impedir que interesses particulares se sobreponham ao público e acabem por prejudicar o desenvolvimento e a vida dos verdadeiros titulares do poder.

IV.VI. Razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa

Além dos princípios constitucionais da Administração Pública, já estudados, outros podem ser estudados à luz das limitações constitucionais da discricionariedade administrativa, dentre eles está o princípio da razoabilidade.

O poder deve ser exercido na exata medida em que é necessário para que possibilite o cumprimento do dever. O Estado não pode se valer de critérios abusivos, tem de pautar sua conduta sempre na razoabilidade, agindo de forma prudente, sensata, afastando-se de soluções incoerentes, as quais, além de inconvenientes serão passíveis de invalidação.

Tal princípio é mais fácil de ser aplicado que compreendido. Não se pode defini-lo a partir da usual significação que se dá ao termo razoável. Aplicar a razoabilidade não importa em transformar critério de conveniência em método interpretativo. A ideia da aplicação do princípio da razoabilidade é que não sejam adotadas soluções que embora racionais, contrariem o espírito do sistema, o que realmente se buscou com a norma. Não se pode interpretar o direito como se fosse um sistema lógico-formal. Como já disse Carlos Maximiliano[17], o Direito deve ser interpretado inteligentemente e, pode-se dizer, que aplicar o princípio da razoabilidade na interpretação do ordenamento jurídico como um todo é interpretar inteligentemente o Direito.

Irene Patrícia Nohara assim se manifesta acerca deste importante princípio:

> Razoabilidade é conceito ambíguo, isto é, que possui inúmeros significados, dentre os quais se ressaltam: logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado, sensato ou que tem bom-senso, conforme à eqüidade, que é justo e compreensível, legítimo, coerente, não excessivo, moderado, aceitável e suficiente.

[16] Ibidem. p. 101/112.
[17] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

> Trata-se de noção que possui uma estrutura de sentido que aponta para o equilíbrio, isto é, para a circunstância da justa proporção, considerada como ausência do excesso ou da falta, mas que não possui significado autônomo, porquanto o razoável só ganha pleno sentido se é associado a algo. O razoável é, ainda, em regra, ponderado em relação a uma outra coisa; no Direito Administrativo, por exemplo, um ato é razoável em relação à finalidade que objetiva alcançar, ou seja, para que um ato administrativo seja considerado razoável, ele deve ser uma medida aceitável, logicamente plausível, coerente e suficiente para alcançar a finalidade a que se destina.[18]

O equilíbrio proporcionado pelo razoável deve ser buscado através de parâmetros constitucionais e, ainda, dentro dos limites da constitucionalidade. Embora não seja um princípio positivado, José Roberto Pimenta Oliveira, em importante raciocínio, deduz que a razoabilidade advém da vontade da Constituição afirmada por Konrad Hesse, sendo que da análise do pensamento deste clássico autor, menciona que a razoabilidade participa inequivocamente das normas que protegem o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. É produtivo analisar-se este raciocínio:

> A fundamentação constitucional da razoabilidade transmite ao princípio a força normativa da Constituição, que a acolhe como vetor essencial para o processo de concretização institucional do arquétipo de Administração Pública desenhado no Texto Magno. Cabe aos operadores jurídicos formar e conformar sua conduta em consonância com a 'vontade da Constituição', que explicitamente se voltou para a realização daquele valor instrumental no seio da vida administrativa, na medida em que se estabeleceu uma série de princípios constitucionais, dos quais é conseqüência necessária a exigência do atuar razoável nas relações jurídico-administrativas. Estabelecida sua presença no Estatuto Fundamental, cumpre extrair da razoabilidade a máxima efetividade na sua função de delineamento e de limitação da *práxis* administrativa.[19]

Desta análise, portanto, conclui-se que a razoabilidade também é limite à atuação discricionária do administrador, o qual deve sempre buscar atender, através de uma hipótese razoável, aquilo que impõe o interesse público.

IV.VII. Proporcionalidade como limite à discricionariedade administrativa

A proporcionalidade, assim como a razoabilidade, serve como fundamento para escolhas administrativas, em especial quando se está diante de conflito de normas. Trata-se de princípio essencial ao bom atuar administrativo, cuja aplicação deve sempre ser levada em consideração pelo administrador.

Giovani Bigolin, ao analisar a obra de Juarez Freitas, afirma que não só a boa-fé deve ser observada na questão da preservação de atos administrativos. A boa-fé se faz necessária, porém não suficiente, sendo que a ponderação deve se dar através da análise de aspectos inafastáveis da proporcionalidade que devem ser observados, explicando, desta forma, as etapas da aplicação do princípio acima mencionadas:

> 1. Subprincípio da Adequação entre Meios e Fins (*Geeignethei*): esta diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. Guardando certa simetria com o princípio da proibição de excesso (Übermassverbotes), a idéia é que a medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins (*Zielkonformität*) almejados, mas, também, apta a realizá-los (*Zweckatauglichkeit*).

[18] NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos.* São Paulo: Jurídico Atlas, 2006. p. 197.

[19] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208.

1. Subprincípio da Necessidade (*Erforderlichkeit*): aqui o objetivo pode ser traduzido por uma sábia máxima popular: "dos males, o menor!". O que esse subprincípio investiga não é tanto a necessidade dos fins, porém, é sobretudo, a palpável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado deve optar em favor daquela que afete o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. É que "o cidadão tem direito à menor desvantagem possível" (*Gebot des geringstmöglichen Eingriffs*).
2. Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito: a cláusula da proporcionalidade stricto sensu decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, contudo, ainda assim, desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer em um cálculo utilitário, a proporcionalidade em sentido estrito indaga, ao final, pelo preço a pagar. Vale dizer, faz a conta do lucro e da perda, para apurar se os ônus para alcançar o fim não são, apesar de tudo, desmesurados.[20]

Portanto, toda vez que estiverem em conflito dois valores protegidos pelo ordenamento jurídico, nenhum deles poderá ter sua tutela totalmente afastada. Tem-se que proporcionalmente aplicar um e outro de modo a se garantir a satisfação dos interesses sociais e coletivos da maneira que se mostre mais adequada e que permita a realização conjunta de todos os interesses em jogo, ainda que de forma limitada. O afastamento total de um valor só será legítimo quando se mostrar a maneira menos nociva de proteção ao direito.

Certo é, portanto, que a proporcionalidade tem vital ligação com a discricionariedade administrativa, uma vez que a atuação do administrador, a fruição de seu dever-poder somente se justifica quando se dá na medida exata da necessidade da satisfação do interesse público, estando, portanto, a discricionariedade administrativa limitada pelo princípio da proporcionalidade.

IV.VIII. Sustentabilidade como limite à discricionariedade administrativa

Obtidas as noções de discricionariedade administrativa, estudadas as dimensões da sustentabilidade e, ainda, analisados alguns dos limites à discricionariedade administrativa, faz-se possível verificar a hipótese de ser a sustentabilidade considerada, também, um limite à discricionariedade administrativa.

A sustentabilidade passou a ter maior importância ao atuar da Administração Pública quando o legislador, através da redação dada pela Lei 12.349/2010 ao artigo 3º da Lei 8.666.1993, afirmou que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável".

Diante de tal preceito legal, infere-se que a atuação administrativa deve ser voltada à busca do desenvolvimento nacional sustentável que, como se viu acima, trata-se da dimensão econômica da sustentabilidade.

Embora a atividade licitatória seja em grande parte vinculada aos preceitos legais, certo é que em muitas ocasiões haverá margem discricionária de atuação do Poder Público que, então, deverá observar também a busca do desenvolvimento sustentável como limite ao seu atuar.

Certo é que não só a dimensão econômica da sustentabilidade limita o atuar discricionário da Administração Pública. As demais dimensões também o fazem.

[20] BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica A Estabilização do Ato Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 111-112.

A dimensão social da sustentabilidade, que trata das relações entre o ser humano e o ambiente, levando em conta os demais seres vivos e as gerações futuras limita, sem margem para dúvidas, as escolhas discricionárias do administrador, defendendo-se que ao desrespeitar tal dimensão da sustentabilidade pode vir a ter seus atos anulados pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma acontece com a dimensão ética da sustentabilidade, aquela que retira o ser humano do centro e reconhece a dignidade dos seres vivos em geral. Decisões discricionárias baseadas no antropocentrismo puro devem ser evitadas e controladas, tendo-se nesta dimensão da sustentabilidade mais um limite ao atuar discricionário do poder público, uma vez que já não se pode mais aceitar ato administrativo que deixe de reconhecer – sem que se defenda a humanização dos não humanos – dignidade aos demais seres vivos.

A dimensão ambiental da sustentabilidade, aquela que é diretamente ligada à qualidade de vida e à manutenção da vida no planeta, tem ainda mais força quando analisada à luz da discricionariedade administrativa. Em tendo a lei deixado margem para que determinada decisão seja tomada de forma discricionária pelo Administrador Público, deverá ele respeitar a dimensão ambiental da sustentabilidade, objetivando garanti-la e evitando, com isso, que seu ato seja passível de anulação por ferir este importante princípio jurídico.

Por sua vez, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade, que é ligada à satisfação das disposições constitucionais e internacionais que visam garantir dignidade através da eficácia dos direitos fundamentais, evitando, também, a omissão causadora de danos, é igualmente importante quando do controle e limitação dos atos discricionários. Vale lembrar que os direitos fundamentais são portadores e garantidores de bens fundamentais, os quais devem ser prestados e/ou assegurados pelo Poder Público, razão pela qual o administrador precisa ter a consciência desta dimensão da sustentabilidade, a fim de assegurá-la com suas escolhas.

Pode-se afirmar, portanto, que a hipótese de que a sustentabilidade é um dos limites à discricionariedade administrativa é verdadeira, razão pela qual devem os administradores públicos e, em especial, os operadores jurídicos encarregados da orientação, fiscalização, controle e julgamento dos atos administrativos observar se a escolha discricionária atendeu a cada uma das dimensões a si aplicáveis da sustentabilidade, como forma de assegurar qualidade de vida, respeito inter e intrageracional e desenvolvimento seguro a todos os seres vivos do planeta.

V. CONCLUSÃO

Estudada a discricionariedade administrativa, entendida como o espectro de confiança oferecido pelo legislador ao agente público para que, com critérios de proporcionalidade e valendo-se da oportunidade e conveniência, pratique determinados atos administrativos da forma que melhor atenda ao interesse público que almeja ver respeitado e concretizado com a prática do ato administrativo em questão, bem como verificados quais os elementos do ato administrativo e, dentre estes, quais deles são discricionários e quais são vinculados, fez-se uma análise da sustentabilidade.

A sociedade atual, de risco e de velocidade, em que não se consegue mais aguardar por respostas demoradas, exige cada vez mais do administrador que tenha ações rápidas, ainda que com

consequências complexas, razão pela qual o âmbito da discricionariedade administrativa adquire importante lugar, sendo os seus limites de grande valia para a prática de atos administrativos.

É preciso que o Administrador Público observe os limites de seu agir, evitando atos nulos e prejuízos ao interesse público, bem como evitando sua própria responsabilização pessoal pela prática de tais atos.

Vistos os limites já conhecidos da discricionariedade, propôs-se a hipótese de ser encarada a sustentabilidade como um dos limites da atuação discricionária do Estado, concluindo-se de forma positiva, uma vez que a sustentabilidade, em todas as suas dimensões, precisa ser considerada no momento da tomada de decisão, demonstrando a responsabilidade intra e intergeracional do administrador e na busca da melhoria das condições de vida e na garantia da dignidade de todos os seres existentes no planeta. Somente com a observância da sustentabilidade e encarada esta como limite à discricionariedade administrativa, atingir-se-á o objetivo do Estado de garantia do bem comum e, ainda, poder-se-á buscar os objetivos insculpidos no artigo 3º da Constituição, sempre com base nos fundamentos da sociedade, constantes no artigo 1º da Magna Carta.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica A Estabilização do Ato Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

FIGUEIREDO, Maria Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Direito ao Futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos.* São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In. GARCIA, Emerson. Coord. *Discricionariedade Administrativa.* 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

OS AVANÇOS DO CONTROLE EXTERNO NA FISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Autora: Carina Franco Dias Lyra**

---

* Trabalho orientado por **Ricardo Duarte Levorato** - Inspetor Geral de Controle Externo da 4ª IGE do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro

** Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Munícipio do Rio de Janeiro – Especialista em Saúde Pública pela FIOCRUZ e Administração Pública - UFF

RESUMO

Este artigo faz uma análise da atuação do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Município Rio de Janeiro, por meio das auditorias realizadas nos contratos de gestão, celebrados entre as entidades qualificadas como Organizações Sociais, da área da saúde, e o Município do Rio de Janeiro. Tomando-se por base que todo processo de implantação dessas entidades começou na Reforma do Estado, procurou-se reaver a sua tragetória histórica, demonstrando as bases nas quais elas estão inseridas e a sua finalidade. O bom desempenho esperado com a inserção desse novo modelo de gestão tem sido confrontado com as diversas fragilidades e irregularidades constatadas pelas auditorias realizadas pelo Tribunal. Desta forma, a sua atuação vem contribuindo para a mudança na legislação municipal e no aprimorando do controle dos recursos repassados para essas entidades.

Palavras-chave: Organizações Sociais. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Reforma do Estado.

INTRODUÇÃO

O novo modelo de gestão por meio das Organizações Sociais (OSs) vem no bojo da mudança de padrão de atuação do Estado capitalista, quando, a partir da crise econômica dos anos de 1970, ganha força o movimento neoliberal, cujas bandeiras centrais eram a diminuição do Estado – tanto no que se refere ao seu tamanho, quanto no que se refere aos setores de atuação –, desregulamentação, abertura de fronteiras econômicas e reformas trabalhistas e previdenciárias. O objetivo central era, portanto, criar espaços mais favoráveis ao desenvolvimento do setor privado.

A experiência da reforma administrativa na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos introduziram métodos de gestão das empresas privadas em suas Administrações e serviu de “marketing” para difundir as ideias neoliberais, adotando um pacote de ações como: a descentralização administrativa e política. Assim, essa lógica passou a ser introduzida ao redor do mundo.

Em 1995 com Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), liderado pelo Ministro Bresser Pereira, começou a implementação das medidas propostas, sendo entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixava de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, para ser promotor e regulador desse desenvolvimento.

Além de um amplo programa de privatizações, surge também o Programa Nacional de Publicização (PNP), o qual preconizou a inovação das Organizações Sociais na lógica da redefinição do Estado, à vista disto introduz as práticas gerenciais e cria estas instituições como uma promessa de atender às demandas da sociedade de forma flexível, inovadora, eficiente e com o controle de resultados. Para isso, conta com o instrumento do contrato de gestão que pactua com o ente contratante as metas e indicadores que as entidades da iniciativa privada sem fins lucrativos - “Terceiro Setor” ou público não estatal – têm que atingir.

A partir dos anos 2000, as mesmas reformas tiveram início no âmbito dos estados e dos municípios e passaram a entregar a gestão de serviços públicos estratégicos ao chamado “terceiro setor”, mantendo, contudo o financiamento integralmente público. Dessa forma, estes entes utilizaram a implantação do novo modelo para deixarem de declarar em suas despesas gastos diretos com pessoal, à medida que as OSs recebem os recursos e se responsabilizam pela contratação de profissionais, atendendo, portanto, à exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita o gasto do poder público com pessoal.

No Rio de Janeiro, a introdução dessa Reforma começa em 2009, principalmente, na área da saúde, com o advento da Lei nº 5.026/2009. Com o Planejamento Estratégico

de 2009-2012[1], o Município traçou como meta a reestruturação e ampliação do sistema de saúde, criando nos anos seguintes diversas unidades de saúde que foram transferidas às OSs para gerenciamento e execução de seus serviços. No final de 2017, as despesas pagas com saúde no Município do Rio de Janeiro (MRJ) foram R$ 4.520.262.480,49, desses, 46% (R$ 2.082131.418,43) foram destinadas ao pagamento de Organizações Sociais.

Destarte, percebe-se que grande parte da execução dos serviços de saúde foram transferidos para essas entidades, surgindo com isso uma necessidade efetiva no controle dos recursos repassados, que conta com o controle interno exercido pela própria municipalidade e o controle externo do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCMRJ).

Por meio das ferramentas de controle, previstas no seu Regimento Interno, sobretudo, as auditorias, o Tribunal tem alcançado êxito na fiscalização dos contratos de gestão celebrados com essas entidades, detectando irregularidades e fragilidades no gerenciamento de unidades de saúde por parte destas entidades, de modo a fortalecer a transparência no uso correto dos recursos públicos.

Nesse sentido, o objetivo central deste trabalho foi analisar como a atuação do TCMRJ, na fiscalização desses contratos, tem influenciado no aperfeiçoamento da legislação municipal e no aprimoramento da gestão dos recursos repassados a essas entidades, no que se refere ao seu controle.

Com a intenção de se chegar ao objetivo proposto foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental dos fatos. A pesquisa documental foi feita através da análise de 12 auditorias realizadas pelo TCMRJ em contratos de gestão firmados entre o Município e as Organizações Sociais da área da saúde e a legislação relacionada ao tema, publicada ao longo desses anos. Todas as auditorias tem legitimidade conferida pela Lei Orgânica do MRJ (art.88,IV), pela Deliberação nº 183/2011 (art. 206), e previamente aprovadas pelo Plenário do TCMRJ, votadas pelos respectivos Conselheiros Relatores e se encontram disponíveis no site desta Corte de contas[2], para qualquer cidadão que tiver interesse em consultá-las, conforme as normas pertinentes.

As auditorias analisadas demonstram que o fortalecimento do controle dos serviços públicos é um ponto fundamental para que se tenha uma Administração Pública mais presente. Controlar bem significa não só garantir a transparência e o caráter público dos serviços, mas também a sua qualidade — e nenhum ente privado fará melhor que a própria Administração caso não seja controlado.

BREVE HISTÓRICO DO ADVENTO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

O processo de globalização econômica iniciado na seara internacional desde meados da década de 70, e intensificado na década de 90, fez vários países reestruturarem suas políticas públicas para realização de uma nova estratégia de desenvolvimento. Este movimento de reestruturação dos governos trouxe uma nova forma de relação entre Estado, sociedade e mercado, que em muitos países levou a denominação de Reforma do Estado.

A experiência da reforma administrativa na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos introduziu métodos de gestão das empresas privadas em suas Administrações e foi disseminada para outros países que serviu de “marketing” para difundir as ideias neoliberais, adotando um pacote de ações como as privatizações de áreas estratégicas e transformação do conceito de cidadão para cliente.

O movimento de reforma no Brasil começou após o fim do regime militar. Alguns elementos foram determinantes para o seu desencadeamento, como o patrimonialismo, o regime autoritário e a crise do modelo nacional-desenvolvimentista. Entretanto, foi com a mudança das agendas internacionais dos países centrais, que as medidas neoliberais preconizadas por organismos internacionais tomaram fôlego internamente com a iniciativa do governo, para inaugurar uma nova forma de gestão voltada para o mercado e para estabilização da econômica.

Em 1995 com Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), liderado pelo

Ministro Bresser Pereira, fez-se um diagnóstico da situação do país para a implementação das medidas propostas. A Reforma deveria ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixava de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social para ser promotor e regulador desse desenvolvimento.

Preconizava-se que "reformar o Estado era transferir para o setor privado as atividades que podiam ser controladas para o mercado". Assim, a partir do pressuposto de que o setor privado era mais eficaz, mais eficiente e mais moderno do que o setor público, executou-se de maneira generalizada privatizações das empresas estatais e a descentralização para o setor chamado de "público não-estatal", que seria aqueles referentes à execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica (BRASIL, 1997)

Neste sentido, foram colocadas em prática algumas medidas, com a Emenda Constitucional nº 19 e 20, em 1998, como o ajustamento fiscal, a reforma da previdência social, a inclusão do princípio da eficiência. Tais medidas constituíram a operacionalização das mudanças pretendidas no PDRAE. No contexto dessas mudanças, surgiram as agências executivas e regulatórias e as Organizações Sociais (OSs), como instrumentos estratégicos para implementação da Reforma. Elas eram consideradas novas formas de controle e de gestão para exercerem as funções no ideário do movimento reformista.

Para isso, era necessário criar uma entidade jurídica que correspondesse a essa nova modalidade de gestão da coisa pública. As organizações não governamentais (ONG), que ascenderam nesse período como "parceiras" do Estado, serviram de referência para a institucionalização das "Organizações Sociais", entes da sociedade civil organizada sem fins lucrativos, atuantes no "terceiro setor". Tais entidades receberem esta qualificação jurídica de acordo com o processo de "publicização" previsto na Lei Federal n.º 9.637/98.

No interior da proposta de reforma, as OSs são consideradas um instrumento de gestão estratégica na mudança necessária do padrão de gestão pública com a possibilidade de se firmar um contrato de gestão entre as partes, o que permite avaliação e controle dos resultados anteriormente acordados, requisitos fundamentais na lógica da reforma gerencial.

Era uma nova forma de gestão da coisa pública, inserindo-se na legislação vigente como associação sem fins lucrativos e pessoas jurídicas de direito privado, conforme o Código Civil, e não pertence à Administração Pública, por isso chamada de público não-estatal. A novidade era o fato de essas instituições receberem a qualificação, pelo ente público, mediante decreto, de Organização Social.

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A SUA INSERÇÃO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

As inovações da Reforma do Estado não ficaram restritas à esfera federal, muitos governos subnacionais aderiram à nova ideia, implementando e normatizando as parcerias com as entidades sem fins lucrativos para execução de serviços sociais, principalmente na área da saúde.

Segundo Abrucio (2007, p. 72), "as mudanças institucionais requeridas para se chegar ao paradigma da administração voltada para resultados, na esfera federal, não chegaram a ser feitas, mas desencadearam um "choque cultural". Desta forma, conceitos subjacentes a esta visão foram espalhados por todo o país e, observando as ações de vários governos subnacionais, percebe-se facilmente a influência dessas ideias na atuação de gestores públicos e numa série de inovações governamentais".

Para a adesão a este novo modelo de gestão, os estados e municípios usaram diversos argumentos em defesa das OSs. Dentre elas se destacam a ineficiência da administração pública direta, o corporativismo das categorias funcionais, a manipulação política dos governos que se alternavam, a morosidade nos atos administrativos e a "burocracia" das licitações.

Todavia, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a qual trouxe uma mudança no perfil orçamentário dos estados e municípios, criando novas normas e limites de

controle dos gastos públicos, dentre eles um teto de gastos com despesa com pessoal, acabou estimulando a adesão às OSs em suas administrações. “Com o argumento de não atingir o teto estabelecido pela LRF com despesa com pessoal, esses entes se justificam para não realização de concurso público para diversas áreas e acabam contratando OS para executarem a gestão de determinados setores” (ANDREAZZI e BRAVO, 2014, p. 504).

No Município do Rio de Janeiro, o processo de publicização ocorreu há quase dez anos após a publicação da Lei Federal nº 9.637/98. Foi com o advento da Lei nº 5.026/2009 que permitiu a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organização Social, com a sustentação de trazer maior flexibilidade e agilidade para a gestão dos serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde e esporte.

Entretanto, foi na Secretaria Municipal de Saúde (SMS) que esse tipo de gestão teve o seu maior destaque, com a restrição da atuação dessas entidades às unidades novas, aos Equipamentos da Saúde da Família e ao Hospital Municipal Ronaldo Gazolla, segundo o art. 1º da Lei nº 5.026/2009. Outras áreas aderiram também à inovação, contudo, com um volume de recursos não tão significativos, como a Secretaria Municipal de Esporte e Lazer (SMEL).

No Planejamento Estratégico do Município de 2009 a 2012, a SMS trouxe como meta o Programa Saúde Presente, que tinha como objetivo ampliar e consolidar o Programa de Estratégia de Saúde da Família para todas as regiões da cidade, com a criação das Clínicas da Família (CF)[3], e reestruturar os atendimentos de emergência - com a criação de Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e Centros de Emergência Regional (CER), além de inserir o Programa de Atendimento Domiciliar ao Idoso (PADI) e o Programa Saúde na Escola (PSE). Todos aptos a serem geridos por essa nova forma de gestão.

Com o discurso bem acentuado de que a administração direta não seria capaz de suprir estes serviços, os gestores municipais preferiram contratar por meio das Organizações Sociais os serviços até então prometidos. Em entrevista ao Conselho de Secretarias Municipais do Estado do Rio de Janeiro- COSEMS-RJ, o Secretário Municipal de Saúde à época, o médico Hans Dohmann, disse em seu discurso que: *“Gestores, sobretudo de municípios, a quem coube a execução direta dos serviços, encontravam dificuldades de garantir de forma direta essa crescente oferta, valendo-se para tanto de celebração de parcerias com o terceiro setor”*[4].

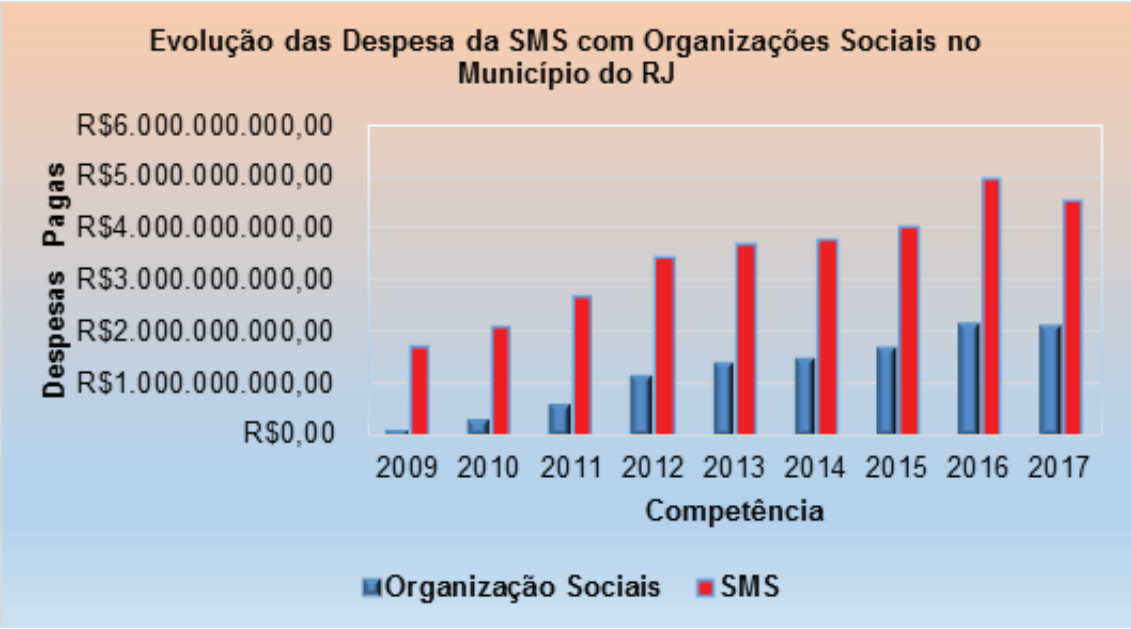
Reproduzindo os mesmos preceitos da Reforma do Estado em 1995, a argumentação utilizada foi uma réplica das medidas discutidas, ou seja, entregar para a iniciativa privada a gestão e operacionalização dos serviços públicos, na forma de Organização Social, com o financiamento dos recursos públicos. Ressalta-se que uma das razões utilizadas por seus idealizadores para contratar esse modelo de gestão é a sua forma de fazer mais com menos, trazendo para a Administração uma maior eficiência do serviço prestado.

No decorrer da implantação dos Programas previstos pelo Planejamento Estratégico, o Município ampliou o processo de reestruturação do sistema de saúde. Foram criadas 77 Clínicas da Família (CF), 14 UPAs, 5 Coordenações de Emergência Regional (CER), 2 Hospitais e 2 Maternidades, além da reforma de outras unidades, depois da publicação da Lei Municipal nº 5.026/2009, todas sendo repassadas para as Organizações Sociais.

Segundo informações retiradas da página da Web da Prefeitura[5], ao todo 24 OSs da área da saúde estão qualificadas no âmbito do Município, capacitadas a firmarem contratos de gestão. Atualmente, 08 delas têm contratos firmados com esta Secretaria. Em 2017, as despesas pagas com saúde no MRJ foram de R$ 4.520.262.480,49, desses, 46% (R$ 2.082.131.418,43) foram destinados ao pagamento de Organizações Sociais.

Além da evolução no orçamento da SMS ao longo desses anos, houve também um crescente repasse destes recursos para essas entidades, como demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 1 Despesas pagas a Organizações Sociais em relação as da Secretaria Municipal de Saúde.



Fonte: Elaboração própria através das informações disponíveis em: http://riotransparente.rio.rj.gov.br/

O panorama atual retrata um comprometimento acentuado desse modelo de gestão na prestação de serviços de saúde. Das 372[6] unidades de saúde, 244 são geridas por organizações sociais e, aproximadamente, 27.600[7] funcionários contratados por essas entidades, prestam serviços nessas unidades. Até o final do ano de 2017, 61 contratos de gestão[8] tinham sido firmados com o Município.

Deste modo, percebe-se que grande parte da execução dos serviços de saúde foram transferidos para essas entidades, tendo o ente a responsabilidade pela fiscalização dos recursos repassados. Além do controle interno exercido pela própria municipalidade, estas entidades estão submetidas ao controle externo do TCMRJ, que será discutido adiante.

O CONTROLE DOS CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM O MUNICÍPIO

O principal instrumento de pactuação entre o Município e a OS é mediante o instrumento do contrato de gestão, que pactua metas e objetivos a serem atingidos pela entidade qualificada e contratada para desempenhar um serviço previamente definido, com observância dos princípios constitucionais, em especial, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em relação à fiscalização do contrato, esta é feita por meio do controle interno, na figura da Controladoria Geral do Município (CGM), pela própria Secretaria, por meio das Comissões Técnicas de Avaliação (CTA) e pelo controle externo exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo TCMRJ. Cabe mencionar que a Lei nº 5.026/2009, no art. 1º §3º privilegiou a atuação do controle externo e interno nas atividades exercidas pelas OS, submetendo-as ao seu crivo.

Ademais, todos os contratos firmados com o Município são remetidos ao Tribunal para posterior análise de sua conformidade, como descreve a Lei Orgânica do MRJ no seu art 88: o controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Município, ao qual compete fiscalizar a execução de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres com a União e o Estado para a aplicação de programas comuns.

O Regulamento do TCMRJ, por meio da Lei Municipal nº 289/1981, em seu art. 25, também prevê que para assegurar a eficiência do controle e instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetua a fiscalização dos atos e contratos que resultem receita ou despesa praticados pelos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, sendo de sua atribuição a requisição de documentos e acesso aos sistemas

informatizados, a realização de inspeções, auditorias e visitas técnicas, a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Município mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres e a análise das prestações de contas dos contratos de gestão firmados com o Município.

Vislumbra-se que a amplitude da competência do TCMRJ para promover a fiscalização se estende a todos que, de alguma forma, fazem uso de recursos geridos pela Administração ou repassados a terceiros, incluindo-se, nessa seara, as OSs que são financiadas com recursos públicos municipais. Ressalta-se que uma peculiaridade da Lei nº 5.026/2009, em relação ao controle que estas entidades se submetem, é a obrigatoriedade de prestarem contas, conforme descrito no art. 11, o qual preconiza que o balanço e demais prestações de contas da entidade devem, necessariamente, ser publicados no Diário Oficial do Município e analisados pelo TCMRJ.

Observa-se que o Tribunal tem um papel fundamental na fiscalização destas Organizações, primeiro pelo fato de ser um órgão designado constitucionalmente para desempenhar o controle externo, e segundo pelo tamanho dos recursos envolvidos, como citado anteriormente: 46 % do orçamento da SMS em 2017 estavam destinados a essas entidades.

A fiscalização das OSs na área da saúde, no âmbito municipal, vem sendo feita pelo TCMRJ desde 2010, com a realização de inspeções e auditorias nos contratos de gestão. Inicialmente este trabalho mostrou-se desafiador, por se tratar de uma inovação na gestão e com poucos estudos científicos. O Tribunal vem avançando nessa nova forma de controle, aprimorando o conhecimento e orientando a gestão dos órgãos envolvidos no sentido de nortear a correta aplicação dos recursos públicos, destinados a essas entidades, de modo a atingir os objetivos pactuados e garantir o alcance dos resultados, utilizando-se dos preceitos constitucionais e legais.

Por meio das ferramentas de controle, principalmente as auditorias, o Tribunal tem alcançado êxito na fiscalização dos contratos de gestão, detectando fragilidades e irregularidades no gerenciamento de unidades de saúde por parte destas entidades, aperfeiçoando a gestão e a transparência no uso correto dos recursos públicos.

As auditorias são realizadas, periodicamente, em unidades de saúde geridas por essas entidades, dentre Hospitais, Centros Municipais de Saúde, UPAS e Clínicas da Família, e não se restringem apenas ao exame da conformidade, revestem-se também de um caráter social, na busca de um melhor uso dos recursos públicos. Para tanto, busca-se a colaboração dos gestores municipais, que por sua vez auxiliam os auditores na obtenção das informações junto às unidades.

O trabalho de fiscalização inclui desde os procedimentos prévios de formalização do contrato até o seu encerramento. Verifica-se a habilitação das Organizações Sociais junto aos órgãos competentes, a escolha da entidade através de Chamamentos Públicos, a formalização do instrumento contratual, a adequação orçamentária, entre outras, garantindo desta forma a qualidade e a quantidade do serviço prestado pactuado no contrato.

Até o ano de 2017, a 4ª Inspetoria Geral de Controle Externo do TCMRJ, responsável pela fiscalização da Secretaria Municipal de Saúde, havia realizado 25 Procedimentos de Auditorias em diversos contratos de gestão, firmados entre o Município e as Organizações Sociais na área da saúde, adquirindo uma vasta experiência na matéria.

AVANÇO DO CONTROLE EXTERNO NA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Por intermédio dessas auditorias, o TCMRJ vem contribuindo para o fortalecimento na fiscalização dos recursos repassados para as OSs. Diversos achados têm sido apontados nos seus relatórios. O bom desempenho esperado com a inserção desse novo modelo de gestão tem sido confrontado com os resultados apresentados, referentes à utilização indevida dos recursos públicos pelas OSs.

Tais inspeções configuram verdadeiro estudo acerca do sistema público de saúde municipal e das transformações implementadas com o novo modelo de gestão por OSs, além de um exame minucioso das contas e relatórios gerenciais dessas unidades. Quando identifica possibilidades de melhoria, o Tribunal profere recomendações para que a Secretaria atenda se achar cabível. Porém,

quando identifica irregularidades de maior relevância, são feitos questionamentos para que o órgão e a entidade privada se expliquem. (VIEIRA, 2016, p. 80).

No presente trabalho foi feita uma análise das recomendações e questionamentos apresentados em 12 auditorias[9] realizadas nos contratos de gestão celebrados entre Organizações Sociais da área da saúde e o Município. Buscou-se identificar o panorama da execução dos serviços de saúde prestados, aos quais essas entidades estão inseridas, a qualidade e responsabilidade da utilização dos recursos repassados, bem como o diagnóstico do controle interno do próprio órgão no repasse desses recursos.

Desse modo, procurou-se relacioná-los com os avanços e as mudanças ocorridas na gestão municipal e na legislação pertinente ao longo desses sete anos de fiscalização. A seguir são mostrados os resultados encontrados nas auditorias realizadas.

Por meio das auditorias do TCMRJ foi constatada vários achados, dentre esses pode-se citar a qualificação indevida de três entidades privadas para prestação de serviço de saúde no Município, por não comprovarem a experiência exigida no edital de qualificação. Toma-se como exemplo o Contrato de Gestão nº 30001/2012, assinado em 23/01/2012, entre a SMS e a Organização Social BIOTECH, para gestão do Hospital Pedro II e do CER Santa Cruz,

> Os critérios adotados e as documentações apresentadas para comprovar a experiência da OS BIOTECH, para fins de qualificação, se mostraram insuficientes para atender à Lei nº 5.026/09, pois violaram princípios que devem nortear a Administração Pública em especial
>
> da isonomia, da impessoalidade e da moralidade (TCMRJ, 2013a, p. 12).

A qualificação da entidade sem fins lucrativos como Organização Social é um ato discricionário da Administração e requisito para celebrar contratos de gestão com o Município. Esse procedimento é feito através de uma comissão específica, chamada Comissão de Qualificação de Organizações Sociais- COQUALI, criada pelo próprio Município, que utiliza critérios objetivos e previamente definidos em edital. Uma vez atendidos, a entidade poderá ser qualificada e estará apta a participar de qualquer Convocação Pública para firmar contrato com o ente e gerir serviços delegados.

As irregularidades apontadas, pelos auditores, serviram de base para a desqualificação da OS BIOTECH e a rescisão contratual unilateralmente por parte da Prefeitura. A mesma irregularidade também foi identificada em outras inspeções,[10] que influenciaram na desqualificação de duas OSs[11].

No que se refere ao processo de contratação de OS para a prestação de serviço público, segundo Marçal Filho (2016), imprescindível adotar processo objetivo de seleção dos interessados, não sendo a escolha feita de forma arbitrária, respeitando os princípios da isonomia e do interesse público e selecionando a melhor proposta segundo critérios objetivos pré-estabelecidos.

Apesar de não ser exigida a realização de licitação para a seleção da OS, conforme art. 5º § 2º da Lei nº 5.026/09, faz-se necessário o processo de Chamamento Público que deve promover a igualdade entre os participantes e a transparência das informações.

No Processo TCMRJ nº 40/6144/2013, (TCMRJ, 2013a) a equipe inspecionante registrou a utilização de critérios subjetivos na escolha da OS para celebração de contrato de gestão, cujo objeto foi o gerenciamento do Hospital Pedro II, acarretando o favorecimento da entidade vencedora. Verificou-se, também, durante esse processo, a ocorrência de contratação de consultoria para a elaboração dos planos de trabalho e até indícios de fraude na comprovação de experiência na atividade do objeto, como menciona o Relatório:

> Fato coincidente foi na escolha da entidade para gerir o Hospital Municipal Evandro Freire. Um dos critérios que a Comissão de Seleção utiliza para pontuar a proposta é a experiência

> da entidade ou do seu corpo dirigente, segundo os auditores, a mesma Comissão de Seleção deu pontuação diferente para a OS BIOTECH na utilização do mesmo critério, para a escolha da entidade que iria gerir este hospital. Segundo os auditores, "a Comissão de Seleção", que praticamente é a mesma do Hospital Municipal Evandro Freire (localizado na Ilha do Governador), considerou somente a experiência do responsável técnico da OS BIOTECH, o que foi decisiva para tornar a referida entidade vencedora para gerir o Hospital Pedro II. Já para o processo seletivo referente à gestão do Hospital Municipal Evandro Freire, o qual também é uma unidade hospitalar que possui emergência, e com CER, assim como o Pedro II, a Comissão de Seleção considerou somente a experiência da pessoa jurídica (BIOTECH), sem mencionar, portanto, a capacidade técnica do seu corpo dirigente. O julgamento, neste caso, resultou na nota "zero" para a OS BIOTECH, apesar de se tratar de unidades de mesma natureza e da avaliação dos mesmos critérios técnicos. (TCMRJ, 2013a, p. 22)

Na auditoria realizada nos Contratos de Gestão nº 01/2009 e 05/2009, cujo Processo TCMRJ nº 040/0488/2011, os auditores identificaram que na habilitação jurídica da entidade não era exigida por parte da comissão a Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social - CEBAS, que trata de um certificado para o recebimento de benefício fiscal às entidades certificadas, correspondente à isenção da contribuição de 20% sobre a folha de pagamento, a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social. Segundo os auditores,

> A obtenção do certificado, e posteriormente, a da isenção fiscal é relevante para o contexto dos contratos / convênios de gestão da SMS, já que a despesa de INSS sob responsabilidade da entidade é expressiva, sendo aproximadamente de R$ 320.000,00 mensais apenas no contrato da Viva Comunidade (CAP 3.1).É fundamental que a Secretaria de Saúde cobre das Organizações Sociais que adotem os procedimentos necessários para que elas adquiram o benefício da isenção, trazendo redução significativa de custos ao contrato de gestão. Apenas no contrato da CAP 3.1, a economia anual de despesa seria de, no mínimo, R$ 3.840.000,00 (TCMRJ, 2011e, p. 19).

As recomendações propostas pelo TCMRJ serviram de inspiração para a edição da Lei nº 6220/ 2017 que alterou a Lei nº 5.026/2009 como mostra os art.1, 2 e 3,

> Art. 1º Fica incluído o inciso VI no art. 2º da Lei nº 5.026, de 19 de maio de 2009, com a seguinte redação: "VI - no caso de entidades que atuem no segmento da Saúde, possuir Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS com a finalidade de obter isenção de contribuição para seguridade social, conforme disposto na Lei Federal nº 12.101 ,de 27 de novembro de 2009.
>
> Art. 2º O inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.026, de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação: "IV - comprovar a presença, em seu quadro de pessoal, de profissionais com formação específica para a gestão das atividades a serem desenvolvidas, notória competência e experiência comprovada na área de atuação, conforme Resolução da Secretaria Municipal da área correspondente".
>
> Art. 3º As Organizações Sociais que atuem no segmento da Saúde, já qualificadas pelo Poder Público Municipal e que tiverem contratos de gestão vigentes, deverão obter a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social, conforme disposto na Lei Federal nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, no prazo máximo de trinta e seis meses, contados da data da publicação desta Lei.

Outro ponto importante fiscalizado pelos auditores foi na contratação, por parte das Organizações Sociais, de fornecedores para a realização de serviços continuados, como vigilância, limpeza, informática, nutrição e outros. A Lei nº 5.026/2009 prevê a elaboração de regulamento próprio para a contratação de serviços, compras e obras necessários à execução do contrato de gestão, de forma a flexibilizar as contratações, sem se submeter às amarras da Lei Federal nº 8666/2013.

A jurisprudência do TCU tem firmado o entendimento de que a aquisição de produtos e contratação de serviços por Organizações Sociais não necessitam seguir os estritos termos da Lei Federal, sujeitando-se ao regulamento próprio sobre os procedimentos para compras e contratação de obras e serviços com recursos provenientes do Poder Público, que deve observar os princípios

da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços.

Os auditores identificaram vários problemas relacionados à contratação de fornecedores em diversos contratos de gestão. Destaca-se os casos de contratação sem prévio processo seletivo, direcionamento para empresas conhecidas, superfaturamento na aquisição de insumos e medicamentos, prestação de serviços sem respaldo contratual de modo a não respeitar os próprios regulamentos.

No Contrato de Gestão nº 007/2012 cujo Processo TCMRJ nº 40/2507/2013, no qual o escopo foi o gerenciamento da Coordenação de Emergência Regional do Leblon – CER Leblon – pela Organização Social Sociedade Espanhola de Beneficência (SEB), os auditores constataram que houve um superfaturamento em relação aos custos praticados nas contratações executadas com terceiros para a prestação de serviços continuados, como alimentação, laboratório clínico, informática, exames de Raio-x, ambulância, vigilância, lavagem de roupa e limpeza e conservação.

Já em relação à compra de medicamentos, evidenciaram a aquisição de medicamentos a preço superiores dos praticados pela Secretaria Municipal de Saúde, no gerenciamento das Unidades de Pronto atendimento - UPAs Costa Barros e Madureira geridas pela OS IABAS. Isso foi constatado também em outras inspeções. Segundo os auditores,

> em relação às compras de medicamentos, das 487 aquisições, 379, ou seja, 77,6 % do total foram efetuadas por valores superiores aos constantes das Atas de Registro de Preço da própria Secretaria Municipal de Saúde. Alguns medicamentos tiveram um percentual de acréscimo acima de 100% no preço praticado pela secretaria. Dessa forma, "caso os medicamentos constantes nas" notas fiscais pesquisadas tivessem sido adquiridos pelos valores praticados pela SMS, o total gasto teria sido de R$437.612,28 em comparação ao total gasto pelo IABAS, que foi de R$ 573.281,95, com um superfaturamento de R$ 135.669,67 (TCMRJ, 2014b, p. 43).
> Constatou-se também que os preços de medicamentos supostamente pagos pela OS CEJAM, na gestão do Hospital Municipal Evandro Freire, foram, em média, 54% superiores àqueles vigentes no sistema de registro de preços adotado pelo próprio MRJ, causando prejuízos aos cofres públicos calculados em R$ 223.723,90, somente com a amostra selecionada pela Equipe de Auditoria. Significa, portanto, que os prejuízos são muito maiores (TCMRJ, 2014a, p. 73).
> Em relação ao fornecimento de medicamentos no Hospital Pedro II, gerido pela OS BIOTECH, a equipe apurou que as notas fiscais encontradas no hospital eram atestadas pelo mesmo farmacêutico do Hospital Municipal Ronaldo Gazolla, gerenciado pela empresa GPS, que tem o mesmo corpo de dirigentes ou parentesco com o da OS BIOTECH. Por outro lado, foram encontradas as notas fiscais de diversos itens presentes no almoxarifado do Hospital Pedro II, evidenciando indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos e insumos e conflitos de interesses de entidades distintas. Ademais, dos 224 medicamentos analisados, 210 foram adquiridos por preços superiores àqueles constantes da Ata de Registro de Preço (ATA) da SMS, sendo em média 310% superiores aos valores da ata. Segundo os auditores: "significa dizer que, caso os medicamentos constantes nas notas fiscais pesquisadas tivessem sido adquiridos pelos valores praticados pela SMS, o total de gasto teria sido de R$472.731,18 gerando uma economia de R$ 1.466.853,66" (TCMRJ, 2013a, p. 65).

As irregularidades relativas à contratação de fornecedores e aquisição de medicamentos e bens permanentes revelam que é demasiadamente frágil a fiscalização realizada pela SMS na seleção e execução de contratos, bem como no inventário, farmácia e almoxarifado, demonstrando que os meios e processos são negligenciados, em favor do controle finalístico de desempenho (VIEIRA, 2016, p. 84).

Em decorrência dos inúmeros achados nestas inspeções, em 2016 a Prefeitura publicou o Decreto nº 41.208, que dispõe sobre a observação dos valores máximos praticados pela SMS nas compras e contratações de serviços realizadas pelas OSs, e o Decreto nº 41.209 que exige a utilização das Atas de Registros de Preço da SMS pelas OSs.

A prática de nepotismo também foi evidenciada no Processo TCMRJ

nº 7674/2012 (TCMRJ, 2012b), cujo escopo era o Contrato de Gestão nº 05/2011. Verificou-se o direcionamento do processo seletivo para empresas contratadas, nos quais os sócios possuíam relação de parentesco ou societárias com os dirigentes das OSs. Como foi observado na inspeção feita no Contrato de Gestão nº 05/2011, cujo escopo era o gerenciamento da UPA Senador Camará pela OS MARCA,

> O Sr Romero Rodrigues é sócio de a empresa IR Consultoria Ltda (participante da seleção) e sócio excluído da OS MARCA. Há estreita relação entre Tufi Soares Meres e Sidney Freitas Lopes, que possuem outra empresa em comum, a HTS Consultoria em Tecnologia da Informação. Apesar de a empresa HTS Consultoria não ter participado de nenhum processo seletivo realizado pela MARCA, observa-se que seus dois sócios, Sidney Freitas Lopes e Tufi Soares, também são sócios de duas empresas vencedoras de seus processos seletivos. São elas respectivamente: Health Solutions e RJ Consultoria." Ou seja, percebe-se que a parceria entre a Associação MARCA, a SaluteSociale e a Health Solution retrata, em verdade, um núcleo criminoso utilizado para desviar recursos públicos. Dentre outras irregularidades foi constatado superfaturamento em exames diagnósticos, em compra de medicamentos e em fornecimentos de refeições. (TCMRJ, 2012b, p. 6)

Com as constatações, a OS Marca foi desqualificada pela COQUALI[12] e as recomendações e questionamentos feitos à SMS serviram de base para a publicação dos Decretos Municipais nº 41212 e nº 41213, os quais dispõem sobre a proibição de cônjuges ou parentes nos contratos de gestão e a contração de empresas que tenham em seu quadro societário cônjuge ou parente de diretores ou conselheiros da OS, respectivamente.

Outras irregularidades relativas na gestão dos recursos por parte das OSs foram encontradas em diversas outras inspeções realizadas[13], como: a ausência de publicidade dos termos contratuais, falta de controle por parte do município na aquisição de materiais, superfaturamento na compra de insumos e medicamentos e no custo dos serviços continuados, edital de Convocação Público mal formulado, incongruência entre edital e contrato, cronograma de desembolso incompleto, falta de transparência a cerca dos termos contratuais e das Prestações de Contas, ausência de notas fiscais que comprovem os fatos apresentados nos relatórios financeiros, recebimento dos repasses em banco diferente do estabelecido no Edital, termo de permissão de uso de bens públicos não celebrados, bens permanentes da unidade de saúde não inventariados, entre outros.

Vale ressaltar que o trabalho de fiscalização desse Tribunal serviu de base para as denúncias formuladas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MRJ, deflagrando a Operação Ilha Fiscal, a qual culminou com a prisão de oito integrantes de uma organização criminosa que atuava na OS BIOTECH, que mantinha Contrato de Gestão com a Prefeitura (VIEIRA, 2016, p. 84).

De posse das evidencias de diversas fragilidades e irregularidades constatadas nas auditorias e as recorrentes recomendações e questionamentos do TCMRJ para os órgãos envolvidos, a cerca do gerenciamento dos recursos dispendidos para essas entidades, em 2016, a Prefeitura publicou diversos mecanismos de controle por meio de doze decretos, no sentido de aprimorar a fiscalização e evitar o uso indevido desses recursos.

A título de exemplo, pode-se mencionar: a exigência de registro no sistema informatizado de cadastro de patrimônio da prefeitura na aquisição de bens permanentes pelas OSs (Decreto nº 41.207), o monitoramento de preços praticados pelas OSs (Decreto nº 41210), o registro de informações dos colaboradores e empregados das OSs no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (Decreto nº 41211), a proibição da contratação de cônjuges ou parentes nos contratos de gestão (Decreto nº 41212), a proibição de contratação de PJ que tenha em seu Quadro Societário cônjuge ou parente de diretores ou conselheiros da OS (Decreto nº 41213), a transparência das aquisições e contratações de obras e serviços pelas OSs (Decreto nº 41214), a instituição de grupo de trabalho para elaboração de projeto de lei de criação da categoria funcional de analista de contratos

e convênios (Decreto nº 41215), a instituição do programa de capacitação de servidores que atuam na fiscalização de contratos de gestão (Decreto nº 41216), a instituição do Selo OS Carioca em Boa Gestão (Decreto nº 41217), a realização de auditorias, por meio de inspeções físicas em OSs, pela Controladoria Geral do Município (Decreto nº 41.218) e outros dois já mencionados acima.

Outro avanço também implementado foi a edição de um Manual de Fiscalização de Contratos de Gestão[14] pela Controladoria Municipal do Rio de Janeiro e a edição do Decreto nº 37079/ 2013 que instituiu o Painel de Gestão de Parcerias com Organizações Sociais – OSINFO, uma ferramenta de controle que possibilita a análise de produção qualitativa e financeira das Organizações Sociais no gerenciamento de unidades de saúde.

Não há dúvida de que o conteúdo desses Decretos e de outros mecanismos de controle e de correção que o Município vem realizando descreve a relação estreita com o trabalho intenso de fiscalização que o Tribunal de Contas vem fazendo, mediante as recomendações e questionamentos presentes nos Relatórios de Auditoria dos contratos de gestão firmados com essas entidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As promessas de uma gestão eficiente e eficaz introduzida com o novo modelo de gestão por Organizações Sociais – representantes do Terceiro Setor - têm sido limitadas pelos diversos resultados encontrados, resultantes da atuação do controle externo exercido pelo TCMRJ, entretanto, não se pode deixar de reconhecer a sua influencia na melhora dos mecanismos de controle interno do Município, com a publicação de normas que o fortalece.

Embora o modelo de parcerias com o Terceiro Setor ainda encontre-se longe de possuir uma visão harmoniosa de implantação junto e em substituição ao Estado, é uma realidade em boa parte dos entes federativos, em particular pelo número de profissionais por ele contratado. A escolha do modelo não se deu pelos méritos da eficiência, mas pela flexibilidade em expandir os serviços prestados à população, sem que haja a necessidade de crescer a máquina pública na mesma medida. Assim, é possível ofertar à população serviços de mão-de-obra intensiva, sem o aumento de funcionários públicos, embora isso não implique em um menor custo unitário ou total.

Como a logica da Reforma é reduzir o aparelho estatal e expandir os serviços, o sistema de controle interno é preterido, pois também é considerado uma atividade - meio que não agrega valor, devendo todos os esforços, neste modelo, serem direcionados a atingir as metas e os resultados propostos. Consequentemente, há a fragilização dos mecanismos de controle, nos quais, ou não crescem na mesma proporção dos recursos transferidos, ou simplesmente, são mitigados. Daí a importância da atuação do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Conta, dado que pela sua natureza de independência e objetividade, possui estrutura e competência para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos recursos transferidos.

Neste sentido o TCMRJ, face ao desafio imposto pelo modelo das Organizações Sociais, acabou por desenvolver metodologia própria e inovadora, implementando-a em campo. Os resultados são mensuráveis, tanto por meio do conteúdo dos relatórios produzidos, quanto das denúncias formuladas pelos Ministérios Público do Rio de Janeiro contra entidades do Terceiro Setor.

Sendo assim, o fortalecimento do controle dos serviços públicos é um ponto fundamental para que se tenha uma Administração Pública mais presente. Controlar bem significa não só garantir a transparência e o caráter público dos serviços, mas também a sua qualidade — e nenhum ente privado fará melhor que a própria Administração caso não seja controlado.

(Endnotes)

[1] Planejamento Estratégico do Município do Rio De Janeiro 2009 -2012. Disponível em: < http://www.riocomovamos.org.br/arq/planejamento_ estrategico.pdf.>. Acesso em: 20.02.2018

[2] Consulta aos Processos do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro Disponível em: https://etcm.tcm.rj.gov.br/processo?TipoConsulta=OutrasConsultas

[3] Clínicas da Família - Unidades de saúde responsáveis pela atenção primária - a principal porta de entrada do sistema de saúde no Município.

[4] Entrevista do Secretário Municipal de Saúde DR. HANS DOHMANN. Disponível em: < http://www.cosemsrj.org.br/entrevista_hans.html> acessado em: 17/01/2018

[5] Divulgação da relação das Organizações Sociais Qualificadas No Âmbito da Prefeitura e as respectivas áreas de atuação. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/web/cvl/exibeconteudo?id=2806005 Acessado em :10/03/2018.

[6] Unidades de Saúde da SMS-RJ que estão sob a gerência das Organizações Sociais. Disponível em: https://subpav.org/cnes/cnes_listar.php Acessado em : 10/03/2018

[7] Profissionais da Secretaria Municipal de Saúde do RJ contratados por Organizações Sociais. Disponível em: < http://cnes.datasus.gov.br/pages/ profissionais/extracao.jsp> Acessado em: 23/03/2018.

[8] Listagem dos contratos de gestão firmada no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/sms/listaconteudo? tag=contratodegestao > Acessado em: 10/03/2018

[9] As auditorias analisadas podem ser consultadas através do site do TCMRJ: disponível em: https://etcm.tcm.rj.gov.br/processo?TipoConsulta=OutrasConsultas

[10] Irregularidades no procedimento de qualificação de duas OSs - Processo TCMRJ nº 40 5880/2011 – Contrato de Gestão nº11/2010 e Processo nº 40/6261/2013 – Contrato de Gestão nº 11/2012

[11] Deliberação COQUALI nº 118 - Desqualificação da OS BIOTECH Humana Organização Social de Saúde, Deliberação COQUALI nº 113- Desqualificação da OS Instituto SAS, Deliberação COQUALI nº 79 – Desqualificação da OS MARCA

[12] Deliberação COQUALI nº 79, Disponível em: < http://smaonline.rio.rj.gov.br /legis_consulta/43499Delib%20COQUALI%2079_2012.pdf> Acessado em: 20/03/2018.

[13] Processo nº 40/5888/2011 referente ao Contrato de gestão nº 11/2010, Processo nº 40/ 6526/2011 referente ao Contrato de Gestão 02/2011 e Processo nº 40/6144/2013 referente ao Contrato de Gestão nº 01/2012, Disponível em: <https://etcm.tcm.rj.gov.br/processo?TipoConsulta=PorNumero> Acesso em 20/03/2018.

[14] Manual de fiscalização dos Contratos de Gestão – CGM-RJ Disponível em http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/2904248/4175738/manual_fiscalizacao_organizacoes_sociais.pdf

REFERÊNCIA

ABRUCIO, F. L. **Os Avanços e os dilemas do modelo pós- burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente** In: BRESSER- PEREIRA, Luiz CArlos e SPINK, Peter (Orgs). Reforma do Estado e administração pública gerencial., Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Trajetória recente da gestão pública Brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas.** Revista de Administração Pública, p. 67-86, 2007.

ALCOFORADO, F.; MORAES, T. C. **A responsabilização na gestão das políticas públicas e contratualização com organização social.** Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, p. número 15 set/out/nov, 2008.

ANDREAZZI, M. D. F. S. D.; BRAVO, M. I. S. **Privatização da gestãoe organizações sociais na atenção à saúde.** Trababalho. Educação. Saúde, Rio de Janeiro, v. 12 n. 3, p. 499-518, 2014.
BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações e Contratos.** 1993

_____. Lei Complementar nº 101 de 4 de Maio de 2000. **Lei de Responsabilidade Fiscal.** 2000

_____. Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998. **Programa Nacional de Publicização - Organização Social.** 1998

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organização Social**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE)1997, p. 11. (Caderno do MARE da Reforma do Estado: v. 2)

BRESSER-PEREIRA, L. C. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** São Paulo: ED.34, 1998.

BRESSER-PEREIRA, L. C.; GRAU, N. C. **Entre o Estado e o mercado: o público não estatal.** Rio de janeiro: FGV, 1999. p. 15-48.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª edição. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, N. D. R. **Reforma do Estado e mudanças organizacionais no setor saúde.** Ciência & Saúde Coletiva, p. 52-67, 1998.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, E. **Reforma do Estado e Governança Democrática: Em direção à democracia sustentada?** Democracia, Governanza y Bienestar en las Sociedades Globales. Rio de Janeiro: [s.n.]. 2003.

FERNANDES, R. C. **Privado porém Publico: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

FILHO, MARÇAL. J. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,17ª. Edição**. São Paulo: [s.n.], 2016.

GURGEL, C.R.M. **A Gerência do Pensamento - A ideologia Neoliberal na formação do Gestor, Crises do Capital, Teorias Organizacionais e a administração Flexível.** Rio de

Janeiro: Cortez, 2003.

_____. **Para Além da Reforma do Estado - Crises e Limites da Razão Liberal.** Administração Pública e Gestão Social v. 9, n. 3, p. 159-170, 2017.

LUSTOSA, D. C. F. **Brasil: 200 anos de Estado**; . Revista de Administração Pública, p. 829-74, 2008.

_____. **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro - Crítica do Paradigma Gerencialista**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MARTINS, H. F. **Rumo à uma nova gestão pública.** Reforma Gerencial n. 1, p. 22- 25, 1998.

MONTAÑO, C. **Terceiro setor e questão social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

RIO DE JANEIRO. **Decretos n ˚ 41207, 41208, 41211, 41212, 41213, 41214, 41215, 41216, 41217 e 41218** de 19 de janeiro de 2016

_____.**Lei nº 5.026 de 19 de Maio de 2009.** 2009

_____. **Lei nº 289 de 25 de Novembro de 1981**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. 1981

_____. **Planejamento Estratégico da Prefeitura do Rio de Janeiro: 2009-2012**. Rio de Janeiro, 2009

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/5881/2011**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 02/2009. Rio de Janeiro. 2011a.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/5880/2011**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 11/2010. 2011b.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/3782/2011**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 03/2009 .2011c.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/6526/2011**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 02/2011 2011d.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/0488/2011**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 01/2009 e 05/2009. 2011e.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/5099/2012**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 03/2011. 2012a.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/7476/2012**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 05/2011 2012b.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/6144/2013**. Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 30001/2012 2013a.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/4041/2013**. **Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 04/2012.** 2013b.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/6261/2013**.

Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 11/2012 e nº16/2010. 2013c.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/2507/2013**. **Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 07/2012**. 2013d.

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/4293/2014**. **Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 06/2012**. 2014a

_____. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Processo TCMRJ nº 40/0542 /2014**. **Relatório de Auditoria do Contrato de Gestão nº 22/2010**. 2014b

TEIXEIRA, F. J. S. **Globalização, ideologia e luta de classes.** Revista de Sociologia e Programa de Pós-Graduação em Sociologia, p. 61-96, 2002.

VIEIRA, JOÃO. P. T. **Fragilidades dos Mecanismos de Controle das Organizações Sociais de Saúde no Município do Rio de Janeiro**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2016.

VIOLIN, T. C. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Autor: Ângelo Luiz de Carvalho*
Coautor: José Arimatéia Araújo de Queiroz**

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Processo Penal pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). Graduado em Direito pela FARO. Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: als.carvalho@hotmail.com.

**Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). *Master in Business Administration* (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela FARO. Advogado, Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: josearimateiaraujo@gmail.com.

RESUMO:

O presente artigo avalia a força normativa dos princípios de Direito Constitucional nas decisões dos Tribunais de Contas. A abordagem é realizada por panoramas teóricos e práticos, frente aos modernos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que direcionam pela aplicação de princípios constitucionais como razões de decidir. Assim, o objetivo é analisar a legitimidade e o risco no uso dos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana e da igualdade à luz do princípio da legalidade. Ao final, conclui-se que os princípios constitucionais têm força normativa e podem subsidiar as decisões dos Tribunais de Contas, bem como que o princípio da legalidade estrita, pela hermenêutica jurídica, pode ser sopesado em interpretação axiológica. O método é o indutivo, por pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Força Normativa dos Princípios. Razões de Decidir. Tribunais de Contas.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como referente[1] analisar a influência do neoconstitucionalismo e a força normativa dos princípios constitucionais, principalmente os da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana e da igualdade frete à legalidade estrita, no âmbito das decisões dos Tribunais de Contas.

O questionamento que circunda a vertente investigação[2] é sobre a constitucionalidade e a legitimidade da aplicação dos citados princípios constitucionais de direito fundamental, como fundamentos normativos das decisões das Cortes de Contas.

Nesse cenário, será demonstrada a pertinência da busca de soluções eficientes diante de casos para os quais o regramento jurídico positivo não previu soluções adequadas, requisitando do intérprete a supressão de lacunas normativas por meio da valoração de determinados princípios, porém, de forma a não destoar do sistema jurídico positivado na Constituição Federal.

Assim, em face da análise de atos administrativos complexos, tais como o registro de aposentadorias e pensões, a pesquisa demonstrará, com base na doutrina e na jurisprudência, como as Cortes de Contas vêm atuando quando da ausência de leis que garantam a segurança jurídica de situações já consolidadas no tempo, ou ainda daquelas em que é possível, por métodos hermenêuticos e com fulcro na carga axiológica dos princípios de direito fundamental, firmar decisões justas sem destoar da legalidade.

Ao final, será possível conhecer, na prática, a atuação dos Tribunais de Contas para a consecução do constitucionalismo garantista, sobretudo, baseada na força normativa dos princípios, com o destaque para a proposição de continuidade da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) no que concerne à aplicação conjunta das leis e dos princípios constituconais de direito fundamental em seus julgados.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi o marco do neoconstitucionalismo. O Poder Constituinte Originário delineou uma série de princípios e regras que marcaram o avanço do Constitucionalismo, principalmente no que se refere à garantia dos Direitos Fundamentais.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

Para Barcelos (2007, p. 30) o "neoconstitucionalismo designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta características metodológico-formais e materiais." Nesse cerne, a referida autora destaca que "não seria incorreto falar de um novo período ou momento do Direito Constitucional".

De fato, em que pese a existência de constituições escritas que definem as regras e os princípios expressos, em momentos anteriores ao fenômeno do neoconstitucionalismo, não havia, de forma eficiente, a aplicabilidade desses regramentos, traduzindo o caráter de superioridade normativa, por vezes, as regras infraconstitucionais continham maior credibilidade do que a própria Constituição Federal.

Nessa esteira, por meio de normas de hermenêutica constitucional, principalmente pela carga axiológica contida na Constituição, surgiram métodos novos de aplicação das normas constitucionais, com uma visão mais próxima dos valores humanos.

A exemplo, podem-se destacar os ensinamentos de Ferrajoli (2015, p. 29-30) sobre o constitucionalismo de princípios e o constitucionalismo garantista. No primeiro, o autor indica a configuração dos direitos fundamentais como valores morais diferentes das regras, pois com normatividade mais fraca, objeto de ponderação legislativa ou judicial; e, no segundo, com normatividade constitucional forte, uma vez que os princípios constitucionais de direito fundamental se comportam como regras [...] "que consistem em proibições de lesão ou em obrigações de prestação que constituem as suas respectivas garantias." [...]. Nesta última percepção, segundo o referido autor, o constitucionalismo será configurado como um modelo normativo a ser observado pelo sistema jurídico, pois o "garantismo" é sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

Com efeito, a normatividade dos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como de todos aqueles que tratem de direitos fundamentais, deve-se voltar a garantir a efetiva aplicação desses primados por meio das decisões judiciais ou administrativas.

Em vista aos conceitos de neoconstitucionalismo ou mesmo de constitucionalismo garantista, sem querer traçar uma definição irrefutável do que sejam esses movimentos ou teorias, extrai-se que eles revelam o fenômeno pelo qual a Constituição, em se tratando de direitos fundamentais, mostra-se como lei superior, dotada de imperatividade e normatividade, seja por meio das regras de aplicação imediata ou dos princípios com força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico; os quais, nesta condição, também detém aplicabilidade nos casos concretos, pois insertos no sistema igualmente de direito positivo.

Nesse contexto, tem-se que as transformações decorrentes da nova visão interpretativa e de aplicação das normas e princípios constitucionais são decorrentes de fenômenos diferentes. Para Sarmento (2009, p. 1) estes fenômenos podem ser sintetizados da seguinte forma:

> [...] reconhecimento da força **normativa dos princípios jurídicos** e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) **rejeição ao formalismo** e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) **constitucionalização do Direito**, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) **reaproximação entre o Direito e a Moral**, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo **deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário**. [...] (SARMENTO, 2009, grifo nosso).

Reportando-se novamente à ideia do "constitucionalismo garantista" de Luigi Ferrajoli, o certo é que os princípios constitucionais, principalmente os relativos aos direitos fundamentais, contêm forma normativa e podem ser utilizados com fundamentos das decisões judiciais e administrativas, estas do âmbito das Cortes de Contas.

Nas palavras de Sarmento (2009, p. 06) [...] "a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação." Assim, não há como fugir da aplicabilidade dos princípios constitucionais como

fundamentos de decidir nos casos complexos decorrentes das relações que afloram na hodierna sociedade, uma vez que esta é dinâmica; e, nessa perspectiva, apenas as normas positivadas nem sempre são suficientes para responder às demandas sociais.

Sobre essa ótica, Bittar (2011, p. 30) expressou que "a inabilidade das ferramentas jurídicas modernas e sua incapacidade de responder aos desafios da sociedade contemporânea estão entre os grandes desafios destes tempos" [...]. Portanto, não existe a possibilidade, nos dias atuais, de se inferir todos os prováveis conflitos ou demandas sociais, sendo assim, os princípios assumem a vanguarda, sem desprezar o regramento normativo positivado, na aplicação dos direitos fundamentais.

Posto isso, a utilização dos princípios constitucionais nos fundamentos das decisões judiciais e administrativas é medida necessária dentro dos novos parâmetros sociais e jurídicos, tendo a doutrina e a jurisprudência interpretado o texto constitucional para considerar a força normativa destes.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTO NORMATIVO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Constituição de 1988 contém princípios com caráter normativo que vêm sendo utilizados em decisões judiciais, tal como já disposto. Nesse contexto, os Tribunais de Contas também se utilizam dos princípios constitucionais para a fundamentação de seus julgados; e, em complemento às razões de decidir, as citadas Cortes de Contas tem por norte a jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, em face do caráter normativo conferido aos princípios constitucionais, os quais se revelam como pressupostos lógicos, metodológicos com fins de aplicação direta da norma constitucional pelos Tribunais de Contas, passa-se a abordagem das decisões judiciais e administrativas neste sentido.

2.1 Registro dos atos de pessoal e aplicação dos princípios da Segurança Jurídica e Razoável Duração do Processo

Inicialmente é importante esclarecer que os atos de pessoal (concessivos de Aposentadoria, Pensão, Reserva Remunerada) são Atos Administrativos Complexos, ou seja, só se completam com duas manifestações, uma do órgão público concedente do benefício e outra dos Tribunais de Contas, aos quais cabe a análise da legalidade deles para posterior registro. Nesta ótica, esclarece Marinela (2010, p. 977), *in verbis:*

> [...] É importante lembrar que o ato complexo, para seu aperfeiçoamento [para concluir sua trajetória de formação], depende de duas manifestações de vontade advindas de órgão diferentes: da autoridade do órgão de origem do servidor e o Tribunal de Contas. [...]

Diante do exposto, o ato administrativo só estará concluído e aperfeiçoado juridicamente depois de sua expedição pela Secretaria ou Instituto Próprio de Previdência responsável, com o consequente registro junto aos Tribunais de Contas.

Considerando que esses atos são complexos, o STF já decidiu que antes do registro pelos Tribunais de Contas, não há para o servidor o direito constituído, pois a situação não estaria ainda aperfeiçoada, tanto é assim que, na interpretação da Súmula Vinculante n. 03, a Corte Suprema entendeu que somente para aqueles registros de pessoal, que tramitam há mais de 5 (cinco) anos nas Cortes de Contas, serão oportunizadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Em interpretação literal e apressada da citada súmula, poderia se entender que não há a necessidade de os Tribunais de Contas proporcionarem o contraditório e a ampla defesa, quando da análise para fins de registro dos atos de aposentadoria, reserva remunerada e pensão. Porém, a força normativa dos princípios constitucionais frente à realidade fática fez com que o STF, no MS. N. 24.781-DF RED, emitisse o seguinte entendimento:

> MS N. 24.781-DF RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. **Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência.** 5. Concessão parcial da segurança. [...] II – **A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica.** Precedentes. III - Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, **o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.** [...] (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Diante do exposto, extrai-se que o STF tem entendimento pacífico no sentido do dever que têm os Tribunais de Contas de propor o contraditório e a ampla defesa, nos processos sujeitos ao registro com mais de 5 (cinco) anos, em respeito ao princípio da confiança, vertente do princípio da segurança jurídica, o que revela a aplicabilidade direta destes primados constitucionais em matéria de garantia de direitos fundamentais, como foi o caso.

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), também com base no princípio da segurança jurídica e em homenagem aos princípios da boa-fé e razoável duração do processo, por meio da Súmula nº 7/TCE-RO, fixou o seguinte entendimento: “Os processos de atos de admissão de pessoal em tramitação cuja data do ato concessório for superior a 10 anos, serão registrados pelo Tribunal de Contas do Estado, sem análise do mérito”.

O enunciado em questão permite, portanto, que o TCE/RO proceda ao julgamento, sem análise de mérito, e ao registro de tais atos quando houver alongada demora na instrução processual, em aplicação normativa e imediata, por exemplo, ao princípio da segurança jurídica, como garantia de direito fundamental, conforme consta da Decisão nº 184/2011-TCER 2ª Câmara, Processo nº 00941/08/TCER[3].

Nessa ótica, considerando que os atos de pessoal são tidos como complexos, se tornando perfeitos apenas após o registro pelas Cortes de Contas, tanto o entendimento do STF como o posicionamento do TCE/RO justificam-se para retirar o segurado do estado de incerteza, em sintonia também ao que prescreve o princípio constitucional da razoável duração de processo.

Assim, os referidos princípios de direito constitucional são aplicáveis nos casos concretos, pois contêm a devida força normativa, servindo como base para as decisões dos Tribunais de Contas, de modo a concretizar direitos já concatenados no tempo, proporcionando, dessa feita, certeza jurídica aos beneficiários.

2.2 Aposentadoria por invalidez e pensão em união homoafetiva, com fulcro nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade

No mundo jurídico, sobretudo no atual cenário brasileiro, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade vêm sendo utilizados, com todas as suas cargas normativas, valorativas e de proteção, como sustentáculo das decisões judiciais e administrativas. Ferrajoli (2015, p. 48), inclusive, defendeu que tais princípios integram a “dimensão constitucional ou substancial da democracia”, constituindo a substância das decisões, pois positivados em constituições rígidas.

Seguindo as novas diretrizes do sistema jurídico nacional e objetivando a máxima efetividade social, os julgadores têm aplicado os mencionados princípios na busca de soluções justas aos

casos concretos que se evidenciam de difícil solução.

A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana advém, dentre outras previsões constitucionais, do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, quando disciplina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos "a dignidade da pessoa humana". Nery Júnior e Andrade (2006, p. 118) destacam que o princípio da dignidade da pessoa humana "é o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro".

Quanto ao princípio em tela, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), exarado nos fundamento do Recurso Especial - REsp 696944/DF, *ipsis litteris*:

> [...] convém rememorar o fundamento constitucional da **dignidade da pessoa humana**, que impede que o autor, já com avançada idade e acometido de incapacidade permanente que o impediria de se inserir novamente no concorrido mercado de trabalho, seja privado de seus proventos. **Tal situação implicaria em tratamento desumano, igualmente vedado pela Carta Magna** (art. 5º, III, da CF) colocando em cheque sua própria subsistência". [...]. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Os tribunais jurisdicionais, tal como o STJ, bem como as Cortes de Contas, como é o caso do TCE/RO, têm proferido diversos julgados em que o princípio em comento vem sendo utilizado como fundamento jurídico.

No âmbito administrativo do TCE/RO, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado, com força normativa e axiológica, nos momentos em que a legalidade estrita pode vir a ser sopesada diante de valores maiores que impedem a privação da vida e da saúde dos interessados. A exemplo, observam-se os fundamentos Decisão nº 016/2011-Pleno Processo nº 4726/2006.

> [...] uma aplicação do medicamento (infliximab), citado no relatório médico de fl. 39, necessário para o tratamento pode chegar a custar R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e é realizada a cada dois meses. [...] O custo elevado do referido medicamento tem sido motivo de diversas Ações Civis Públicas, dada a dificuldade de obtê-lo por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, tendo em vista o custo elevado, sendo obtido, por muitas vezes, através de liminares concedidas pelo judiciário. [...] Os proventos de R$ 1.470,54 percebidos pela interessada são insuficientes para prover sobrevivência digna e que, se reduzido caracterizaria grave afronta a princípios outros que não o da legalidade, **dentre os quais o direito à vida, à saúde e à dignidade humana**. Além disto, consta nos autos que a interessada possui dois filhos. [...] Neste caso, **uma decisão com base no princípio da legalidade apenas, se resumiria em privação arbitrária de sua vida** e consequentemente flagrante lesão ao *caput* do artigo 5º da Carta Magna que assegura a todos, brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, o direito à vida. [...]. [RONDÔNIA, 2011, grifos nossos].

Em face do julgado em questão, extrai-se que a força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana deve irradiar sobre todas as áreas e onde se encontrar lesão aos direitos do ser humano, assim é plausível a atuação do TCE/RO, utilizando-se dessas premissas para fundamentar seus julgados, proporcionando, não somente o atendimento da legalidade, mas sim, ao primado da justiça.

Ademais, analisando o citado julgado, infere-se que apesar da legislação não descrever todas as doenças graves, incuráveis e incapacitantes em um rol taxativo, o princípio da dignidade da pessoal humana se mostra como garantia aos litigantes ou interessados do direito à vida.

Noutro vertente, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 477554/MG, atribuiu à união estável homoafetiva a condição de entidade familiar, concedendo ao recorrente a percepção do benefício de pensão por morte de seu parceiro. Neste julgado, destacou-se novamente o princípio da dignidade da pessoa humana, com a inovação do direito à busca da felicidade, nestes termos:

> EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF **132/RJ E ADI 4.277/DF).** O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO **PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. **DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO,** DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [...] (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Consolidando o entendimento em questão, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, garantiu a realização de casamentos civis de pessoas do mesmo sexo; e, hodiernamente, já há Projeto de Lei aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal para regulamentar a matéria no Código Civil Brasileiro.

Nesse contexto, fica garantido o princípio da igualdade e o respeito à liberdade pessoal e autonomia individual, o que é justificável, pois a sociedade brasileira, com o passar do tempo, vem sofrendo diversas transformações, porém, como visto, o Poder Legislativo não é capaz de, por meio de leis, acompanhar e regular todas elas.

Com isso, o Poder Judiciário vem suprindo as lacunas deixadas pelas ausências de previsão legal. No julgamento suprarreferido não foi diferente, a força normativa dos princípios, entre os quais a igualdade e a dignidade da pessoal humana, norteou a atuação judicial, colocando a união estável homoafetiva em pé de igualdade com união estável entre heterossexuais, em que ambas, em direito, têm os mesmos deveres, obrigações e garantias conferidas ao casamento civil.

A atuação judicial em questão tem por base o sistema jurídico posto, segundo os princípios positivados no art. 8º do novo Código de Processo Civil, uma vez que o juiz deve primar para o atendimento dos fins sociais e das exigências do bem comum, “resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Em se tratando dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, salientou Sandel (2015, p. 314) que [...] “permitir que casais heterossexuais se casem e não dar o mesmo tratamento aos homossexuais é uma discriminação contra gays e lésbicas, negando-lhes a igualdade perante à lei.”

Neste sentido, em atenção aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, os Tribunais de Contas têm decidido pela legalidade e o registro dos atos de pensão envolvendo casais conviventes em união homoafetiva, a exemplo das Cortes de Conta dos Estados do Piauí, Pernambuco e Rondônia. Por exemplo, neste último Estado, tem-se a atuação vanguardista do TCE/RO, a exemplo dos fundamentos do Acórdão AC2-TC 02112/16, Processo 01892/15-TCER, extrato:

> [...] 8. No que tange à dependência econômica, considerando que foi juntado aos autos a **cópia da Escritura Pública Declaratória Homoafetiva (fls. 201/202)** restou devidamente comprovado que o beneficiário mantinha a qualidade de dependente do ex-servidor, consoante dispõe o art. 10, incisos I e II, da LC nº 432/2008. [...]. (RONDÔNIA, 2016, grifo nosso).

Ademais, por ser referência de jurisprudências para as Cortes de Contas dos Estados, transcreve-se o resumo e parte dos fundamentos do Acórdão 2094/2012 - Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual decidiu no mesmo sentido, *in verbis:*

> PESSOAL. PENSÃO CIVIL. [...], [...] ATO. LEGALIDADE. REGISTRO. DETERMINAÇÃO. [...] Com base na evolução processual da ação judicial, é possível observar que não foram apresentados elementos fáticos capazes de se contraporem ao fundamento da decisão originária concessória da tutela, qual seja, ao **reconhecimento da união estável homoafetiva entre o autor da ação e o de cujus** [...]. [BRASIL, 2012, grifo nosso].

Nessa ótica, conclui-se que o exame de legalidade e registro de pensões pelos Tribunais de Contas, em virtude da morte de servidores públicos conviventes em relação homoafetiva, é uma realidade decorrente principalmente dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, haja vista que, modernamente, é inconcebível negar direitos em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

3. RISCOS NA UTILIZAÇÃO INDISCRIMINADA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O ordenamento jurídico, no Brasil, passou por transformações significativas nas últimas décadas. A Constituição Federal, que antes tinha suas normas e princípios vistos apenas como coadjuvantes do sistema jurídico, transformou-se, possibilitando a ampliação do "ativismo jurídico[4]", por meio de decisões de cunho principiológico, que passam a servir como parâmetro para a criação de novas teorias jurídicas, com influência sobre outras decisões Judiciais e Administrativas.

A valorização dos princípios, bem como a ponderação entre eles se baseia em um complexo de teorias da argumentação, demandando do aplicador do direito racionalidade e sólida prática jurídica.

Ferrajoli (2015, p. 140-143) alertou para o fato de que os precedentes judiciais possuem nos nossos sistemas o "valor de argumentos persuasivos", porém, não contêm o valor legal; e, com isso, não podem ser usados como fundamentos de outras decisões, tendo em vista que o juiz decide com base na lei, não se podendo confundir interpretação jurídica com inovação legislativa.

Diante dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, compreende-se que os princípios constitucionais de direito fundamental, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, constituem verdadeiras normas legais a subsidiar as decisões judiciais, pois insertos na constituição (garantismo constitucional).

No sentido da implementação de direitos, por meio de decisões judiciais, também são pertinentes as críticas de Ferraz Júnior (2014, *on line*), no artigo intitulado: "Mudança de rota Jurisprudência passou a ter mais importância que a própria lei", *ipsis litteris:*

> [...] O STF (Supremo Tribunal Federal) ocupa as páginas dos jornais com decisões sobre temas candentes na sociedade, como união homoafetiva, ficha limpa, mensalão, correção monetária da poupança etc. [...], [...] O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei. Surge, assim, o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação. [...].

Noutro momento, ainda na mesma linha, Ferraz Júnior (2014, p. 125-126) dispôs o seguinte:

> [...] parecem desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização política do juiz, que é chamado, então, a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe (julgar fatos, julgar o passado), obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas (julgar no sentido de prover o futuro).

> E disso ele não mais se exime em nome do princípio de uma legalidade formal (dura lex sed lex). [...] a desneutralização política do juiz na atualidade, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre suas responsabilidades e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário. [...] A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. [...] com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relação de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde seu sentido de prudência. [...].

Considerando as lições de Ferraz Junior, tem-se que o arcabouço normativo é que confere a neutralidade necessária para o juiz decidir, existindo riscos na interpretação do que não está positivado como meio para alcançar fins sociais em resposta às pressões da mídia. Inclusive, nas lições deste autor, extrai-se que o uso da argumentação indiscriminada e politizada nas decisões judiciais, de modo a lançar-se mão da técnica da ponderação entre princípios apenas para atingir determinados fatos de repercussão social, desnaturaliza a jurisdição, pondo em questionamento a própria atuação do magistrado.

Nos cenários, contudo, em que a legalidade estrita venha a afrontar os princípios fundamentais que também contêm força normativa vinculante, pois insertos no texto da Constituição Federal, vislumbra-se a necessidade da aplicação fundamentada da norma que se revele a mais adequada diante do caso concreto posto à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Alexy (1999, p. 77) destaca que o “princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais”. Com isso, em casos nos quais a legalidade estrita cria obstáculos, por exemplo, ao direito fundamental à vida, certamente que o positivismo normativo, sem qualquer carga axiológica, deve ser sopesado, primando-se pelo bem maior do indivíduo que é a vida, uma vez que sem ela não há deveres a cumprir ou direitos a exercer.

Assim - a não ser pela aplicação do princípio da proporcionalidade para eleger o princípio normativo ou a lei em sentido estrito mais adequada ao caso posto - não pode o juiz ponderar a aplicação de quaisquer princípios em detrimento das normas jurídicas, sob pena de existir uma inversão no mundo do direito posto, considerando que ao julgador é devida a observância à lei, como pressuposto de validade do próprio exercício da jurisdição. Posição a qual, de igual modo, submetem-se os Conselheiros dos Tribunais de Contas na qualidade de julgadores.

Não se quer dizer, no entanto, que os princípios deixem de conter força normativa nas decisões, pois se constituem em meios adequados para fundamentá-las, uma vez que formam a base do sistema jurídico, mas sim que deve existir sopesamento quando da aplicação destes primados, uma vez que as leis e os demais atos normativos não são meros coadjuvantes do sistema jurídico, mas sim as diretrizes primeiras de sua regulamentação.

As leis e os atos normativos, em geral, buscam transmitir a essência principiológica, por isso, não se pode desprezar a utilização das normas objetivas, uma vez que constituem meios rápidos, eficazes e eficientes para a efetivação dos primados da justiça, sendo instrumentos de proteção com especificidades detalhadas para cada tipo de situação. Por exemplo, se alguém comete um crime, ou se um Administrador Público pratica um ato contrário à lei, com rapidez será possível aferir a responsabilidade destas condutas, uma vez que as normas infraconstitucionais delineiam as sanções.

No entanto, também não se poderá desprezar a aplicação principiológica, pois a origem da norma encontra-se nesta seara. Com isso, quando da fundamentação de decisões, além da possibilidade de aplicação de sanção de forma objetiva, o julgador deverá fundamentar sua decisão atendo-se para o cerne do sistema jurídico, ou seja, os princípios fundamentais com força normativa e vinculante.

Com isso, infere-se que deve haver na fundamentação das decisões judiciais e administrativas a necessária concomitância, isto é, a aplicação conjunta dos regramentos jurídicos objetivos (leis e atos normativos) e dos princípios, uma vez que aqueles aplicados isoladamente podem traduzir arbitrariedades, haja vista que o positivismo seco, estático e imutável não é

expressão de justiça; já, a aplicação destes, sem base legal, pode desvirtuar o julgador dos fins originários a que se destinam, formando decisões vagas e imprecisas, sem escopo nos valores sociais e históricos primários[5].

Como visto, é necessário buscar uma justa medida na aplicação de normas e princípios para não tornar estática a aplicação do direito, como poderia acontecer com um sistema baseado exclusivamente em regras, ou volátil demais, com decisões fundamentadas apenas em princípios.

Nesta pesquisa, inclusive, observou-se que, na ausência de normas que regulem determinadas situações, o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas têm atuado, acertadamente, utilizando-se do princípio da dignidade da pessoa humana como base legal, porém, fundamentadamente e sem desprezar a previsibilidade legal, apenas alargando a abrangência destes primados legais, observando a finalidade norma, bem como evidenciando que ao legislador não é possível regrar todas as situações jurídicas de um país.

Nesta perspectiva, a atuação das Cortes de Contas se mostra adequada, pois demanda a aplicação de princípios - constitucionais fundamentais e com força normativa - na ausência de normas objetivas, além de compatibilizar a aplicação de regras e princípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, como visto no decorrer da pesquisa, a Constituição Federal de 1988 marcou a fase exordial do neoconstitucionalismo, pois o Poder Constituinte Originário traçou uma série de princípios e regras que contribuíram para o avanço do Direito Constitucional, principalmente em relação aos Direitos Fundamentais.

Observou-se, então, que esse novo movimento constitucional colocou a Constituição Federal como centro do sistema jurídico brasileiro, sendo norma imperativa e superior, dotada de princípios com força normativa e abrangência sobre todos aqueles que depositaram sua parcela de autonomia no legisladores originários e, via de consequência, no texto constitucional, concretizando esses valores depositados como condições necessárias à vida, à liberdade, à dignidade humana.

Com foco na força normativa dos princípios constitucionais, abordou-se a utilização dessas premissas como fundamento das decisões judiciais e administrativas proferidas pelos Tribunais de Contas.

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa foi demonstrada a utilização de jurisprudências dos tribunais jurisdicionais pelos Tribunais de Contas, destacando-se o uso de princípios constitucionais como vetores dos julgados, principalmente, em relação aos atos de pessoal (aposentadoria e pensão).

Nessa perspectiva, abordou-se principalmente a força normativa dos princípios da segurança jurídica, razoável duração do processo, dignidade da pessoa humana e igualdade, demonstrando-se a necessidade do equilíbrio entre eles e o princípio da legalidade, para garantir direitos já concatenados no tempo, sem impor medidas desnecessárias e insubsistentes aos interessados, quando do julgamento de suas demandas, em virtude da inércia do Poder Público, ou frente à ausência de lei para regular todas as relações jurídicas, posto que dinâmicas.

No que se refere aos atos de aposentadoria por invalidez, evidenciou-se que o Legislativo não é capaz de descrever, em lei, todas as doenças incapacitantes, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia o pagamento dos proventos na integralidade aos interessados afetados com patologias comprovadamente graves, entendendo-se que o rol de doenças previstas em lei é meramente exemplificativo.

Em continuidade, foi demonstrado que nem sempre a observância da legalidade estrita é a melhor solução para um caso concreto notadamente quando existem situações que, observada apenas a literalidade da lei, põe-se em risco à vida ou à saúde do ser humano.

Também em respeito ao mencionado princípio e levando em conta o posicionamento do STF, que reconhece a união estável homoafetiva, foram transcritos julgados dos Tribunais de Contas no sentido da legalidade e registro de atos concessórios de pensão, em virtude do falecimento de servidores públicos conviventes em relações desta natureza.

E, com a prudência devida, houve uma avaliação precisa sobre a aplicação dos princípios como fundamento das decisões judiciais e administrativas.

Em síntese, demonstrou-se os riscos na aplicação de princípios, evidenciando como proceder quando da fundamentação de decisões com base na força normativa destas premissas constitucionais e nos regramentos legais em geral, sem que haja desvinculação dos ideais neoconstitucionalistas.

Posto isso, em atenção às considerações presentes nos relatos desta pesquisa, é possível concluir que são constitucionais e legítimas, a depender das peculiaridades do caso concreto, as decisões dos Tribunais de Contas em que são aplicados os princípios constitucionais de direito fundamental.

Por fim, propõe-se que os Tribunais de Contas, dentre eles o TCE/RO, continuem a fundamentar seus julgados com base nas normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais positivadas (Leis e Atos Normativos), bem como nos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em juízo de proporcionalidade frente à legalidade estrita, visando sempre a melhor decisão no caso concreto.

---

[1] É a "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.54.

[2] É "a questão pertinente ao Tema objeto da Pesquisa Científica, a ser investigada, equacionada e solucionada pelo Pesquisador, considerada(s) a(s) Hipótese(s) especificada(s)". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, p.208.

[3] No julgado em questão o TCE/RO considerou que: [...] *Mesmo que haja falha no procedimento, há que se considerar que transcorreram mais de 18 (dezoito) anos entre a concessão do benefício e a data da análise empreendida pelo Tribunal de Contas, fato que se enquadra nos termos da Reunião do Conselho Superior de Administração desta Corte, realizada em 8.11.2010, onde foi decidido que os processos de atos de pessoal em tramitação, cuja data do ato concessório for superior a 10 (dez) anos, serão registrados pelo Tribunal de Contas, sem análise do mérito.* Neste termos, houve o registro do ato de Aposentadoria, nos seguintes termos: [...] *I - Registrar, sem análise do mérito, o ato que concedeu aposentadoria com proventos proporcionais, em favor de J. T. D. [...], [...], com supedâneo nos artigos 165, IV, "c" e 172 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Velho, e nos Princípios Constitucionais da* ***Segurança Jurídica, da Razoabilidade****, da Eficiência e da Boa-Fé;* [...]. (RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Decisão nº 184/2011 2º Câmara**. Relator: Conselheiro Valdivino Crispim de Souza. Julgado em 20 de jun. de 2011. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 20 mar. 2018).

[4] O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Segundo Sarmento (2009. p.09) por esta nova perspectiva o Supremo Tribunal Federal tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. p. 95-133.

[5] Sarmento (2009. p. 11) ensina que: [...] *um sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto*

esforço do intérprete; [...], [...] *ao tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juízes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador/BA, n.15, p. 01-31, jan/fev. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos:** estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf >. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 3.** Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.781/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe de 09 de jun. de 2011. Disponível em: <http//redir.stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477554/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJe de 02 de out. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FURASTÉ. Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicitação das Normas da ABNT**. - 15. Ed. - Porto Alegre: s. n., 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Direito, Entre o Futuro e o Passado**. São Paulo: Editora Noeses. 2014, p. 125-128.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Mudança de rota Jurisprudência passou a ter mais importância que a própria lei**. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei. Acesso em: 09 mar. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismos garantista como modelo teórico. Tradução de Alexander Araújo de Sousa et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed.- Niterói: Impetus. 2010, p. 977.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional: de acordo com as recentes Emendas Constitucionais**. Atualizada até 10/04/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 118.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, n° 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 20 mar. 2018.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Súmula nº 7/TCE-RO**. Os processos de atos de admissão de pessoal em tramitação cuja data do ato concessório for superior a 10 anos, serão registrados pelo Tribunal de Contas do Estado, sem análise do mérito. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/index.php/sumula/sumula-no7tce-ro/>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Decisão nº 016/2011-Pleno**. Relator: Conselheiro Francisco Carvalho da Silva. Publicada no D.O.E nº 1676, de 16 de fev. de 2011. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). **Acórdão AC2-TC 02112/16**, Processo 01892/15-TCER. Relator: Conselheiro Substituto Erivan Oliveira da Silva. Publicado no D.O.e-TCE/RO n. 1290, de 12.12.2016. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01290_2016-12-12-16-37-11.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Decisão nº 184/2011 2º Câmara**. Relator: Conselheiro Valdivino Crispim de Souza. Julgado em 20 de jun. de 2011. Disponível em: <https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/6279/Biblioteca%20Digital%20%20Editora%20F%C3%B3rum.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mar. 2018.

FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS, ANÁLISE DOS DISCURSOS E POSSIBILIDADES DE ABERTURA DEMOCRÁTICA: UM ESTUDO A PARTIR DA TEORIA DA LINGUAGEM DE JÜRGEN HABERMAS

Autor: Jonas Faviero Trindade*

* Mestre em Direito, com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UNISC. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e especializações em Direito Constitucional, pela Universidade Anhanguera/UNIDERP, e em Regimes Próprios de Previdência, pela Damásio Educacional. Especializando em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Contato: jonas_1605@yahoo.com.br.

RESUMO:

O presente artigo pretende abordar a função consultiva do Tribunal de Contas a partir das contribuições teóricas do sociólogo alemão Jürgen Habermas. A competência de responder consultas está prevista, em regra, nas leis orgânicas e regimentos internos das Cortes de Contas. A fim de delimitar a consulta, a pesquisa se debruça na legislação que regulamenta a função no âmbito do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. O problema a responder é: a partir da teoria do discurso é possível identificar consultas que exigem um procedimento de abertura procedimental dos tribunais de contas? A hipótese é no sentido de que quanto mais os discursos do Tribunal de Contas, no exercício da função consultiva, se aproximarem da função legislativa, maior a necessidade de abertura, sem que isso signifique o estabelecimento de um parâmetro definitivo. Inicialmente pretende-se abordar a própria função consultiva e bem caracterizá-la, para posteriormente identificar os possíveis discursos. Com isso, compreende-se que será possível identificar as necessidades de abertura democrática da função em tela. Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com a finalidade de verificar a confirmação ou não da hipótese lançada. O método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Abertura procedimental. Função consultiva. Jürgen Habermas. Teoria da Linguagem. Tribunal de Contas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de uma investigação sobre a função consultiva dos Tribunais de Contas, o que se fará elegendo como matriz teórica as contribuições do sociólogo alemão Jürgen Habermas.

Por função consultiva, registra-se, compreende-se a atribuição que os Tribunais de Contas possuem, com regramento em suas respetivas leis orgânicas e regimentos internos, de responder dúvidas elaboradas por determinadas autoridades.

A função consultiva, em sua gênese, possui particularidades que em certos momentos torna possível vislumbrar certa semelhança com uma função legiferante, bem como, em outras, uma função de aplicação, aproximando-se então de uma função judicante. Diante de tais peculiaridades a observação sobre a função consultiva precisa ser complexa o suficiente para dar conta das nuances, das multiplicidades de fatores e atores envolvidos no processo, que vai desde o consulente, aos funcionários públicos, aos jurisdicionados, não apenas restrito àqueles envolvidos em um processo de consulta específico, mas sim até sua projeção e à postura do Tribunal, que determinará situações da administração pública que decorreram dela.

Considerando que a resposta às consultas configura um prejulgamento de tese, é possível observar uma semelhança com o controle abstrato de constitucionalidade. Tornar evidente essa semelhança exige uma compreensão dos limites da resposta ofertada assim como da finalidade dessa atribuição das Cortes de Contas. Além do mais, em face da matriz teórica escolhida, será possível a análise dos tipos de discursos possíveis em um procedimento de consulta. Uma crítica possível à resposta do Tribunal de Contas é quanto a falta de legitimidade para responder determinados

aspectos dos questionamentos ofertados, o que poderia exigir uma abertura procedimental no âmbito dos processos de consultas, valendo-se de institutos como *amicus curiae* ou audiências públicas.

A fim de bem delimitar o *locus* da pesquisa, o artigo analisará a função consultiva a partir da legislação que disciplina essa atribuição no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

O problema que se pretende responder é: a partir da teoria do discurso é possível identificar consultas que exigem um procedimento de abertura dos tribunais de contas?

A hipótese é no sentido de que quanto mais os discursos do Tribunal de Contas, no exercício da função consultiva, se aproximarem da função legislativa, maior a necessidade de abertura, sem que isso signifique o estabelecimento de um parâmetro definitivo.

Deve restar claro que não é objetivo desta pesquisa aprofundar o estudo de institutos de abertura, como os precitados *amicus curiae* e audiências públicas, que foram citados de forma exemplificativa, até mesmo em face da utilização desses mecanismos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, no primeiro capítulo objetiva-se identificar e justificar criticamente a função consultiva, assim como suas principais características, além de sua aproximação com o controle abstrato de constitucionalidade.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se tecer as primeiras contribuições da teoria do discurso no exercício da função consultiva do Tribunal de Contas. A partir dos discursos, objetiva-se demonstrar os possíveis discursos utilizados nas respostas às consultas.

Na sequência, no terceiro capítulo a partir da análise dos discursos e da delimitação da função consultiva, objetiva-se evidenciar a necessidade de abertura do procedimento, a fim de corrigir eventual déficit de legitimidade nas respostas.

Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com a finalidade de verificar a confirmação ou não da hipótese lançada. O método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas.

2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A FUNÇÃO CONSULTIVA

A primeira questão a ser enfrentada envolve a delimitação da função consultiva que será objeto desse estudo. O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul – TCE-RS, além de suas competências constitucionais, possui atribuições adicionais previstas em sua respectiva Lei Orgânica, conforme se extrai da Lei Estadual n° 11.424, de 06 de janeiro de 2000. Nessa Lei está disposto que à Corte de Contas gaúcha compete apreciar consultas que lhe sejam formuladas, nos termos do disciplinado no Regimento Interno (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

O TCE-RS regulamentou a função consultiva por meio da Resolução n° 1.028, de 04 de março de 2015, conceituando a consulta como o "procedimento por meio do qual são suscitadas dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de competência do

Tribunal de Contas" (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

A título comparativo, cabe ainda frisar que o Tribunal de Contas da União também possui essa função consultiva, prevista na Lei Federal n° 8.443, de 16 de julho de 1992 (BRASIL, 1992), que já foi reconhecida válida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.691-7/DF:

> O artigo 1°, § 2°, da Lei n° 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, é expresso no sentido de a resposta a consulta ter caráter normativo e constituir prejulgamento da tese, razão aliás, por que essa Corte de Contas determinou a remessa de cópia das Decisão em causa ao Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado para que, evidentemente, fosse observada por toda a Administração Pública. É, portanto, a Decisão em causa ato normativo susceptível de controle de constitucionalidade por meio de ação direta. (BRASIL, 1997).

A elucidação de dúvidas do Administrador Público, por meio do procedimento de consulta, no âmbito do Tribunal de Contas, é uma função do sistema de controle externo, que, por vezes, supre uma carência de qualificação profissional de alguns municípios, em especial, ao ofertar um esclarecimento técnico, evitando a concretização de falhas que causem prejuízos ao erário público, sendo pertinente ainda destacar que a resposta a essas consultas não configuram pré-julgamento do caso concreto, mas somente da tese (MILESKI, 2011, p. 371).

Fernandes destaca a função consultiva das Cortes de Contas:

> Uma das mais importantes funções do Tribunal de Contas é a de responder consulta. Como regra, as máximas autoridades dispõem de órgão de consultoria jurídica e de controle interno que podem prestar o serviço especializado nessas áreas. Ocorre que, dada a especificidade da ação do controle externo e a complexidade da matéria, por vezes a prévia interpretação da norma ou da tese torna-se extremamente recomendável. Em termos de eficiência da Administração Pública, nada melhor para aqueles que lidam com finanças públicas do que ter previamente a interpretação do órgão de controle externo. Para esses, a ação preventiva resultante tem mais largo alcance, porque o controle orientador é muito mais eficiente do que o progressivo. O Poder Legislativo, ao elaborar a lei orgânica que vai reger um Tribunal de Contas, dispensa, porém, a esse tema menor importância, transferindo para o poder regulamentar do regimento interno da Corte de Contas o disciplinamento de requisitos (FERNANDES, 2016, p. 324).

Tal competência, portanto, pode ser um importante procedimento para que Administração Pública, em seu agir, atue de acordo com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico, a partir da orientação da Corte de Contas.

Cabe ressaltar uma peculiaridade na função consultiva, visto que o mesmo órgão que julga e aprecia os casos concretos, vai responder, por meio de parecer, sua interpretação em tese sobre leis e atos do Poder Público.

No âmbito do Poder Judiciário, em regra, não existe essa função consultiva. Contudo, mesmo nesse Poder há uma exceção, visto que a justiça eleitoral tem competência de responder consultas, prevista no Código Eleitoral:

> Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político; Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: [...] III - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político (BRASIL, 1965).

Gomes observa que a função consultiva da justiça eleitoral se justifica em face dos interesses que envolvem uma eleição, que recomendariam a existência dessa atribuição, pois é uma forma

de prevenção de litígios que poderiam afetar a regularidade e legitimidade dos pleitos eleitorais. O mesmo doutrinador ressalta que as respostas às consultas eleitorais devem ser fundamentadas, que os consulentes devem possuir legitimidade e que o objeto da pergunta não deve ter conexão com casos concretos. Por fim, aduz que, embora as respostas não tenham caráter vinculante, servem para orientar as ações dos órgãos da justiça eleitoral e indicam fundamento para decisões administrativas e judiciais (GOMES, 2010).

Aproximando as observações do doutrinador acima com a matriz teórica utilizada nesta pesquisa, observa-se que a função consultiva do Tribunal de Contas visa coordenar planos de ações e apresenta relevância, pois pretende evitar danos ao erário, em uma espécie de controle preventivo.

Assim sendo, se a função consultiva é uma competência do órgão de controle externo, é possível trabalhar com a concepção de que se trata de uma forma de controle que objetiva ser prévia ao cometimento do ato objeto de dúvida e servirá de parâmetro para o agir de outros jurisdicionados da Corte de Contas. Portanto, compreende-se que há uma densidade nessa resposta a ser ofertada, que lhe confere um grau de importância considerável, pois se é o entendimento da Corte de Contas sobre determinada matéria, o agir contrário a esse entendimento será, provavelmente, razão de apontamentos de irregularidades em processos fiscalizatórios ou, em sentido oposto, servirá como parâmetro para a chancela de um determinado ato ou a regularidade das contas.

A atividade hermenêutica que se desenvolve no âmbito de Tribunais Constitucionais pode ser concebida como uma fase do processo legislativo, significando a transferência de uma parcela de poder, de forma que a construção dessas decisões pode contar com a inclusão de todos aqueles envolvidos por elas (BOTELHO, 2010). Essa referência pode ser deslocada para o âmbito do procedimento consultivo do Tribunal de Contas, sendo pertinente destacar, nesse momento, que se toda Administração Pública está atrelada aos mandamentos constitucionais, o órgão de controle externo, quando responde consultas dos seus jurisdicionados, coopera para uma atuação conforme à constituição.

Ademais, o questionamento que preexiste à autuação do procedimento de consulta indica que a autoridade quer saber “o que fazer” em determinada situação abstrata, para que sua conduta seja pautada pelo ordenamento jurídico.

Ou seja, a problematização exige um discurso prático, pois esses visam justificar ações sob aspectos éticos, morais e jurídicos. Considerando que o direito é constituído pelo *médium* da linguagem, sendo um produto da sociedade, a partir do paradigma linguístico-pragmático, torna-se possível a compreensão de que será necessário sempre a existência de argumentos articulados que justifiquem o direito, até mesmo porque Habermas propõe a substituição da compreensão do direito como normas absolutas e imutáveis, afastando concepções metafísicas do direito. Ressalta-se ainda que a ação comunicativa desenvolvida por Habermas evidencia a intersubjetividade, ou seja, a construção necessariamente cooperativa e social, de sorte que há necessidade de discursos de fundamentação para justificar uma pretensão de correção, pois o direito não é mais considerado como produto de fatores do poder (ALMEIDA; RECK, 2013).

A resposta à consulta, ao orientar o gestor público e criar parâmetros para o próprio órgão de controle em sua atuação fiscalizatória, funciona como um plano apto a coordenar ações.

Denota-se uma complexidade na função, pois deverá coordenar ações em diversas perspectivas, seja do próprio órgão de controle, seja dos jurisdicionados da Corte de Contas. Evidencia-se que essa resposta é dotada de normatividade, pois o descumprimento da orientação poderá ensejar apontamentos em processos fiscalizatórios. Contudo, não é revestida de definitividade, haja vista que o Poder Judiciário poderá apreciar o mérito das respostas.

A função consultiva, objeto desse estudo, assemelha-se mais com o controle concentrado de constitucionalidade, do que o controle difuso, em função de suas características peculiares, ao examinar um preceito normativo em tese:

> Sobre a não competência para o controle abstrato de qualquer preceito normativo, é importante observar o que dispõe a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Art. 1°. Ao Tribunal de Contas da União, órgão de Controle Externo, compete, nos termos da Constituição Federal, e na forma estabelecida nesta Lei [...] XVII – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. [...] Fica assim, evidenciada a competência do Tribunal para o exame de preceito normativo, inclusive em tese, como é o exemplo da consulta. (FERNANDES, p. 312-313).

A seguir, objetiva-se identificar os tipos de discursos que podem ser utilizados na função consultiva da Corte de Contas, valendo-se das contribuições da teoria da linguagem.

3. A FORMAÇÃO DOS DISCURSOS DO TRIBUNAL DE CONTAS: DA PROBLEMATIZAÇÃO À RESPOSTA

Inicialmente, pretende-se abordar alguns pressupostos teóricos da teoria discursiva, a fim de examinar o procedimento consultivo da Corte de Contas gaúcha a partir de tal referencial teórico.

Na obra “Direito e Democracia”, Habermas pretende demonstrar que “a teoria do agir comunicativo, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não é cega para a realidade das instituições”, de forma que o jusfilósofo alemão constrói seu “projeto de uma filosofia do direito” (HABERMAS, 2012a, p. 11-14).

Na teoria habermasiana, portanto, aquele que age comunicativamente apresenta quatro pretensões de validade, quais sejam: inteligibilidade, verdade, correção e veracidade. O discurso, por sua vez, surge quando alguma das pretensões de validade é problematizada, sendo indicadas espécies de discursos para cada pretensão (ALMEIDA; RECK, 2013). Resse-Schäfer menciona que Habermas, por vezes, trata de apenas três pretensões, pois a inteligibilidade estaria pressuposta nas demais (RESSE-SCHÄFER, 2012).

Os discursos, portanto, que contemplam as pretensões de validez que foram problematizadas, se caracterizam pela intervenção de participantes com opiniões variadas, a fim de eliminar a dúvida existente, sendo possível identificar discursos que sustentem pretensões de verdade e de correção, visto que a problematização de veracidade somente será sustentada pelo comportamento do falante (GAVIÃO FILHO, 2011).

Portanto, o discurso teórico será verificado nas questões de verdade e o discurso prático é aquele indicado para problemas relacionados à correção, em aspectos morais, políticos e jurídicos (ALMEIDA; RECK, 2013).

A prática social argumentativa acaba por formar consensos, sendo estes elementos que formam o mundo da vida, pano de fundo sob o qual os atores sociais atuam. Nada obstante, a estabilização não se eterniza, de forma que o risco do dissenso pode levar à problematização (RECK, 2006).

Considerando que a função consultiva em estudo tem por objetivo esclarecer uma dúvida, ou seja, uma problematização, o discurso prático será objeto de maior detalhamento, que ocorrerá, no caso, quando o mundo da vida, permeado por consensos, for alvejado por um dissenso.

Portanto, compreende-se pela necessidade de abordar, no campo da teoria discursiva, os princípios do discurso, da democracia e da universalidade. Posteriormente, serão diferenciados os discursos de fundamentação e aplicação, sem prejuízo da análise do princípio da universalização em suas formas forte e fraca, a partir das contribuições de Klaus Gunther, com a finalidade de compreender e analisar o discurso do Tribunal de Contas em sua função consultiva.

A legitimidade do direito não tem como suporte, de forma exclusiva, o direito de um indivíduo (em uma perspectiva liberal), tampouco a soberania popular dependente de cidadãos virtuosos, mas sim a mediação comunicativa, em que se destaca o princípio do discurso (REESE-SCHÄFER, 2012).

Habermas conceitua o princípio do discurso da seguinte forma: "D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais" (HABERMAS, 2012, p. 142).

Assim sendo, os discursos práticos, como é o caso do discurso jurídico, devem ser analisados com base no princípio do discurso, de forma a evidenciar uma "garantia de satisfação da pretensão de correção de todo e qualquer tipo de norma ou enunciado jurídico" (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 117). Ou seja, o princípio do discurso dispõe que se "leve em conta a opinião daqueles que são destinatários das normas" (RECK, 2006, p. 150).

Habermas esclarece o princípio do discurso:

> Entram nessa formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado "válidas" refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por "normas de ação" expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, "atingido" é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E "discurso racional" é toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente (HABERMAS, 2012, p. 142).

Ou seja, a pretensão de validez das normas, no sentido acima indicado, a partir do princípio do discurso, exige que se tenha assentimento (ou se passe a ter) de todos os interessados na qualidade de participantes do discurso prático (GAVIÃO FILHO, 2011).

Ademais, no âmbito da teoria pragmática habermasiana, é importante registrar a relação entre o princípio democrático e o princípio do discurso, visto que o primeiro está inserido no segundo. Considerando que o princípio do discurso não dá conta de regular a vida em sociedades complexas,

é por meio do direito que se confere legitimidade ao poder político e, consequentemente, ao próprio Estado de Direito, de forma que se evidencia a função do princípio democrático de legitimar o direito (BITENCOURT, 2013).

Segundo Habermas, o princípio da democracia, que permite a discussão de questões práticas, dependente do direito, significa que:

> [...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente (HABERMAS, 2012a, p. 145).

Evidente, assim, que a moral e o direito valem-se do princípio do discurso, mas, considerando que são esferas normativas distintas, o direito, que se mostra como uma tensão permanente entre facticidade e validade, é regido pelo princípio da democracia e possui o papel de integrador social nas atuais sociedades. (XIMENES, 2010).

A resposta a uma consulta, seja qual for o mérito, é um ato de decisão do Tribunal de Contas, selecionando uma dentre inúmeras possibilidades de solução à dúvida evidenciada.

A diferenciação entre os discursos de fundamentação e de aplicação é uma compreensão que se faz necessária ao se analisar o discurso consultivo do Tribunal de Contas.

Cabe registrar, desde logo, que a distinção entre discursos de justificação e aplicação permite identificar que cada espécie de discurso corresponde a um estágio da racionalidade prática, de modo que o procedimento de justificação está projetado para o futuro, a partir de situações imaginadas, mas sem dar conta de todas situações concretas que serão originadas a partir da norma. O discurso de aplicação, por sua vez é voltado para situações concretas, diante da impossibilidade de previsão de todos os casos futuros (BITTENCOURT; RECK, 2015).

Habermas explica que a identificação dos discursos se relaciona com as atribuições dos Poderes Judiciário e Legislativo:

> Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada à aplicação* de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação (HABERMAS, 2012a, p. 323-324).

Assim sendo, o discurso jurídico poderia evidenciar dois tipos de discursos, sendo que o de justificação, próprio de tarefas legislativas, parte de interesses universalizáveis em condições constantes ou iguais, ao passo que o discurso de aplicação considera as nuances do caso concreto, ou seja, condições específicas que são produto de circunstâncias dinâmicas ou mutáveis, como é o caso da decisão judicial (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Bittencourt resume a importância da leitura separada dos discursos:

> [...] os discursos devem ser lidos separadamente porque tanto o fator da limitação temporal, quanto o fator da limitação das informações, são fundamentais para que aconteça a institucionalização das decisões jurídicas. A questão central da diferenciação: se por um estes discursos oferecem uma abordagem filosófica da racionalidade prática, o que rege os discursos de fundamentação é voltado à otimização do interesse de todos oferecendo apenas razões, enquanto que o discurso de aplicação, tomando consciência da complexidade fática,

> procura escolher a melhor norma e a melhor interpretação, proporcionando coerência ao ordenamento jurídico, mas considerando as perspectivas dos particulares, que devem manter relação com a estrutura geral das expectativas já postas pelos discursos de fundamentação (BITTENCOURT, 2013, p. 197).

Conforme Gunther, a discurso de fundamentação deve, a partir de uma situação hipotética, sem considerar cada situação concreta, "generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento" que tenha por escopo "examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto sem coação" (GUNTHER, 2011, p. 38).

Ao introduzir a versão brasileira da obra de Gunther, Luiz Moreira registra a importância de se distinguir os discursos de justificação e aplicação, visto que o primeiro se relaciona à validade de uma norma, ao passo que o segundo diz respeito à adequabilidade, exigindo uma concreção (GUNTHER, 2011).

Desta forma, os discursos de fundamentação objetivam a validade de uma norma, sem considerar situações concretas, de forma que a validade resultante será *prima facie,* haja vista a fundamentação normativa imparcial, em que pesem os paradigmas de pano de fundo condicionem a interpretação. Nesse escopo, vale-se do princípio da universalidade, ou apenas "U", de forma que a validade da norma não se condiciona a todas as situações possíveis, de forma absoluta, até porque os efeitos colaterais devem ser suportados pelo conjunto de indivíduos (BINTENCOURT; RECK, 2015).

Para Habermas, nos discursos de justificação serão percebidos argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais. As questões éticas, que se colocam na primeira pessoa do singular ou do plural, se relacionam a uma determinada comunidade, destinando-se ao seu auto-entendimento ou bem viver. Já as questões morais não estão circunscritas a uma determinada comunidade, uma vez que questões como "não matar" são universais. Já as questões pragmáticas partem de uma auto-observação recíproca de indivíduos que buscam se influenciar com vistas a uma maior utilidade (RECK, 2006).

Para os discursos de justificação, portanto, Gunther sugere uma versão mais fraca de "U": "Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente" (GUNTHER, 2011, p. 30).

Todavia, nos casos dos discursos de aplicação, é a universalidade em sua forma forte que Gunther realça:

> Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente (GUNTHER, 2011, p. 29).

É possível concluir que os discursos de justificação, relacionados à validade, e os de aplicação, relacionados com a adequação da norma em determinada situação concreta, evidenciam diferenças no que tange à imparcialidade. Enquanto no discurso justificativo imparcial se impõe que "todos interesses envolvidos sejam levados em consideração", no discurso de aplicação imparcial a demanda é por um "procedimento no qual todas as características de uma situação, descrita da forma mais completa possível, sejam consideradas". Ou seja, em face da descrição completa da

situação concreta, exige-se uma análise interpretativa das normas válidas e *prima facie* aplicáveis. A legitimidade *prima facie* significa que uma norma foi imparcialmente justificada, tornando imprescindível o discurso imparcial de aplicação, para que a própria decisão esteja revestida de legitimidade (COURA, 2009, p. 220).

Nos discursos próprios da função consultiva, compreende-se que o grau de abstração da dúvida determinará o discurso que vai prevalecer na resposta da Corte de Contas, de forma que quanto mais elevado o grau de abstração, maior a demanda pelo discurso de fundamentação. De outro modo, ao se aproximar (ainda que de forma hipotética) de uma dúvida que narre em detalhes uma situação concreta, maior será a necessidade de formulação de um discurso de aplicação. De forma exemplificativa, poderia se imaginar uma dúvida constitucionalidade de um município legislar sobre determinada matéria, o que parece determinar um discurso predominantemente de justificação. Quando a dúvida parte de leis já positivadas, em face de uma hipotética situação concreta, como pagar ou não uma gratificação de serviço prevista em lei em acúmulo com uma função gratificada também prevista no ordenamento jurídico, o discurso de aplicação será o que vai prevalecer.

O procedimento atualmente previsto para a função consultiva não permite a participação de todos os destinatários das orientações do Tribunal de Contas, perfectibilizadas nas respostas às consultas. A formação de juízos racionais, em um Estado Democrático de Direito, na perspectiva que se desenvolve nesta pesquisa, não pode dispensar um discurso racionalmente construído, consistente o suficiente para legitimar as decisões.

Se a resposta à consulta, como foi mencionado, de certa forma vinculou o órgão de controle em seu agir, em situações idênticas que forem objeto de fiscalização posteriormente, talvez o mesmo não possa ser afirmado em relação aos órgãos fiscalizados que não tiveram oportunidade de participar da interação argumentativa. Ou ainda, conforme a matriz habermasiana poderia se pensar no “abandono de uma posição objetivante”, de forma que se estimule o engajamento performativo (RECK, 2006, p. 195).

Até porque, novamente se valendo das lições de Reck, em que pese as dúvidas sejam decididas em um discurso crítico, “o resultado da solução dessas dúvidas só poderá estabilizar-se se estiver bem incrustado em um consenso sólido” (RECK, 2006, p. 200).

Essas e outras abordagens, acerca da legitimidade da resposta a partir de uma ampliação democrática do procedimento consultivo serão desenvolvidas com maior densidade no capítulo seguinte desta pesquisa.

4. ABERTURA PROCEDIMENTAL A PARTIR DA ANÁLISE DISCURSIVA

A partir do que já foi exposto e dos argumentos que seguem, objetiva-se sustentar que há um dever constitucional do Tribunal de Contas em propiciar uma abertura democrática nos procedimentos de consulta.

A compreensão da democracia deliberativa exige a compreensão de que as tradições e cosmovisões de mundo, a partir da modernidade, não possuem mais a capacidade de legitimar

normas de ação. Essa constatação exige que os cidadãos, por meio de discussões públicas, alcancem a um entendimento acerca do modo de vida que desejam ou acerca das tradições que serão ou não mantidas, visto que as interpretações religiosas e metafísicas não são mais suficientes para legitimar sistemas de regramentos. A moralidade pós-convencional e a ética discursiva interligam interesses individuais e valores comunitários, exigindo que ambos exponham razões que sustentem sua validade social (PIVETTA; MONTEMEZZO, 2014).

Se as consultas têm por finalidade coordenar planos de ação, é porque há um caráter normativo na decisão, que não dispensa legitimidade e uma abertura para o diálogo que propicie uma formação racional da resposta ofertada. Tal conclusão se harmoniza com Habermas no sentido de que:

> [...] as regulamentações políticas da vida em comum tornam-se cada vez mais dependentes das corporações deliberantes do Estado constitucional, bem como dos processos de comunicação na sociedade burguesa e na esfera pública política (HABERMAS, 2001, p. 194).

Desta forma, a abertura que se propõe coaduna-se com o Estado Democrático de Direito, visto que o princípio democrático deve nortear não apenas as atividades dos poderes constituídos, mas também dos órgãos autônomos, como é o caso do Tribunal de Contas.

Algumas palavras de Aragão servem de reflexão:

> [...] a legitimidade do direito só se materializa através de um processo de formação discursiva da opinião e da vontade. [...] Habermas quer acrescentar algo mais a esse veio normativo do direito, de modo que ele também possa tornar-se um meio de assegurar as condições fáticas para utilização dos direitos formais iguais, que efetivamente propicie igualdade de oportunidades. E a única forma de assegurar essa igualdade de chances, segundo seu ponto de vista, é através da participação; não apenas da participação política formal, que se resume a cada cidadão exercer o direito de votar e ser votado nas eleições oficiais, mas também da participação social e cultural, não restrita ao âmbito parlamentar. Isso significa dar oportunidade aos membros de tomar parte na discussão e decisão de questões que dizem respeito à vida em sociedade (ARAGÃO, 2002, p. 197-198).

A relação entre o mundo da vida e o sistema administrativo (e nesse sistema pode se alocar o Tribunal de Contas e seus jurisdicionados) possui duplo sentido, ou seja, com implicações recíprocas entre as esferas. Ademais, a própria relação entre o órgão de controle e seus jurisdicionados também possui imbricações recíprocas, que poderão trazer consequências para o mundo da vida.

Ao analisar as formas de relação reificadas nas sociedades contemporâneas, Habermas verifica que esse processo de abstração não ocorria somente nas relações de trabalho, como já denunciado por Marx, mas também nas relações que se desenvolvem entre os clientes do Estado e dos cidadãos e consumidores com o Estado de bem-estar social. Para o jusfilósofo alemão a perda de liberdade e de sentido, em face da modernização social é creditada ao desequilíbrio entre sistema e mundo da vida, sendo, inclusive, a burocratização resultado da colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos, ocorrendo, por consequência, a reificação da prática cotidiana. Assim, Habermas compreende que é necessário alcançar entendimentos por meio de uma infra-estrutura comunicativa, que resista à reificação induzida pelo sistema e pelo empobrecimento cultural, sendo este último fato resultante de culturas elitistas de especialistas que se separam do mundo vital (ARAGÃO, 2002).

Assim sendo, a fim de evitar uma coisificação dos órgãos jurisdicionados do Tribunal de

Contas e não os tornar meros expectadores dos discursos, constata-se a necessidade dessa abertura da função consultiva do órgão de controle em relação às redes de comunicação da esfera pública.

Ressalta-se, portanto, a importância da situação ideal de discurso, que se compreende como uma condição de possibilidade discursiva, tendo como característica definidora a intersubjetividade, pois através do diálogo e da linguagem é possível se chegar a um acordo bem fundamentado. Nessa concepção, deve ser sempre possível questionar os usos da linguagem, sem prescindir da necessidade de, no discurso, validar, explicar e justificar as pretensões dos falantes. Além do mais, deve sempre ser possível a reinterpretação do que já foi discutido e da própria situação ideal de fala, o que vai possibilitar a eficácia cooperativa do discurso, necessária para a comunicação (MARCONDES, 2000).

Transpondo as considerações acima para o procedimento de consulta, compreende-se que a intersubjetividade, na perspectiva democrática, não pode ser afastada, a fim de que se possibilite uma resposta legítima e fundamentada. As questões cruciais da Administração Pública devem ser passíveis de problematização e de rediscussão, além, é claro, de o próprio procedimento poder ser questionado, a fim de se chegar o mais próximo possível da situação ideal de fala.

Acerca da ideologia na linguagem:

> As assimetrias nas relações entre os interlocutores são ocultadas por uma aparência de igualdade, e as restrições ao acesso da realização dos diferentes atos de fala são escamoteadas. O sujeito com seus atributos de responsabilidade de liberdade de escolha e decisão aparece como o centro da produção do discurso, enquanto os papéis linguísticos e sua determinação social que realmente possibilitam a realização dos atos de fala não são reconhecidos como tais. A linguagem aparece neutra, isenta, objetiva, universal, ocultando-se sua relação com crenças, valores e interesses específicos e particulares da comunidade da qual é linguagem (MARCONDES, 2000, p. 45).

A abertura procedimental permite a crítica dos discursos, inclusive dos seus usos ideológicos, de forma que o controle da decisão é possibilitado. A partir desse controle pela racionalidade e da liberdade de problematização, serão possíveis rever as situações quando a resposta ofertada não for a melhor ou estiver eivada de ideologias.

A resposta legítima, por sua vez, permite coordenar planos de ações, tanto da administração pública quanto do órgão de controle externo. Permite, igualmente, aceitação racional, quando o procedimento exige que os argumentos institucionalizados nos espaços de abertura sejam abordados pelas decisões.

Conforme aduzem Bittar e Almeida:

> Pensar o Direito a partir da teoria do discurso é considerá-lo na perspectiva de uma razão que age, enquanto se comunica, e, por isso, menos se experimenta seja como razão teórica, seja como razão prática, mas sim como razão comunicativa pela ética do discurso (*Diskursethik*), tal como vem identificada na perspectiva habermasiana. Isso significa que o uso público da razão é o lugar de encontro das possibilidades de construção de regras comuns, uma vez congruentemente construídas a partir de deliberações no espaço público. Ora, é o procedimento garantidor da participação e do consenso que estabelece a eticidade do agir comunicativo, condição *sine qua non* para a formação legítima da vontade jurídico-política (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 484).

A implementação de mecanismos de abertura, como as audiências públicas e a participação de *amicus curiae* permitem a participação de uma comunidade de intérpretes constitucionais nas

decisões do Tribunal de Contas, o que já foi de certa forma concebido como um conceito a ser desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário. Além do mais, em face da proximidade que se verificou entre o controle abstrato de constitucionalidade e a apreciação em tese que se faz no procedimento consultivo, estaria a Corte de Contas se valendo de instrumentos semelhantes aos utilizados pelo Poder Judiciário, sem vedar que se estabeleçam procedimentos próprios.

Uma última reflexão, que com certeza é motivo de dificuldade, é verificar parâmetros para identificação dos casos em que terá cabimento a abertura, pois nem todas as consultas, assim como em toda decisão judicial, necessita da abertura à participação para ser legítima.

Quanto maior a abstração da dúvida, maior a necessidade de retorno aos discursos de fundamentação, formados por um amálgama de argumentos éticos, morais e pragmáticos, sem descurar de argumentos jurídicos próprios do controle de constitucionalidade. De outro modo, quando a dúvida posta se assemelha a uma situação concreta, prevalece o discurso de aplicação[1].

Em relação às questões que permeiam o processo democrático:

> As *questões pragmáticas* são aquelas que dizem respeito aos meios apropriados para a realização de fins já estabelecidos, que se devem materializar em técnicas e estratégias de ação. Estas têm que estar baseadas em observações e prognoses, que permitem que o agente estabeleça comparações e ponderações a partir da perspectiva da eficácia ou de outras regras de decisão. [...]. Nos *discursos pragmáticos* 'são determinantes os argumentos que referem o saber empírico a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas...de acordo com as máximas estabelecidas. Entretanto, esta racionalidade teleológica encontra seus limites a partir do momento em que os próprios fins de tornam problematizados e em que preferências antagônicas exprimem oposições de interesse não-solucionáveis dos discursos. Assim, no nível pragmático, procura-se saber o que *podemos fazer para harmonizar entre si* preferências concorrentes, em função de tarefas imediatas. E é fácil deduzir que aqui devem ser realizadas *negociações*, evitando estruturas assimétricas de poder e potenciais de ameaça que possam impedir seu êxito. As questões *ético-políticas* exprimem o desejo de clareza, por parte dos membros de uma comunidade, sobre suas formas de vida intersubjetivamente compartilhadas e os ideiais que as orientam, ambos decorrentes da autocompreensão cultural e política acerca de sua identidade enquanto comunidade histórica, e sujeitos a transformações. [...]. Nos *discursos* correspondentes, os argumentos que contam são os que se fundamentam numa explicação da autocompreensão daquela forma de vida historicamente transmitida, e que orientam as decisões sobre valores segundo a perspectiva de uma conduta de vida consciente e crítica. [...]. Entretanto, embora seja importante saber quais seriam os modos de agir 'bons pra nós', do ponto de vista daquela comunidade, deve ser colocada outra questão muito importante – a da justiça – que inquire sobre o que é *igualmente bom para todos*. E então chegamos às *questões morais*, pelas quais se deve examinar a possibilidade de regular a convivência social no sentido assimétrico de todos. Aqui se buscam as normas justas, aquelas que, em situações semelhantes, todos gostariam que qualquer pessoa seguisse. [...] Os *discursos morais* são aqueles em que 'são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis'. Para isso, é necessário ultrapassar a perspectiva etnocêntrica particular de cada coletividade e assumir uma perspectiva genérica de uma comunidade não circunscrita (ARAGÃO, 2002, p. 206-207).

Assim sendo, nas questões pragmáticas[2] o que se verifica não é uma delegação da vontade

---

[1] Lembrando que o discurso de aplicação se caracteriza quando, "dentro do repertório legal das normas válidas, somente uma seja aplicável, vale dizer, adequada ao caso, embora isso não invalide, *prima facie*, as demais normas do repertório jurídico do qual foi extraída a norma mais adequada" (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 133).

[2] Em relação aos discursos pragmáticos, "como a questão refere-se a meios e fins, o que está em questão é a construção e a avaliação das possíveis consequências oriundas das alternativas de decisão (ou escolhas – no mesmo sentido) ou dos programas e não em relação à formação racional da vontade. Ocorre que nem sempre essas questões conseguem não recorrer a discursos morais mais uma vez, até porque em certas questões pragmáticas, como a decisão de uma política social, será preciso lançar mão de discussões que acabam se submetendo a interesses e orientações valorativas conflitantes, de como e qual o meio que atinge melhor atinge o fim esperado constitucionalmente" (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 49-50).

dos eleitores aos seus representantes, mas um mandato para negociar compromissos, exigindo-se que a prática negocial garanta mesmo peso aos interesses e valores. De outro modo, nas questões éticas os discursos devem ser sensíveis aos argumentos da esfera pública e, nas questões morais, há a necessidade de transcendência da coletividade, a fim de buscar cosmovisões (ARAGÃO, 2002).

O exame de constitucionalidade é imprescindível nas respostas às consultas e existirá independentemente do discurso. Contudo, diante das observações acima, sem a pretensão de criar um parâmetro definitivo para os casos de abertura procedimental, é possível uma reflexão no sentido de que quanto maior a demanda por argumentos éticos, morais, e pragmáticos, maior a necessidade de abertura democrática, a fim de buscar uma legitimação da resposta junto à esfera pública.

Isso, pois o Tribunal de Contas estará se valendo de argumentos próprios do discurso de fundamentação, que são inerentes às tarefas legislativas. Os princípios da universalização e do discurso auxiliam nessa compreensão. O princípio da universalização funciona como "um guia procedimental dos argumentos possíveis" (SOUZA NETO, 2006, p. 139). Já o princípio do discurso, que assume a forma de princípio democrático no direito, exige que se aproxime o máximo possível de uma situação ideal de diálogo. Portanto, a formação de discurso de fundamentação, ou mesmo um retorno a tais discursos não pode prescindir da observância desses princípios.

Vale reproduzir o que diz Coura:

> O processo de criação de normas, que permite considerá-las válidas, leva em consideração diversos argumentos, entre os quais se encontram os morais, os éticos e os pragmáticos. Contudo, esse processo complexo articula-se por meio de uma racionalidade que requer que os direitos sejam concebidos, segundo Ronald Dworkin, como "trunfos" a serem usados no discurso jurídico de aplicação normativa, contra argumentos políticos ou outros (não jurídicos), como os exclusivamente éticos, morais ou pragmáticos. Nessa ótica, tais argumentos não podem, no momento da decisão judicial, ser inseridos, tomados ou elevados à condição de Direito (COURA, 2009, p. 167-168).

Portanto, quando o Tribunal de Contas, no exercício da função consultiva, for instado a formar ou retomar discursos de justificação que possam acarretar déficits de legitimidade, por conta dos argumentos necessários e da participação dos destinatários das respostas, deve criar procedimentos que permitam que todos os argumentos possíveis venham à tona, assim como que assegurem a ampla participação, em uma situação de fala aproximativa da ideal, assegurando liberdade e igualdade aos participantes.

Mas, como se afirmou, não se objetiva criar parâmetros definitivos, de forma que em situações hipotéticas, que se assemelham demasiadamente às situações concretas, em face da riqueza dos detalhes descritos, ainda que se demande um discurso de aplicação, poderá ser verificável a necessidade de abertura por algum dos interessados na resposta.

5. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, quando toda ordem jurídica passa a ter como vértice comum os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, a democracia assume relevo e exige legitimidade da atuação do Poder Público, que será fiscalizada por toda a sociedade, inclusive pelo Tribunal de Contas. O Estado tem o dever, doravante, de criar mecanismos de comunicação

com o corpo social, sendo que as Cortes de Contas não podem se eximir dessa tarefa.

Portanto, os Tribunais de Contas são órgãos fiscalizadores das contas públicas, de matriz constitucional, cujas competências, constitucionais ou legais, devem ser analisadas na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Considerando o escopo dessa pesquisa, que se debruçou sobre a função consultiva do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, foi possível constatar que essa competência pode ser enriquecida em face da matriz teórica eleita, visto que a função de responder consultas é dotada de significativos potenciais democráticos.

Um ponto central para a pesquisa é a distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Os primeiros voltam-se ao futuro, a partir do que imaginam os participantes do discurso, sem dar conta de prever todas as situações concretas que possam acontecer. Já o discurso de aplicação parte de uma situação concreta, trazendo situações específicas e nuances que devem ser consideradas.

Com Habermas, constata-se que os discursos de justificação se valem de argumentos morais, éticos e pragmáticos. Gunther, por sua vez, observa a existência de uma versão fraca do princípio da universalização "U" nos discursos de fundamentação, pois não considera as situações especiais. Além do mais, os discursos de justificação se relacionam com a validade de uma norma, ao passo que os discursos de aplicação têm relação com a adequação da norma a uma dada situação, exigindo a análise interpretativa de uma norma válida *prima facie*.

Constatou-se que há um déficit de legitimidade, em face da matriz teórica, exigindo a ampliação dos espaços de participação em determinadas situações. Isso, pois o procedimento previsto não permite a participação de todos aqueles que serão destinatários das respostas do Tribunal de Contas e porque na formação ou retorno de discursos de fundamentação os argumentos éticos, morais e pragmáticos exigem uma aproximação com a esfera pública.

A abertura do procedimento viabiliza essa aproximação com a esfera pública e a captação de informações que se transformarão em argumentos. A partir dos discursos e das concepções democráticos deliberativas acredita-se que as respostas adquirem legitimidade. Com essa legitimidade, portanto, as respostas terão maior aceitabilidade e os argumentos da esfera pública são institucionalizados, ainda que não aceitos. Também será possível um controle das respostas a partir da racionalidade.

A deliberação obriga que os participantes do discurso argumentem entre si, a partir de condições de liberdade e igualdade. Essa troca argumentativa é que vai contribuir para a legitimidade das decisões, exatamente por partir de um procedimento que permitirá a construção de um entendimento racionalmente motivado.

A teoria discursiva, portanto, permitiu a identificação dos discursos da função consultiva do Tribunal de Contas e, a partir disso, tornou evidente o dever constitucional de abertura, a fim de buscar legitimidade nas respostas, sendo que esse dever é mais inequívoco quando a dúvida demanda discursos de fundamentação, em face dos argumentos que o formarão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. E; RECK, J. R. *Direito e Ação Comunicativa*: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguistico-pragmático de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito. Porto Alegre: HS, 2013.

ARAGÃO, Lucia. *Habermas:* filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, M. M. M.; LEAL, M. C. H. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015, p. 24-60.

BITENCOURT. Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.691-7/DF (Medida Liminar).* Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília: 30 out. 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347214>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. *Lei Federal n° 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 4.737, de 9 de abril de 1965.* Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CADEMARTORI, L. H. U; DUARTE, F. C. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

COURA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In) Constitucional. Para uma análise crítica da "Jurisprudência de Valores" à luz da Teoria Discursiva de Habermas.* Belo Horizonte: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIVETTA, S. L.; MONTEMEZZO, F. P. Diálogo e dissenso: a felicidade e o justo sob a ótica dos deliberativos. In: GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coords.). *Direito, Felicidade e Justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173-198.

RECK, Janriê Rodrigues. *A Construção da Gestão Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 319 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

RESSE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei Estadual n° 11.424, de 06 de janeiro de 2000.* Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Disponível em: < http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução n° 1.028, de 04 de março de 2015c.* Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/2NovoRIR1028Ret.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa.* Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEORIA ECONÔMICA DA DEMOCRACIA E A FUNÇÃO INFORMACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Autor: José Ricardo Parreira de Castro*

*Mestre em Direito pela UNIRIO. Pós Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV/RJ. Pós-Graduando em Direito e Economia pela UNICAMP. Procurador da Procuradoria Especial junto ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – TCMRJ.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo abordar o papel dos Tribunais de Contas no que toca às suas funções informacionais no âmbito de um sistema democrático de governo, isto é, um sistema que usa a regra da maioria para a escolha de lideranças. Estabelecido o referencial epistemológico da Análise Econômica do Direito, com seus conceitos-chave, abordaremos a Teoria Econômica da Democracia, e, em seguida, trataremos da questão das informações necessárias, em uma democracia, para que os participantes possam proceder à melhor escolha quanto aos líderes. Ao final, demonstraremos como os Tribunais de Contas podem, a partir de suas atribuições constitucionais e legais atuar como instituições informativas quanto às lideranças, consolidando e propagando informações acerca da qualidade e efetividade da gestão levada à efeito pelos eleitos, reduzindo custos e aumentando a utilidade marginal dos eleitores.

Palavras-chave: Democracia, Informação, Tribunais de Contas.

1. Introdução e referencial epistemológico

Dentre as diversas variantes de estudo acerca do fenômeno jurídico, uma interessante vertente é aquela que aplica, à atuação dos agentes e instituições jurídico-políticas no âmbito do Direito, o individualismo metodológico próprio do estudo da Economia, bem como o ferramental técnico-conceitual inerente à esta última disciplina, naquilo que se convencionou denominar, atualmente, de Análise Econômica do Direito – AED. Este movimento – também denominado de Direito e Economia – visa contribuir para a percepção de novas dimensões quanto ao Direito, inclusive (e talvez, principalmente) quanto a compreensão do papel do Direito, dos indivíduos e das instituições na formulação e implementação de políticas públicas.

Dentre as diversas vertentes que o estudo interdisciplinar de Direito e Economia poder assumir, vale chamar a atenção para a denominada Teoria Neo- Institucionalista, de onde, consoante Salama (2017, p. 25) surgem três ideias relevantes:

> (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos, etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (...);
>
> (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de decisão coletiva); e
>
> (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).

Nestes termos, aduz Salama (2017, p. 22-25) que as teorias e conceitos econômicos (mormente aqueles oriundos da microeconomia, especialmente os modelos microeconômicos marginalistas) podem não só auxiliar a explicar a estrutura das normas de Direito e dos diversos arranjos institucionais, como podem ainda permitir a predição das consequências da aplicação de

regras de Direito sobre o comportamento dos agentes envolvidos. Estas funções de explicação e predição de comportamentos partem de alguns conceitos centrais, sendo o primeiro deles, o conceito de **escassez**, também conhecido como "*problema econômico fundamental*".

Isto porque se afirma que a Ciência Econômica significa, na verdade (ROBBINS, 1945, p. 16), "(...) a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos"[1]. Ora, se os meios para atingimento dos diversos fins humanos são escassos, e seus usos são, em larga medida, alternativos (isto é, ou uso o recurso "X" para atingir a finalidade "A" ou utilizo o mesmo recurso "X" para atingir a finalidade "B"), resta claro que a escassez impõe ao agente a necessidade de fazer escolhas, ou, no jargão econômico, "*tradeoffs*", os quais, segundo Salama (2017, p. 26-27)

> (...), na verdade, são "sacrifícios": para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado "custo de oportunidade". Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais.

Se todo o ser humano é obrigado, pela escassez de recursos, a realizar inúmeras escolhas, manda o bom senso que o indivíduo faça uma escolha calculada, adotando, dentre os diversos caminhos diante de si, a alternativa que lhe forneça o maior bem-estar. Tal ideia se expressa na noção de **Maximização racional**, sendo este conceito separado pelos estudiosos em duas presunções: a de maximização racional e a de auto- interesse. Harrison (2011, p. 38) informa, quanto a primeira, que:

> Central para o Direito e Economia convencional é a presunção de que indivíduos são maximizadores racionais de seu auto- interesse. Estes termos aparentemente incontroversos podem ser separados em dois componentes. Racionalidade exige, basicamente, que os indivíduos não realizem atos que aparentem ser inconsistentes. Em geral o ponto nodal que surge aqui é a "lei da transitividade". Sob a lei da transitividade, se um indivíduo expressa preferência por maçãs sobre peras e peras sobre laranjas, admite-se que ele não expressaria uma preferência por laranjas sobre maçãs. A importância da presunção de racionalidade é bem óbvia. Economia, acima de tudo, é sobre extrair o máximo de recursos escassos, e o comportamento irracional e inconsistente vai obstar o funcionamento dos mercados e tornar este objetivo impossível. A presunção de comportamento maximizante requer que as decisões tenham por fundamento alcançar alguma fim. Por exemplo, se você desejasse ser a pessoa mais rica do mundo, não seria consistente distribuir dinheiro a não ser que você percebesse isso como investimento.[2]

Já o auto- interesse, consoante o mesmo autor (2011, p. 38):

---

[1] No original: "*Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*." (ROBBINS, 1945, p. 16)

[2] No original: "*Central to conventional law and economics is the assumption that individuals are rational maximizes of self –interest. These seemingly non-controversial terms can be broken into two components. Rationality would require most basically that the individuals not engage in acts that seem to be inconsistent. Often the critical matter that comes up here is the "law of transitivity". Under the law of transitivity, in an individual expresses a preference for apples over pears and pears over oranges, they would not express a preference for oranges over apples. The importance of the rationality assumption is fairly obvious. Economics, above all else, is about getting the most out of scarce resources, and inconsistent, irrational behavior will impair the functioning of markets and render this goal impossible. The maximizing behavior assumption requires that decisions be made to advance some end. For example, of you wanted to be the richest person in the world, it would not be consistent to give money away unless you viewed it as an investment".* (HARRISON, 2011, p. 38)

> (...) é mais difícil de definir. Para alguns, ele significa comportar-se egoisticamente no sentido mais comum. Outros, porém, adotam o ponto de vista de que toda conduta racional é auto-interessada. Deste ponto de vista, qualquer escolha feita é motivada pelo fato de que a alternativa escolhida é a que "parece" melhor. Se uma opção parece melhor então você a prefere, e selecionar opções que você prefere é agir auto- interessadamente. Um exemplo é um ato aparentemente altruísta. No jargão dos economistas, a pessoa altruísta ganha mais utilidade – satisfação – a partir da ação altruísta do que agindo de uma forma que pareceria egoísta. O ato altruísta é explicado pelo auto- interesse. A pessoa que age altruisticamente não fica, na realidade, sem compensação – ela recebe "pagamento psíquico". Pagamento psíquico busca explicar tudo mas em última análise prova-se inútil porque ainda se é forçado a distinguir entre as diferentes formas de auto- interesse. Estas diferentes formas podem ser objeto de importantes considerações quando se aplica Economia ao Direito.[3]

Destas noções, decorrem duas consequências: (i) em todas as atividades da vida, desde as mais simples, como consumir um produto/serviço, até as mais complexas, como casar, ter filhos ou litigar, o indivíduo buscará sempre maximizar seu auto- interesse e (ii) o processo decisório é feito sempre "*na margem*", isto é, a realização de mais uma unidade de uma dada atividade só ocorrerá se a compensação decorrente desta unidade subsequente mostrar-se igual ou superior ao custo incorrido para a concretização daquela unidade.

Importante ressaltar que a "*atividade*" mencionada não precisa, necessariamente, ser a aquisição de um objeto físico, como um veículo automotor ou uma refeição, ou um serviço, como a limpeza de uma casa, pois o processo decisório marginalista pode ser aplicado à bens intangíveis aos quais não se atribui, normalmente, valor pecuniário, como, por exemplo, a aquisição de informações. Assim, um indivíduo somente prosseguirá coletando informações se o benefício obtido a partir da informação nova superar o custo de aquisição daquela informação (inclusive quanto ao tempo[4] gasto para obter aquela informação específica).

Note-se, por fim, que as decisões adotadas pelos indivíduos não são tomadas "*no vácuo*", mas sim dentro de um ambiente de **incerteza**. As circunstâncias passadas, presentes e futuras não são integralmente conhecidas, e, mesmo quando (raramente) o são, seus reflexos podem ser incalculáveis ou incompreensíveis. Da mesma maneira, parte substancial das circunstâncias que podem impactar o processo decisório dos indivíduos sequer é cognoscível. Tal conceito é diferente da noção de **risco**[5], estando associado com os próprios limites epistemológicos do ser humano, que é incapaz até mesmo de ter certeza da correção de sua compreensão quanto ao ambiente que o cerca. Andrade (2011, p. 191), ao tratar do tema, estabelece que:

---

[3] No original:"*(...) is more difficult to define. To some, it means to behave selfishly in the most common sense. Others, however, take the view that all rational conduct is self-interested. From this point of view, any choice that one makes is motivated by the fact that the selection is the one that "feels" better. If an option feels better than you prefer it, and to select options you prefer is to act self-interestedly. An example is a seemingly altruistic act. In the jargon of the most die-hard economists, the altruistic person gains more utility – satisfaction – from acting altruistically than from acting in a manner that would appear to be selfish. The altruistic act is explained by self-interest. The person who acts altruistically is really not uncompensated – she receives "psychic income". Psychic income attempts to explain everything but ultimately proves useless because one is still forced to distinguish amongst the different forms of self-interest. These different forms can be very important considerations when one applies economics to law*". (HARRISON, 2011, p. 38)

[4] Uma vez que o tempo é, por definição, um recurso bastante escasso. Basta lembrarmos que à ninguém são dadas mais do que 24 horas por dia.

[5] Sendo o risco, por sua própria natureza e mesmo em contraposição à incerteza, calculável e, por vezes transferível a outros, por instrumentos específicos, como o contrato de seguro.

> (...) há uma linha de raciocínio comum: o conceito de incerteza está associado à ausência (ou limitação) de conhecimento e é contrastado com a ideia de conhecimento na forma de cálculo de risco probabilístico quantificável.
>
> Quando as circunstâncias futuras pertinentes forem desconhecidas, ou pelo menos bastante incertas, formular prognósticos não é tarefa trivial. O ambiente pode mudar de forma imprevisível. Os obstáculos com que se deparam os agentes que devem formular previsões são:
>
> i. o passado pode não ser um guia relevante para o momento em que é formulado o prognóstico; e
>
> ii. não há método confiável para estimar as probabilidades das diversas mudanças possíveis.

Ora, se, nos termos do referencial epistemológico específico do estudo de Direito e Economia, todas as escolhas individuais sempre tem um viés de auto- interesse, e todas as decisões são sempre tomadas: (a) com base na utilidade marginal e (b) dentro de um contexto de incerteza, não demorou para que estudiosos do tema aplicassem tais premissas ao sistema eleitoral, visando estabelecer um modelo de previsão de comportamento dos eleitores, a partir da assunção, quanto à estes, de uma ação racional, ainda que esta racionalidade se encontre limitada: (i) pela quantidade de informação disponível ao agente; (ii) pelos custos marginais de aquisição de novas informações e (iii) pela incerteza tanto da realidade quanto do próprio conhecimento.

Tal postura, prefigurada, ainda que implicitamente, na obra de Joseph Schumpeter (1961, *passim*), e explicitada na obra de Anthony Downs (1999, *passim*), aponta para o fato de que um eleitor, em um regime democrático, utilizará seu voto de forma tão racional quanto possível – muitas vezes votando não com base em posições ideológicas, mas a partir da utilidade que poderá obter a partir do sufrágio – limitado, sempre, pelas informações que dispuser acerca dos competidores no pleito e pelo tempo que gastará para obter informações novas e/ou relevantes.

Assim sendo, torna-se importante verificar, em um dado regime democrático, como um eleitor pode obter informações acerca dos competidores e, mais do que isso, que tipo de instituições podem ser estabelecidas de maneira a permitir que os eleitores disponham de informações – ainda que sabidamente incompletas – quanto aos candidatos. No presente estudo, tentaremos, ainda que brevemente, demonstrar que os Tribunais de Contas, à luz da postura metodológica antes descrita, se revestem de relevante função, concernente à consolidação e disseminação de informações acerca da gestão pública levada à efeito por administradores públicos que, de tempos em tempos, se submetem ao juízo das urnas.

Em primeiro lugar, impende explicitar, ainda que em largas pinceladas, a teoria econômica da democracia e qual seria a importância, para uma democracia com eleições periódicas, da informação acerca dos competidores à um dado cargo, para, ao final, verificar qual a contribuição que pode ser oferecida pelas Cortes de Contas, à partir de sua atividade, para a consolidação e disseminação das informações relevantes para um eleitor prestes a votar. Concluindo, apontaremos para alguns dispositivos legais que, a nosso sentir, confirmam a tese aqui explicitada, mostrando que o legislador nacional, pelo menos em linha de princípio, entendeu que o eleitor, em uma democracia, deve contar com tanta informação quanto possível acerca dos competidores eleitorais.

2. A visão da Ciência Política e a Teoria Econômica da Democracia

Ao contrário do que ocorre no Direito – onde, normalmente, a noção de democracia é tratada como o "*princípio democrático*", com uma forte carga valorativa[6] – no âmbito dos estudos políticos a noção de democracia é, de certo modo, reduzida, ajustando-se à idéia de que a democracia é, tão somente, um método de escolha, dentre outros eventualmente disponíveis. Destarte, embora a noção de democracia não se reduza à regra da maioria, é certo que, invariavelmente, esta regra encontra-se na maior parte das situações que se dizem "*democráticas"*. E tal regra – a da maioria – tem um único objetivo: servir como método de seleção. Aduz Sartori (1994, p. 192) que: "*(...) o que está sendo considerado é uma técnica, um procedimento. Toda sociedade precisa de regras de procedimento, de solução de conflitos e de tomada de decisões; e o princípio da maioria é o procedimento ou método que melhor satisfaz os requisitos da democracia (...)*".

Assim, prossegue o citado autor (1994, p. 192), "*(...) o que o eleitorado decide não é o que um comitê decide: na verdade, a decisão eleitoral tem pouco em comum com a decisão deliberativa. Em particular, as decisões eleitorais são, enquanto decisões, muito vagas; decidem apenas, ou em geral, 'quem vai decidir' (...)*". A mesma posição é adotada por Schumpeter (1961, p. 321), nos seguintes termos:

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

A posição adotada por Sartori e Schumpeter indica aquilo que se convencionou chamar de "*democracia procedimental*": a legitimidade de determinada decisão política – como, por exemplo, eleger uma determinada pessoa para o exercício de um cargo público – decorre unicamente da adoção, no processo de escolha, da regra da maioria. É a lição de Bobbio (1986, p. 18):

> Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considera-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos (...)

Vale dizer, portanto: parte substancial do funcionamento do sistema democrático repousa na adoção (e, principalmente, aceitação pela minoria) da regra da maioria, com vistas à escolha dos "*representantes*" ou "*mandatários*" dos cidadãos, sendo certo que tal regra não passa de mero método, que pode, conforme o caso, ser melhor ou pior do que outros. À toda evidência, do ponto

[6] À guisa de exemplo, confiram-se os comentários de Streck e Bolzan de Morais ao art. 1º da Constituição da República, *in* CANOTILHO *et al* (coords.), 2013.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

de vista estritamente político[7], não se pode atribuir maior ou menor valor à regra da maioria do que à qualquer outro sistema de escolha que adote outra regra qualquer.

Por sua vez, o ponto de vista econômico observa o sistema democrático a partir da noção de que os governos, tais como os indivíduos (ou por serem compostos – eles, governos – por indivíduos) procuram extrair, de suas ações, a maior utilidade possível, o que significa dizer, com apoio em Downs (1999, p.33) que a teoria econômica da democracia adota como premissa o fato de que todo governo tem por finalidade maximizar o apoio político do qual dispõe. De acordo com o citado autor (1999, p. 33):

> Nosso modelo se baseia no pressuposto de que todo governo procura maximizar o apoio político. Presumimos ainda que o governo existe numa sociedade democrática em que se façam eleições periódicas, que seu objetivo principal é a reeleição, e que a eleição é o objetivo daqueles partidos agora alijados do poder. Em cada eleição, o partido que recebe o maior número de votos (embora não necessariamente a maioria) controla todo o governo até as próximas eleições, sem quaisquer votações intermediárias, seja pelo povo como um todo, seja pelo parlamento. O partido governante, portanto, tem liberdade ilimitada de ação, dentro dos limites da constituição.

O pressuposto adotado – a maximização, pelo governo, de seu apoio político – é desdobrado a partir do já mencionado processo decisório marginal, que é também objeto de preocupação do governo, em relação aos cidadãos votantes, os quais também esperam do governo alterações calculadas a partir da margem (DOWNS, 1999, p. 71-73):

> Como o governo, em nosso modelo, deseja maximizar o apoio político, ele executa aqueles atos de gastos que ganham a maior quantidade de votos por meio daqueles atos de financiamento que perdem a menor quantidade de votos. Em outras palavras, os gastos são aumentados até que o ganho de votos do dólar marginal gasto iguale a perda de votos do dólar marginal financiado (...)
>
> A atividade governamental incluir fornecer condições sociais básicas, tais como proteção policial, cumprimento de contratos, manutenção da defesa nacional, etc. Desse modo, a utilidade total que um homem extrai da ação governamental inclui seus ganhos com a lei e a ordem na sociedade e com a segurança na política mundial. Ainda que essa renda total de utilidade exceda sua perda total de utilidade em impostos e em relação a atos governamentais dos quais não goste, ele pode ainda desaprovar fortemente alguma ação governamental marginal. Um voto contra qualquer partido é, portanto, não um voto contra o governo *per se*, mas desaprovação líquida das ações marginais específicas que aquele partido implementou.
>
> Desse modo, tanto o governo quanto os eleitores estão interessados em alterações marginais na estrutura da atividade governamental. Por alterações marginais, entendemos mudanças parciais na estrutura de padrões de comportamento governamental que cada administração herda de seu antecessor. Essas mudanças podem ser absolutamente de grande importância (por exemplo, a alteração nos gastos com defesa, da ordem de diversos bilhões de dólares, pode ter repercussões notáveis na economia). Além disso, uma série de mudanças marginais pode alterar toda a estrutura de atos governamentais; assim, o significado de marginalidade está relacionado com as unidades de tempo escolhidas.

Interessante observar que, à luz deste ponto de vista, a crítica que normalmente se faz em relação à uma determinada política pública ser ou não "*eleitoreira*" mostra-se incompreensível, absurda até: partindo do pressuposto que toda ação governamental visa extrair o máximo de utilidade

[7] E, repita-se, não jurídico, uma vez que do ponto de vista do Direito, o denominado "*princípio democrático*" encerra dentro de si forte carga valorativa, que vai muito além da mera legitimação das decisões tomadas a partir da regra da maioria.

possível dos recursos estatais expendidos, e considerando que esta utilidade – para os componentes do governo – mede-se em votos, conclui-se, logicamente, que toda ação governamental é, por natureza, "*eleitoreira*", isto é, visa captar os votos disponíveis no "*mercado eleitoral*".

Esta captação dos votos disponíveis no mercado eleitoral – o qual, como qualquer outro mercado, insere-se em um contexto de incerteza - se dará por meio de ações governamentais (políticas públicas[8]), racionalmente planejadas visando aumentar a utilidade marginal do maior número possível de eleitores (já que, em uma democracia, cada eleitor equivale a um voto, sendo o objetivo a captação do maior número possível de votos). Já a decisão do eleitor, de votar em um ou outro partido/candidato depende, eminentemente, da quantidade de informação referente aos contendores eleitorais que lhe é disponibilizada, bem como dos custos (inclusive os de oportunidade) que terá de suportar para obter as informações. Impende analisar, agora, como os indivíduos votantes se comportam na aquisição da informação necessária ao processo de votar.

3. A Questão da informação em uma Democracia

Tradicionalmente, a teoria econômica parte da idéia de que a disseminação das informações em uma sociedade é ampla, ou seja, cada parte de uma transação econômica disporia de quantidades ilimitadas de informação disponível para si. Viveríamos em um mundo "*perfeitamente informado*", onde cada agente disporia de toda a informação necessária para tomar uma decisão racional. Como já vimos, porém, tal postulado não resiste à um exame mais acurado da realidade. Ao contrário do que afirma a teoria econômica clássica, a **incerteza** é um elemento sempre presente na tomada de decisão do agente racional, sendo certo afirmar que tal incerteza está presente também em uma democracia, no momento em que os votantes precisam decidir como utilizar seu voto e em quem votar. A lição é de Anthony Downs (1999, p. 97):

> A incerteza é qualquer falta de conhecimento seguro sobre o curso de acontecimentos passados, presentes, futuros ou hipotéticos. Em termos de qualquer decisão específica, ela pode variar quanto à possibilidade de eliminação, à intensidade e à relevância. Quase toda incerteza é removível através da obtenção de informação, se uma quantidade suficiente de dados estiver disponível. Entretanto, alguma incerteza é intrínseca a situação específicas. (...) Portanto, nós simplesmente supomos que a intensidade da incerteza pode ser reduzida pela informação, que pode ser obtida apenas através do gasto de recursos escassos (...).

No âmbito eleitoral, a incerteza postulada por Downs envolve o desconhecimento dos eleitores acerca das plataformas de cada candidato e, mais do que isso, como as medidas propostas por um ou outro concorrente afetam a situação individual de cada eleitor. Como se isso não bastasse, há que se considerar que, para cada eleitor, haverá um custo, maior ou menor, de obter as informações necessárias para que se atinja uma decisão minimamente racional. Este custo, a ser suportado – pelo menos em princípio – por cada eleitor, individualmente considerado, poderá se tornar proibitivo, no sentido de que tal custo (não só recursos financeiros, mas principalmente tempo), quando considerado no contexto individual de cada eleitor, pode dificultar, ou mesmo obstar por completo a aquisição de informações relevantes.

[8] As quais, no dizer de Dallari Bucci (2006, p. 38-39) são: "*(...) programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*"

De acordo com Downs (1999, p. 229), "*(...) Por definição, qualquer custo é um desvio de recursos escassos de algum uso de produção de utilidade; é uma alternativa prévia (...)*", sendo certo que (DOWNS, 1999, p. 229) "*(...) O principal recurso escasso consumido (...) é o tempo usado para assimilar dados e pesar alternativas (...)*". O mesmo autor (1999, p. 229-230) divide estes custos em duas classes principais:

> 1. Custos transferíveis podem ser transferidos do eleitor para outra pessoa. Separamos os custos transferíveis em três tipos:
>
> a. Custos de aquisição são os custos de reunião, seleção e transmissão de dados.
>
> b. Custos de análise são os custos da análise factual dos dados.
>
> c. Custos de avaliação são os custos de relacionar os dados ou as análise factuais a metas específicas; isto é, de avaliá-los.
>
> 2. Custos não-transferíveis são os que devem ser arcados pelo próprio eleitor. (...)
>
> Obviamente, quanto menos passos o próprio eleitor executar, com menos custos ele arcará diretamente. Entretanto, ele pode transferir os passos descritos para outros e ainda arcar com os custos indiretamente, pagando os outros para executar esses passos; por exemplo, um eleitor pode contratar alguém para tomar decisões sobre política externa para ele.

Portanto, todo aquele que pretenda votar racionalmente (isto é, maximizando a utilidade de seu voto para si) deve, antes mesmo de votar, fazer o seu "*dever de casa*", isto é: antes de escolher o seu candidato, o eleitor deve proceder à uma coleta de informações, que permitirão a ele proceder à uma escolha. Esta coleta de informações obedecerá ao mesmo princípio de maximização racional imposto à outras atividades: se as informações são um meio voltado à consecução de uma finalidade (a tomada de decisão), só faz sentido gastar recursos (nomeadamente tempo) na coleta de informações até o limite em que o retorno marginal da obtenção da informação se equipare ao custo marginal de obtenção desta informação. De acordo com Downs (1999, p. 235), o dispêndio de recursos para obtenção de informações sustenta-se em um tripé: (i) o valor que o eleitor dá à correção da sua decisão; (ii) a relevância da informação cuja aquisição se pretende e (iii) o custo marginal dos dados.

Além disto, a coleta de informações pode ser feita **diretamente** pelo eleitor – o que implicará no aumento dos custos por ele incorridos – ou **indiretamente** – situação em que o eleitor pode se aproveitar das informações reunidas por outros, evitando os custos daí decorrentes e podendo, inclusive, se beneficiar de economias de escala[9]. Nossos eleitores, inseridos em uma sociedade

[9] Poder-se-ia exemplificar tais ganhos a partir da ideia, corrente em nosso sistema, de que a imprensa é uma "*formadora de opinião*", vale dizer, a mídia escrita, televisiva, etc. ao reunirem as informações necessárias à edição das notícias que entendem relevante, reduzem os custos dos eleitores, já que a consolidação das informações, provenientes de várias fontes, já foi feita pelo serviço de imprensa. Além disto, os eleitores se aproveitam do fato de que a estrutura dos serviços de imprensa – voltada especificamente para aquela atividade – diminui, para estes serviços, o custo da aquisição da informação. Trocando em miúdos: saí mais barato para o eleitor médio ler o jornal e, a partir do que nele consta, formar sua opinião, do que tentar buscar informações acerca da política nacional em outras fontes não consolidadas e esparsas.

complexa, se utilizam, eminentemente, de meios indiretos de coleta da informação relevante para fins eleitorais. É justamente a conclusão de Downs (1999, p. 255):

> Toda sociedade fornece aos seus membros um fluxo de informação isento de custos transferíveis. Nas democracias modernas, embora nem todos os cidadãos recebam a mesma quantidade de dados políticos gratuitos, todos eles usam o que quer que tenham para fazer estimativas preliminares de se vale ou não a pena adquirir mais informação. (...)
>
> Em culturas complexas, uma parte essencial da tomada de decisão política é a delegação a outrem de diversos passos no processo. Quase toda obtenção de dados e muita análise factual são feitas por agentes especializados em vez de por aqueles que tomam a decisão. Ao utilizar esses agentes, os cidadãos podem cortar seus custos enormemente.

Como se pode ver, portanto, as sociedades complexas, cientes do custo excessivo imposto aos seus cidadãos para que estes se informem corretamente para que procedam à uma escolha minimamente racional, delegam a função de consolidação e disseminação da informação eleitoralmente relevante para diversas instituições, fora da estrutura da Administração Pública, e também dentro da estrutura organizacional do Estado, os chamados (DOWNS, 1999, p. 244) "(...) fornecedores especializados de informação". Na lição do citado autor (1999, p. 244):

> (...) Ao se especializar em obter informação, esses agentes reduzem tremendamente o custo unitário dos dados e desse modo tornam possível aos indivíduos a compra da informação – embora, geralmente, não sem subsídio. E ao selecionar, para apresentação, apenas os dados dentro de áreas diferenciais, eles resolvem o problema da concentração da atenção (...).

Dentre estes fornecedores especializados de informação encontra-se, *grosso modo*, o "*Governo*", já que o exercício diário da administração das instituições públicas exige a produção, consolidação, análise e disseminação de informações. Tal tarefa, por óbvio, pode ser realizada por diversos tipos de instituições, com variados coloridos organizacionais. No caso brasileiro – e também no de diversas outras nações – uma das instituições que recebe tal incumbência são os Tribunais de Contas. Vejamos porque.

4. Tribunais de Contas como (in) formadores de opinião

Como apontado, um dos possíveis "fornecedores especializados de informação"[10] existentes em uma sociedade democrática complexa vem a ser o próprio "*Governo*", entendido este como o conjunto de órgãos e instituições componentes da Administração Pública, na medida em que o exercício diário da atividade administrativa pública *lato sensu*, isto é, o desempenho das atribuições inerentes à cada órgão componente da Administração Pública, por si só gera um produção e distribuição de dados. Da mesma forma, outros determinados órgãos – como é o caso dos Tribunais de Contas – tem por função consolidar e analisar dados produzidos por si e também por "*terceiros*", aqui entendidos como todos os demais órgãos e instituições componentes da Administração Pública, sujeitos ao controle externo. Downs (1999, p. 246), aborda a função do "*Governo*" na produção de informações eleitoralmente relevantes, estabelecendo que:

[10] Os demais seriam, conforme Downs (1999, p. 244-245), coletores de dados profissionais e editores (ou seja, a imprensa), grupos de interesse e partidos políticos.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

> Além da produção de informação habitual de um partido político, o governo deve distribuir grandes quantidades de dados como parte intrínseca do ato de governar. Esses dados incluem diretrizes administrativas, promulgação de leis novas, anúncios de suas descobertas de pesquisa, e outros informes que dá aos seus cidadãos ao longo de suas operações. A grande maioria desses dados são configurados unicamente pelas necessidades de administração e não têm natureza política. Não obstante, fornecem importantes evidências para os cidadãos que estão tomando decisões políticas, porque informam esses cidadãos que políticas o governo está executando. Como quaisquer mudanças nas políticas devem ser particularmente bem providas de instruções aos afetados, muita dessa informação se concentra em áreas diferenciais de ação.[11]

Embora os arts. 70 e 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao estabelecerem as funções e competências dos Tribunais de Contas em âmbito nacional, não façam menção expressa à disseminação de informações relevantes para fins eleitorais, isto não significa que as Cortes de Contas não exerçam, em absoluto, tal função. Com efeito, as funções fiscalizatórias dos Tribunais de Contas os colocam na linha de frente na consolidação de dados referentes à gestão pública, à execução orçamentária e ao equilíbrio fiscal, informações que podem se revestir de relevância para orientar a escolha dos votantes.

Com efeito, aos Tribunais de Contas são cometidas atribuições específicas (notadamente as competências constantes do art. 71, IV, V, VI e XI da Constituição da República) que, compreendidas à luz dos estudos referentes à ação governamental organizada, podem ser classificadas como atividades de avaliação de políticas públicas, sendo esta (SECCHI, 2013, p. 63):

> (...) a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de feedback sobre as fases antecedentes.

É sabido que, no contexto geral da Reforma do Estado – não só aqui no Brasil, mas também no exterior – a função avaliativa de programas públicos ganhou importância, justificando-se: (i) a partir da necessidade de modernização da estrutura estatal; (ii) a partir da exigência de *accountability* dos agentes públicos envolvidos no processo de concretização dos direitos fundamentais através da ação estatal coordenada e (iii) a partir da expectativa de que as avaliações, ao fornecerem conhecimento sobre os processos estatais, permitissem uma maior racionalização e legitimidade dos programas. Pimenta de Faria (2005, p. 99-100), apoiando-se na lição de diversos autores, afirma o seguinte:

> Como destacado por diversos autores, a medição e a avaliação do desempenho governamental e das políticas públicas tornaram-se parte integral da agenda de reformas dos anos de 1980 e 1990, as quais, como se sabe, estiveram longe de se circunscrever aos países latino-americanos. Tanto por razões pragmáticas como ideológicas (...) o desenho dessas reformas privilegiou dois propósitos básicos. Em primeiro lugar, a adoção de uma perspectiva de contenção dos gastos públicos, de busca de melhoria da eficiência e da produtividade, de

[11] Interessante reparar, nesta passagem da obra de Downs, que este faz referência a "dados configurados unicamente pelas necessidades da administração", os quais, por isso mesmo, "não tem natureza política". Tratam-se de dados "politicamente neutros", o que se coadunaria com a própria posição das Cortes de Contas no cenário constitucional positivo – tribunais autônomos e não vinculados à Poderes da República, compostos por magistrados independentes e vitalícios – bem como com a posição dos Tribunais de Contas ante a teoria da Constituição – posto que a melhor doutrina alicerça as Cortes de Contas na denominada "Teoria dos Poderes Neutrais". Confira-se, neste diapasão, Ackerman (2000), Aragão (2003) e Rosanvallon (2008 e 2011).

> ampliação da flexibilidade gerencial e da capacidade de resposta dos governos, bem como de maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores em um processo no qual o "consumidor" dos bens e serviços públicos estaria, supostamente, em primeiro plano. O segundo propósito ou expectativa é de que tais reformas pudessem contribuir para uma reavaliação da pertinência das organizações governamentais preservarem todo o seu leque tradicional de atribuições, prevalecendo um contexto de valorização da provisão privada de bens e serviços.

À luz desta motivação, fica clara a importância que os Tribunais de Contas têm hoje, no que toca à avaliação e na auditoria de programas públicos: a partir desta atividade de avaliação, as Cortes de Contas, além de obter economias significativas de recursos públicos para a consecução das metas pretendidas, obedecendo assim ao comando de eficiência constante do art. 37 da Constituição da República, ainda passam a responder, centralmente, pela coleta, reunião e divulgação de informações relevantes atinentes à gestão pública, informações estas que podem (e devem) ser utilizadas pelos indivíduos no processo decisório eleitoral. É pertinente trazer à baila a lição de Marianna Montebello Willeman (2013), aduzindo esta que:

> Sem sombra de dúvida, ainda existem determinadas funções exercidas pelos Tribunais de Contas em auxílio ao controle externo titularizado pelo Legislativo — especialmente a emissão de parecer prévio sobre as contas anuais da chefia do Poder Executivo para posterior julgamento pelo parlamento —, mas é inegável que em inúmeros outros aspectos o controle exercido pela Corte de Contas assume vida própria e autônoma.
>
> Com efeito, o Texto Constitucional de 1988 outorgou ao TCU e, por simetria, aos demais Tribunais de Contas do país uma série de competências preventivas, corretivas e repressivas a serem exercidas de maneira absolutamente autônoma. Assim, por exemplo, o TCU dispõe de competência para (i) julgar, ele próprio, as contas dos ordenadores de despesas e demais responsáveis pela guarda ou utilização de recursos públicos; (ii) adotar medidas cautelares visando a prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões; (iii) imputar débito, com força executiva, aos responsáveis por danos causados ao erário; (iv) aplicar multa e outras sanções legalmente previstas em caso de irregularidades; (v) determinar a adoção das medidas necessárias em caso de atos ilegais e, em hipótese de não atendimento, promover a sua sustação, dentre outros.
>
> Além disso, a Constituição definiu, de maneira precisa, os vetores que devem pautar a atividade de fiscalização a cargo do Tribunal de Contas da União: legalidade, legitimidade e economicidade. Assim, a fiscalização exercida pelas Cortes de Contas no Brasil vai muito além do confronto ou da análise de conformidade de atos de execução orçamentária. Ao estabelecer como parâmetros de controle a legalidade, a legitimidade e a economicidade, a própria Carta Constitucional aponta decisivamente para novos padrões de controle e supervisão. Além disso, também de maneira inovadora, a Constituição de 1988 ampliou o objeto de controle dos Tribunais de Contas, cuja atividade fiscalizadora incide não apenas sobre a gestão financeira, contábil, patrimonial e orçamentária, mas abrange, também, a **gestão operacional** do Estado.
>
> De outro lado, a autonomia dos Tribunais de Contas em relação aos demais Poderes da República decorre do fato de que lhe são estendidas constitucionalmente as mesmas garantias institucionais dispensadas ao Poder Judiciário. Assim, as Cortes de Contas no Brasil dispõem de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, de forma que não guardam laços de dependência que possam vir a comprometer a sua atuação livre de interferências governamentais. Demais disso, aos membros do corpo deliberativo são asseguradas as garantias de índole subjetiva reconhecidas aos ministros e desembargadores — vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio, independência funcional, dentre outras —, circunstância que, igualmente, corrobora sua autonomia.

> À luz do que se expôs até o momento, constata-se que os Tribunais de Contas no Brasil, na qualidade de Instituições Superiores de Controle, são verdadeiros *watchdogs* independentes das finanças públicas, ostentando perfil normativo que efetivamente os eleva à categoria de órgãos aptos à instrumentalização de uma *accountability* horizontal de reforço da democracia.

Vale dizer: o posicionamento institucional dos Tribunais de Contas no Brasil, além de, como mencionado pela autora, instrumentalizar a noção de *accountability* – prestação de contas, responsabilidade e responsividade do agente político, verificação não só da legalidade e da eficiência, mas da legitimidade (justiça/moralidade) da ação pública – **permite ainda que os dados recolhidos nas atividades de fiscalização sirvam para subsidiar relatórios e documentos que, tornados públicos, podem ser utilizados como meios informativos para que os eleitores se informem acerca dos atos de gestão deste ou daquele administrador que, logo adiante, se submeterá ao crivo das urnas**.

Tanto assim que o §9º do art. 14 da Constituição da República (BRASIL, 1988), ao estabelecer que lei complementar tratará de outras hipóteses de inelegibilidade, afirmou que esta lei complementar (atualmente a Lei Complementar nº 64/90 (BRASIL, 1990) teria por objetivo proteger a probidade e a moralidade administrativas, bem como impedir o abuso dos cargos e funções administrativas. A referida Lei Complementar, em seu art. 1º, inciso I, alínea g, dispõe que os gestores que tiveram suas contas rejeitadas, por irregularidades insanáveis, deverão ser considerados inelegíveis. Tal informação – além de ser pública, já que o julgamento das contas é público – é enviada pelas Cortes de Contas diretamente à Justiça Eleitoral, visando evitar que o gestor considerado ímprobo possa concorrer.

Além disto, a função informativa das Cortes de Contas pode ser verificada a partir das disposições da Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000), a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal. Este diploma, além de impor aos gestores públicos uma série de deveres afetos à publicidade, como a divulgação do Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO), previsto nos art. 52 e 53, e a divulgação do Relatório de Gestão Fiscal (RGF), constante dos arts. 54 e 55 da mesma lei, impõe às Cortes de Contas o dever de alertar os gestores públicos quando suas ações colocarem em risco o cumprimento de metas fiscais, de receitas e despesas, conforme se colhe do art. 59, §§1º e 2º, colocando em destaque a função dos Tribunais de Contas como consolidadores e disseminadores das informações referentes à gestão pública em âmbito nacional.

Esta função de consolidação e disseminação de informações referentes à gestão pública cometida às Cortes de Contas reduz, enormemente, os custos impostos aos eleitores na aquisição das informações necessárias ao desenrolar do processo decisório individual, no âmbito dos sufrágios periódicos. Além disto, a composição multidisciplinar das Cortes de Contas – *ex vi* do disposto nos arts. 73, §1º, III c/c 75 da Constituição da República – aponta no sentido de que os Tribunais de Contas se consubstanciam nos "*fornecedores especializados*[12] *de informação*" descritos na Teoria Econômica da Democracia, aumentando a utilidade marginal dos eleitores em relação às informações tanto através da especialização na atividade de coleta e análise das informações (separando o relevante do irrelevante) como também por meio da economia de escala (gerada a

[12] Sendo necessário enfatizar que a "*especialização*" a qual nos referimos não é apenas a especialização quanto à atividade de coleta de informações, mas, principalmente, a especialização referente à análise e tratamento das informações obtidas, com vistas à definição de sua relevância para o cidadão/eleitor e para o próprio Tribunal de Contas.

partir do acúmulo de informações obtidas em auditorias e inspeções).

Resta agora, de um lado, aos Tribunais de Contas a missão de transformar publicidade em transparência, trabalhando os dados adquiridos em informações que possam, de fato, ser entendidas pelos cidadãos (no mais das vezes leigos quanto às especificidades da gestão pública e da execução orçamentária) e, de outro lado, aos cidadãos a possibilidade de se utilizar de uma instituição autônoma, independente e republicana, cujas informações, por estas mesmas razões, são de caráter eminentemente técnico, no desiderato de melhor se informar, para melhor escolher.

5. Bibliografia

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

ANDRADE, Rogerio P. de. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Shackle e Davidson. **Nova economia**, Belo Horizonte, v. 21, n. 2, p. 171-195, Agosto. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512011000200001&lng=en&nrm=iso>. acesso em 13/03/2018.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Texto compilado disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.>, acesso em 13/03/2018.

BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Texto compilado disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>., acesso em 13/03/2018.

BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Texto compilado disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm.>, acesso em 13/03/2018.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo, 6ª Ed.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: EDUSP, 1999.

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

HARRISON, Jeffrey L. **Law and Economics in a nutshell, 5th. Ed.** St. Paul: Thomson Reuters, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercado**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

ROBBINS, Lionel, **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2nd Ed. Rev. and Ext.** London: Macmillan and Co., Limited., 1945. Disponível em <https://mises.org/profile/lionel-robbins?page=1>, acesso em 13/03/2018.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-Democracy – Politics in an age of Distrust**. Cambridge: Cambridge University Press (Kindle ed.), 2008

_____. **Democratic Legitimacy – Impartiality, Reflexivity, Proximity.** Princeton: Princeton University Press, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia. Micro, Macro e Desenvolvimento**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada. Vol. I: o Debate Contemporâneo**. São Paulo: Ática, 1994.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos, 2ªEd.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, edição eletrônica.

WILLEMAN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago. 2013 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97007>. Acesso em: 13/03/2018.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: DESENHO INSTITUCIONAL E EFETIVIDADE NA *ACCOUNTABILITY* HORIZONTAL

Autora: Milene Dias da Cunha*

* É Conselheira Substituta no TCE/PA. É graduada em Administração pela UNIPAM/UEMG (2002), especialista em Gestão de Pessoas e Marketing pela UNIPAM (2004), especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2015) e mestranda em Ciência Política pela UFPA.

RESUMO

O controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas brasileiros possui importante papel a accountability horizontal, pela capacidade de responsabilização dos agentes públicos. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo avaliar o desenho institucional dos Tribunais de Contas, e dentro desse desenho, os pareceres prévios emitidos nas contas anuais do Chefe do Poder Executivo. Os pareceres prévios serão analisados a fim de verificar o nível de atendimento das recomendações exaradas pelos tribunais de contas dos Estados do Pará, da Bahia, de Minas Gerais e Rio Grande do Sul e, por consequência, sua contribuição para a responsividade da democracia estadual, no período de 2007 a 2014. Assim, acredita-se que, na medida em que o Poder Executivo dá cumprimento às recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas, há um incremento na efetividade da *accountability* democrática.

Palavras-chaves: Accountability horizontal. Tribunal de Contas. Parecer prévio. Responsividade. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste o artigo é fazer uma relação entre a accountability democrática e o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas no Brasil. Nesse viés, será analisado o nível de autonomia do desenho institucional dos Tribunais de Contas, assim como o índice de resolutividade das recomendações dos pareceres prévios emitidos nas contas do Chefe do Poder Executivo, dos estados da Bahia, de Minas Gerais, do Pará e do Rio Grande do Sul, no período de 2007 a 2014.

A amostragem levou em consideração os dois últimos mandatos encerrados e selecionou um estado das regiões Norte, Nordeste, Sudeste e Sul do Brasil, cujas informações dos pareceres prévios se encontravam disponíveis nos respectivos sítios eletrônicos.

A relevância do estudo concentra-se na apreciação do nível de responsividade envolvido na democracia brasileira, a partir da atuação do controle externo, pois, em uma democracia representativa, a responsividade é um atributo para avaliar a qualidade democrática.

Nessa seara, o controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas possui um papel importante para a *accountability* horizontal, sendo esta caracterizada pela fiscalização exercida por um Poder ou um órgão alheio à Administração, com ações, atividades, procedimentos e recursos próprios e distintos dos controlados, visando a avaliação, o monitoramento e a correção dos atos praticados. O controle externo avalia a atuação estatal e oferece à sociedade informação sobre o desempenho dos governantes.

A efetividade da atuação do controle externo está relacionada ao desenho institucional dos Tribunais de Contas, o quais devem possuir competência para monitorar e fiscalizar as ações

dos agentes eleitos e de toda a burocracia estatal, bem como possuir autonomia e poder para aplicar sanção aos responsáveis por irregularidades cometidas.

Além de traçar a evolução do desenho institucional dos Tribunais de Contas desde a sua criação, será avaliada a competência desses órgãos para emitir parecer prévio nas contas do chefe do Poder Executivo, buscando observar se esse mecanismo tem apresentado alguma relação dentro da dimensão de controle da accountability democrática.

O parecer prévio é um instrumento de divulgação das informações quanto aos resultados das ações governamentais, pois além de oferecer subsídio técnico para o julgamento das contas pelo Poder Legislativo, possui informações consolidadas sobre o desempenho do Chefe do Poder Executivo na consecução dos programas governamentais, ano a ano de mandato.

Assim, este artigo está dividido, incluindo a introdução, em três seções, em que a segunda seção abordará a questão do controle externo e a accountability horizontal na democracia brasileira e a terceira, fazendo uso do método indutivo, buscará observar os dispositivos e os resultados dos pareceres prévios emitidos nas contas de governos estaduais e o nível de cumprimento das recomendações exaradas pelos Tribunais de Contas. Por fim, far-se-ão as considerações finais dos resultados encontrados.

2 CONTROLE EXTERNO E ACCOUNTABILITY HORIZONTAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A participação política em condições de igualdade entre todos os cidadãos elegíveis é uma característica da democracia, em que diretamente ou através de representantes eleitos, os cidadãos têm condições de, por meio do sufrágio universal, se manifestar sobre as propostas de governo, a criação de leis e o desenvolvimento de um país, abrangendo as condições sociais, econômicas e culturais que permitem o exercício livre e igual da autodeterminação política.

Na maioria das democracias modernas, o poder político é exercido indiretamente por meio de representantes eleitos (democracia representativa). Um traço importante na definição de democracia está no princípio de que todos os cidadãos elegíveis são iguais perante a lei e têm igual acesso aos processos legislativos, o que significa dizer que em uma democracia representativa cada voto tem o mesmo peso, não existem restrições excessivas sobre quem quer se tornar um representante, além da liberdade de seus cidadãos elegíveis ser protegida por direitos legitimados e que são tipicamente protegidos por uma Constituição.

Dahl (2012) afirma que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. O autor reserva o termo “democracia” para um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.

Por definição, O’Donnell (1998, p. 28) garante que, nesse sistema, uma dimensão para a avaliar a responsividade do governo face às preferências dos cidadãos diz respeito à *accountability*

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

horizontal, entendida como sendo:

> [...] a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas (O'DONNELL, 1998, p. 40).

O autor argumenta que, para que esse tipo de *accountability* seja efetivo, deve haver agências estatais autorizadas e dispostas a supervisionar, controlar, retificar e/ou punir ações ilícitas de autoridades localizadas em outras agências estatais (O'DONNEL, 1998).

Essas agências devem ter não apenas autoridade legal para assim proceder, mas também, de fato, autonomia suficiente com respeito a quem será controlado. Esses mecanismos incluem as instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, mas também se estende por várias agências de supervisão, como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas (O'DONNEL, 1998).

Para O' Donnel (1998), a ideia básica é a prevenção e - se necessário, a punição - das ações para as quais as autoridades se inclinam; ou seja, sua *extra-limitation,* a transgressão dos limites de sua autoridade formalmente definida.

Nessa linha, para serem autônomas, as instituições devem ter fronteiras, e elas devem ser reconhecidas e respeitadas por outros atores relevantes, devendo haver ainda atores dispostos a defender e se necessário reafirmar essas fronteiras se elas forem transgredidas.

Questão relevante relacionada à accountability horizontal envolve a capacidade de responsabilização dos agentes envolvidos. Nesse aspecto, Mello (2007) expõe que o debate se rejuvenesceu a partir do avanço considerável ocorrido na pesquisa empírica sobre o desenho institucional e seus impactos sobre dimensões relevantes das democracias contemporâneas. Dentre essas, destaca-se o potencial de responsabilização existente em distintos arranjos institucionais importantes (*accountability* horizontal).

Assim, argumenta que a variável que mais se aproxima de uma medição da qualidade da democracia envolve o potencial de responsabilização política, o que promove uma maior identificabilidade de futuros governos e clareza de responsabilidade; portanto, mais responsabilização no sentido de capacidade de sanção ou recompensa por desempenho.

De igual modo, Menezes (2016) faz um estudo comparado das instituições de controle externo (*accountability* horizontal) a fim de verificar, a partir do desenho institucional de suas competências, se essas instituições podem contribuir de forma significativa para o principal déficit das democracias brasileiras: a punição de políticos e burocratas corruptos.

A estudiosa argumenta que a função de fiscalizar, não apenas as contas públicas, mas a qualidade das políticas públicas aplicadas pelos gestores é fundamental

para assegurar a responsividade dos políticos eleitos.

O conceito de *accountability* parece oferecer, hoje, o registro normativo para lidar com as exigências de legitimidade nas experiências de representação política extraparlamentar e, por tal razão, acaba por se apresentar como meio garantidor da qualidade da democracia, tendo em vista que aparece hoje como uma perspectiva teórica que permite elaborar respostas aos desafios da legitimidade das novas modalidades de representação política, que passam a ser mais legítimas na medida em que tornam mais exigente o conceito de representação, denunciando as insuficiências de um ato de consentimento único e introduzindo a necessidade de controles e sanções sobre os políticos (LAVALLE; VERA, 2011).

2.1 Desenho institucional dos Tribunais de Contas: historicidade

O Tribunal de Contas foi criado em 1890 com a atribuição de julgar as contas de todos os responsáveis, bem como a possibilidade de julgar atos públicos e aplicar sanções.

Todavia, o órgão apenas adquiriu dimensão constitucional a partir da Constituição brasileira de 1891, que assim definiu:

> Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (BRASIL, 2018a).

Da leitura do dispositivo, notam-se duas funções atribuídas ao órgão. A primeira, referente à liquidação das contas das receitas e despesas, e a segunda é a aferição de sua legalidade antes de serem apresentadas ao Congresso Nacional. Ressalte-se que neste período o Tribunal de Contas foi definido como órgão único, sem qualquer adjetivação referente à área de fiscalização/jurisdição, ou seja não havia Tribunal de Contas nos demais entes da federação.

Posteriormente, o Decreto 1.196/1892 tratou da jurisdição, competência e atribuições do Tribunal de Contas, e previu pela primeira vez a possibilidade de o órgão julgar atos de pessoal, como as concessões de aposentadoria, jubilação ou reforma de empregados públicos. Outra inovação trazida pelo Decreto estava relacionada às sanções aplicáveis, com a possibilidade de suspensão dos responsáveis que não satisfizessem a prestação de contas ou não entregassem os livros e documentos de sua gestão dentro dos prazos fixados nas leis e regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, fossem intimados para esse fim.

Contudo, a maior inovação estava na possibilidade de prisão dos responsáveis que fossem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo nos prazos marcados definidos e a promover contra eles e seus fiadores os sequestros e mais processos civis competentes para segurança e embolso da Fazenda Federal.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas foi criado em 1896 e, além das competências

e sanções já previstas no ordenamento, o regimento previu a possibilidade de devolução do dinheiro público, bem como, a aplicação de multas aos responsáveis (BRASIL, 2018h).

A Constituição de 1934 (BRASIL, 2018b) inovou a estruturação do aparelho estatal e ampliou a competência destes órgãos, incorporando às suas atribuições a emissão de parecer prévio nas contas do Presidente da República e o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, o acompanhamento da execução do orçamento, bem como o registro dos contratos de interesse da receita ou da despesa. Ademais, dispôs que seus membros gozariam das mesmas garantias dos ministros do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018b).

Também apresentou uma espécie de sanção que poderia ser aplicada pelo Tribunal de Contas, qual seja, a suspensão da execução de contratos (até o pronunciamento do Poder Legislativo) que não houverem sido registrados pelo órgão. Esta é a única referência à sanção existente na Constituição de 1934:

> Art. 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo (BRASIL, 2018b).

Ademais, estavam sujeitas ao registro prévio do Tribunal de Contas "*qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste*" (BRASIL, 2018b). Assim sendo, cabia ao Tribunal a apreciação da legalidade de qualquer ato da Administração, desde que resultasse ou decorresse de pagamento pelo Tesouro Nacional.

Com a promulgação da Constituição de 1937, novamente o Tribunal de Contas foi tratado em um artigo único, passando a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal
> Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945) (BRASIL, 2018c).

Em síntese, ela limitou-se a condensar alguns dispositivos da Constituição anterior e conferiu a uma lei a organização do Tribunal de Contas. Cumpre ressaltar que esta Carta definiu o órgão no Capítulo IV, reservado ao Poder Judiciário devido às feições judicialiformes do mesmo.

A Constituição de 1946 incluiu o Tribunal de Contas no capítulo destinado ao Poder Legislativo, e aí manteve-se em todas as Cartas constitucionais posteriores. Ela repetiu literalmente os artigos presentes na Constituição de 1934 e incluiu mais alguns dispositivos, como o art. 76 que afirmava que o órgão teria sua sede na Capital da República e com jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 2018d).

Quanto às atribuições da Corte de Contas, a Constituição em comento incluiu, além daquelas referentes ao julgamento das contas de todos aqueles responsáveis por dinheiros ou bens públicos, já previsto na Carta de 1937, a competência para julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões, conforme art. 101, §1º (BRASIL, 2018d).

Quanto a emissão de parecer prévio, a atribuição foi mantida nos mesmo molde previsto na Carta de 1934, com exceção do prazo para envio do mesmo ao Congresso Nacional, que antes era de trinta e agora passa a ser de sessenta dias (BRASIL, 2018d).

Ademais, apesar de incluir o Tribunal de Contas no capítulo do Poder Legislativo, dispôs que esse exerceria as atribuições dos Tribunais Judiciários, que incluem a eleição de seu presidente, elaboração de regimento interno, bem como a concessão de licenças e férias aos membros, serventuários e juízes (aqui entendidos como os Ministros, visto possuírem as mesmas prerrogativas), além de disporem de quadro de pessoal próprio (BRASIL, 2018d).

Ressalte-se que a Constituição de 1946 retrocedeu no que tange à possibilidade dos Tribunais de Contas aplicarem medidas cautelares, vez que ficaram restritas apenas aos contratos, não incluindo os atos contrários ao erário. Quanto às atribuições do Tribunal de Contas, a Constituição de 1967 introduziu sensíveis modificações. Segundo o texto desta Carta, a fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) da União deveria ser exercida pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas e pelo sistema de controle interno do Executivo (BRASIL, 2018e).

É no texto desta Constituição, que aparece pela primeira vez a previsão de realização de auditoria financeira e orçamentária como função atribuída ao controle externo e, portanto, exercida pelo Tribunal de Contas, em auxílio ao Congresso Nacional, cabendo à Corte, posteriormente, receber as demonstrações contábeis e realizar inspeções que julgasse necessárias. Vejamos o dispositivo:

> Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.
> § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Assim sendo, a partir da leitura apenas desse artigo já é possível a percepção de duas inovações trazidas pela Carta de 1967, quais sejam, a previsão de um sistema de controle interno e a fiscalização *in loco*, por meio das inspeções.

Ainda acerca da realização de fiscalização, passou a poder realizar, mesmo de ofício, auditorias financeiras e orçamentárias, em caso de verificação de ilegalidade de qualquer despesa, inclusive aquelas decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões. Nesses casos, deveria, em seguida, notificar o órgão da Administração Pública, afim que de que adotasse as providências necessárias ao cumprimento da lei, e em caso de não atendimento, poderia a Corte sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos (BRASIL, 2018e).

A competência para julgar atos de pessoal, como os mencionados acima, já era prevista na Constituição de 1946, e foi mantida. Quanto à emissão de pareceres prévios acerca das contas

do Presidente, a Constituição de 1967 também manteve o mesmo texto da Carta anterior.

A última das inovações trazidas pela Carta de 1967 foi o detalhamento dos requisitos para a nomeação no cargo de ministro do Tribunal de Contas, devendo ser brasileiro, maior de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos financeiros ou de administração pública. Repedindo-se o rito das Constituições anteriores, ou seja, aprovação pelo Senado Federal antes da nomeação pelo Presidente da República (BRASIL, 2018e).

Cumpre ressaltar que o Decreto n. 199/1967 (BRASIL, 2018g) previu algumas sanções que não estavam expressamente descritas na Carta de 1967, como a necessidade de reposição da importância e aplicação de multas. Nota-se, portanto, que a Carta de 1967 mostrou-se preocupada em dotar o Tribunal de Contas de instrumentos necessários a consecução de sua missão institucional com maior eficiência e eficácia.

Entretanto, foi a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2018f) que ampliou significativamente as atribuições e prerrogativas do Tribunal de Contas, estabelecendo dispositivos mais densos que os anteriores.

A Carta de 1988 mantém o controle sobre atos de pessoal inativo, porém não mais dentro de uma competência para julgamento e, sim, de apreciar para fins de registro, a legalidade da admissão de atos de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão.

Da mesma forma, cabe ao Tribunal de Contas o julgamento das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário (art. 71, II). Devendo não apenas apreciar a legitimidade e legalidade dos atos dos responsáveis, como prelecionavam as Cartas anteriores, mas também verificar se na aplicação do recurso foram observados os princípios da eficiência, economicidade e eficácia.

Quanto à realização de auditorias, o Tribunal pode, a partir de iniciativa própria ou do Congresso, realizar inspeções ou auditorias de natureza, contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial no âmbito dos três poderes, sem qualquer ressalva.

Conta ainda com a atribuição de fiscalizar a aplicação das subvenções oficiais e renúncias de receitas governamentais e a aplicação de recursos repassados pela União, por meio de convênio, acordo, ajuste ou quaisquer outros instrumentos congêneres, aos entes federativos.

No que tange às sanções, dispõe que verificada a ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, cabe ao Tribunal aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei, estabelecendo multa proporcional ao erário, entre outras cominações. Outrossim, a CF/88 prevê que terão efeito de título executivo as decisões do Tribunal de que resultem imputação de débito ou multa.

Outra inovação trazida pela Carta de 1988 diz respeito ao processo de composição da Corte de Contas. Os ministros passam a ser escolhidos:

> Art. 73. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:
> I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público

junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;
II - dois terços pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2018f).

Observa-se que, quis o constituinte de 1988, que a composição do Tribunal de Contas tenha uma origem heterogênea, reservando parte das vagas à cargos de origem técnica: a) membros do Ministério Público especializado de contas e; b) auditores, que, atualmente, vêm sendo denominados de Ministros-Substitutos, no caso da União, e de Conselheiros-Substitutos, nos demais entes, por substituírem os titulares e exerceram, ao lado desses, a judicatura de contas.

A Constituição de 1988 trouxe também, em seu art. 75, a previsão acerca dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios. E no parágrafo único prevê que as Constituições estaduais deverão dispor acerca dos seus respectivos Tribunais de Contas, que serão compostos por sete conselheiros.

No Quadro 1, faz-se um resumo do desenho institucional do Tribunal de Contas da União desde a sua criação, a fim de comparar como o desenho do controle externo alterou-se ao longo do tempo, ganhando extrema relevância com a promulgação da Constituição Democrática.

Quadro 1 - Competências do Tribunal de Contas ao longo da História em cada Constituição Federal

CF'S	PARECER PRÉVIO NAS CONTAS DE GOVERNO	JULGAR CONTAS - DE QUEM?	JULGA/ APRECIA LEGALIDADES DOS ATOS DE PESSOAL?	REALIZA AUDITORIAS - DE QUE TIPO?	PODE DAR CAUTELAR?	QUE TIPO DE SANÇÃO APLICA?	COMPOSIÇÃO - QUANTOS MINISTROS E FORMAS DE ESCOLHA
1891	Não	De todos os responsáveis por contas.	Não	Não	Não	Condenação a pagar, e quando não o fizerem, mandando proceder na forma de direito.	5 juízes ministros. Aumentou para 9 juízes-ministros em 1918 escolhidos pelo Presidente da República
1934	**Sim**	De todos os responsáveis por dinheiro, valores e material pertencentes a Nação, ou pelas quais esta responda, ainda mesmo que exerçam suas funções, ou residam, no exterior; bem como os herdeiros, fiadores e representantes dos ditos responsáveis.	**Sim**	Não	**Sim -** Suspensão de Contratos.	*Suspensão dos responsáveis, que não satisfizerem a prestação de contas ou não entregarem os livros e documentos de sua gestão dentro dos prazos fixados nas leis e regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, forem intimados para esse fim; * Prisão dos responsáveis, promoção de sequestros e processos civis; *Multas e *Devolução do dinheiro.	7 ministros escolhidos pelo Presidente da República

1937	Não	De todos os responsáveis por dinheiro, valores e material pertencentes a Nação, ou pelas quais esta responda, ainda mesmo que exerçam suas funções, ou residam, no exterior; bem como os herdeiros, fiadores e representantes dos ditos responsáveis.	**Sim**.	Não	Sim - Suspensão de Contratos e quaisquer outros atos que resultem prejuízo ao Tesouro Nacional.	*Suspensão dos responsáveis, que não satisfizerem a prestação de contas ou não entregarem os livros e documentos de sua gestão dentro dos prazos fixados nas leis e regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, forem intimados para esse fim; * Prisão dos responsáveis, promoção de sequestros e processos civis; *Multas e *Devolução do dinheiro.	7 ministros escolhidos pelo Presidente da República
1946	**Sim**	Dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e a dos administradores das entidades autárquicas.	**Sim**	Não	**Sim** - Suspensão de contratos.	*I7:I8Suspensão dos responsáveis, que não satisfizerem a prestação de contas ou não entregarem os livros e documentos de sua gestão dentro dos prazos fixados nas leis e regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, forem intimados para esse fim; * Prisão dos responsáveis, promoção de sequestros e processos civis; *Multas e *Devolução do dinheiro.	9 ministros escolhidos pelo Presidente da República
1967	**Sim**	Das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros ou bens públicos.	**Sim**	**Sim** - Auditoria Financeira e Orçamentária	**Sim** - Suspensão de atos.	*Repôr a importância alcance e multas.	9 ministros escolhidos pelo Presidente da República
1988	**Sim**	Dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público	**Sim**	**Sim** - Auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.	**Sim** - Sustação de Atos e Contratos, no caso destes últimos, só caberá ao Tribunal se o Congresso não o fizer no prazo de 90 dias.	*Multas; * Inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança; *Inelegibilidade	9 ministros escolhidos 1/3 pelo Presidente da República e 2/3 pelo Congresso Nacional

Fonte: Elaborada pela autora.

A análise do desenho institucional é uma das variáveis para se aferir a efetividade da accountability horizontal. Conforme Tomio e Robl Filho (2013, p. 31) explicam, para que exista uma

relação de *accountability* forte, o agente controlado: (*i*) possui o dever de apresentar informações sobre as suas ações ao mandante e a outros agentes com competência para exigir a informação do agente; (*ii*) este é obrigado a justificar suas atitudes e ações e (*iii*) pode ser sancionado ou premiado pelo mandante e pelos agentes com competência para tanto.

Esclarecem, ainda, que o aspecto da coação é importante para estabelecer uma relação de *accountability* forte ou plena. Não basta os agentes apresentarem e justificarem suas ações, devem também poder ser sancionados por não concretizar os interesses do mandante e por descumprir normas legais e constitucionais. A ausência da sanção constrói uma forma fraca de *accountability*.

Nesse sentido, é possível perceber que o desenho institucional dos Tribunais de Contas atende esses atributos, tendo em vista que podem exigir informações, realizar procedimentos fiscalizatórios a pedido ou de ofício, podem aplicar sanções, assim como emitir cautelares a fim de garantir a efetividade de suas decisões. Ademais, é importante ressaltar que possuem autogoverno, competência para iniciativa de leis, administração financeira independente e garantias funcionais dos magistrados aos seus membros para atuar com autonomia e imparcialidade.

Ainda é de observar que o controle externo no Brasil é exercido por trinta e três Tribunais de Contas. Todos possuem as mesmas competências expressas na Constituição de 1988, alterando-se apenas a jurisdição, a depender se os recursos são federais, estaduais e/ou municipais.

2.2 Os pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas

O parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas nas contas de governo do Chefe do Poder Executivo expressa o resultado da macrogestão sobre os programas de governo e subsidiam o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, levado a efeito pelo Poder Legislativo.

A prestação de contas de governo - ou simplesmente contas de governo - é a espécie de prestação de contas a qual está obrigado, anualmente, o chefe do Poder Executivo, nas áreas dos governos federal, estadual e municipal.

Nessa prestação de contas, o chefe do Poder Executivo submete a julgamento político do Poder Legislativo os resultados gerais do exercício financeiro-orçamentário, originados dos seus atos de governo ou atos políticos, de sua estrita competência, praticados durante o período que vai de primeiro de janeiro a trinta e um de dezembro do mesmo ano[1].

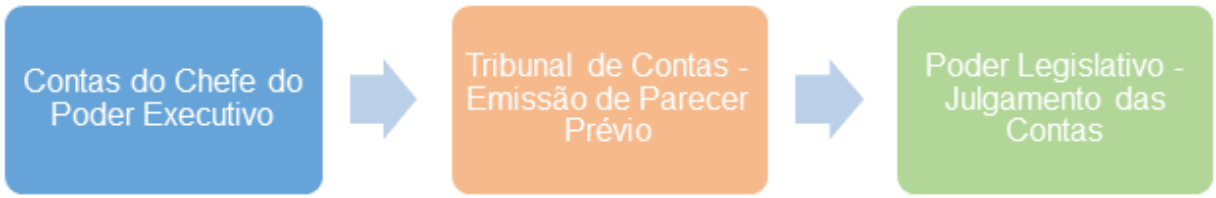
Assim, somente o Poder Legislativo pode julgar a prestação de contas de governo, apresentada, anualmente, seja pelo Presidente da República, seja pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal ou pelos Prefeitos Municipais. Entretanto, esse julgamento deve ser precedido da apreciação técnica das contas pelo respectivo Tribunal de Contas, mediante parecer prévio.

A figura 1 resume o rito das contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo.

[1] Arts. 34 a 101 da Lei Federal nº 4.320/64.

VII Fórum de Direito Constitucional & Administrativo
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

Figura 1 – Rito do julgamento das contas de governo do Chefe do Executivo.



Fonte: Elaborado pela autora.

Meneses e Mapurunga (2016, p. 113) afirmam que o parecer prévio seja, talvez, a mais importante competência das cortes de contas, a quem cabe fornecer os elementos técnicos para, posteriormente, os parlamentares emitirem o julgamento político, de modo que "*o cidadão possa conhecer os efetivos resultados obtidos pela Administração Pública*".

Para Andrada e Barros (2010), os pareceres prévios representam documentos que contém a análise técnica sobre determinados aspectos das contas anuais dos chefes dos poderes executivos federal, estaduais e municipais. Ademais, os autores destacam que esses documentos conferem ao julgamento político do Poder Legislativo aspectos mais objetivos e imparciais.

Assim, nesses pareceres as Cortes de Contas opinam pela aprovação, aprovação com ressalvas ou reprovação das contas. Ademais os Tribunais de Contas fazem recomendações aos gestores acerca das deficiências encontradas, bem como acerca das melhorias que podem ser efetuadas na arrecadação de receitas e no gerenciamento dos gastos públicos.

Exemplificando essas situações, Dutra e Cavalcante (2011, p. 71) afirmam que as ressalvas apresentadas nos pareceres prévios impulsionam "*o fortalecimento de controles internos da contabilidade pública federal, bem como a evolução em procedimentos de reconhecimento, mensuração e evidenciação de determinadas rubricas contábeis".*

Fernandes (2013) destaca que, emitir o parecer prévio sobre as contas, é matéria técnica e de competência privativa dos Tribunais de Contas, portanto indispensável, sendo nulo o julgamento diretamente pelo Poder Legislativo sem prévia e formal manifestação da Corte de Contas.

O parecer prévio proporciona a avaliação e o debate sobre o mérito das escolhas ou diretrizes de políticas públicas dos governos, oferecendo subsídio para o controle do legislativo sobre o executivo. Sendo assim, é um importante instrumento para a efetivação da accountability horizontal.

Nesse aspecto, é relevante avaliar o nível de resolutividade das recomendações e/ou determinações exarados nos pareceres prévios, ou seja, se essas recomendações e/ou determinações são cumpridas pelo Poder Executivo, a fim de aferir sua contribuição para a dimensão controle da qualidade da democracia.

3 ANÁLISE DOS PARECERES PRÉVIOS EMITIDOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A partir dos dados apresentados nos pareceres prévios, foi identificado o quantitativo de recomendações formuladas pelos Tribunais de Contas selecionados, ano a ano.

As recomendações dos pareceres prévios são proposições do Tribunal de Contas ao Chefe do Poder Executivo, com a finalidade de promover a correção de falhas e deficiências verificadas no exame das contas, para otimizar e induzir o aprimoramento das ações governamentais.

As recomendações não vinculam o governo, ao passo que as ressalvas, se reincidentes, podem acarretar um parecer pela desaprovação das contas. Assim, as ressalvas apresentam um peso maior em caso de descumprimento.

Após serem expedidas as recomendações, no parecer prévio das contas de governo, o Tribunal passa a fazer o monitoramento, objetivando acompanhar as providências adotadas pelo Governo do Estado.

Outra consideração importante diz respeito ao não atendimento ou atendimento parcial das recomendações, quando isso ocorre o Tribunal de Contas reitera a recomendação para o ano seguinte, dando continuidade ao monitoramento.

Ao estabelecer recomendações em relação às deficiências encontradas na implementação das políticas públicas, o Tribunal de Contas exerce importante controle sobre a capacidade do governante em colocar em ação um programa de governo voltado à consecução das várias políticas públicas.

Nesse sentido, foi confrontado o parecer prévio do ano anterior com o do ano posterior e verificado o que foi atendido ou não pelo Executivo estadual e, a partir daí, definido o índice de resolutividade, ou seja, o percentual de atendimento dessas recomendações, conforme Quadro 2, abaixo. Na Bahia, não foi realizado o monitoramento das recomendações em relação aos exercícios de 2008 e 2012, por isso não foi possível identificar o índice de resolutividade. Entretanto, todas as recomendações exaradas quanto a esses exercícios foram reiteradas nos anos seguintes.

Quadro 2 - Recomendações exaradas pelos Tribunais de Contas

Exercícios	Recomendações Atendidas											
	TCE/PA			TCE/BA			TCE/MG			TCE/RS		
	F	A	%	F	A	%	F	A	%	F	A	%
2007	29	17	59%	10	6	60%	55	25	45%	24	8	33%
2008	16	10	63%	20		0%	53	28	53%	19	7	37%
2009	29	27	93%	31	6	19%	38	18	47%	34	6	18%
2010	42	33	79%	14	6	43%	30	15	50%	28	4	14%
2011	27	15	56%	14	7	50%	44	23	52%	19	3	16%

2012	23	10	43%	28		0%	61	28	46%	15	5	33%
2013	28	16	57%	34	21	62%	47	28	60%	19	9	47%
2014	33	12	36%	61	26	43%	34	18	53%	42	10	24%
Total	**227**	**140**	**62%**	**212**	**72**	**34%**	**362**	**183**	**51%**	**200**	**52**	**26%**

Fonte: Elaborado pela autora a partir de pesquisa nos sítios eletrônicos do TCE/BA, TCE/PA, TCE/MG e TCE/RS.

Da análise dos dados é possível perceber um médio índice de resolutividade das recomendações dos Tribunais de Contas, que pode ser atribuído ao fato das recomendações não possuírem força cogente. Ao longo dos dois mandatos analisados, o governo do Estado do Pará foi o que apresentou a maior média de cumprimento das recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas Estadual, sendo o governo do Rio Grande do Sul o que apresenta o menor cumprimento, de 26%.

Entretanto, ainda assim, é perceptível um esforço por parte dos governos dos estados em dar cumprimento a muitas dessas recomendações. Isso é importante, pois os comandos contidos nessas recomendações vão desde sugestão de aprimoramento de sistemas de informação patrimonial, orçamentária e contábil, passando pela política de ajuste fiscal e de pessoal até a implementação de políticas públicas, o que busca assegurar mais eficiência e eficácia nas ações e gestão governamental.

Foi o que ocorreu no Estado do Pará, em que o TCE/PA identificou, em 2007, indicadores desagregados regionalmente no Mapa da Exclusão Social, e recomendou que fossem implementadas políticas públicas urgentes no sentido de reduzir gradativamente os níveis de exclusão social da Região do Marajó, cujos índices, na maioria, destacaram-se pelo baixo desempenho.

Em 2008, o TCE/PA considerou tal recomendação como atendida, em virtude das políticas públicas voltadas para região do Marajó, mas voltou a reiterar a recomendação no ano seguinte. Em 2011, foi destacado alguns indicadores que apresentaram variação negativa no Estado, como: o índice estadual de leitos para cada mil habitantes corresponder à metade do recomendado pela OMS; redução no número de agentes comunitários por mil habitantes; redução no percentual de domicílios com esgotamento sanitário; aumento no percentual de domicílios com inadequação de infraestrutura; crescimento do número absoluto de ocorrências policiais e, principalmente, as altas taxas de pobreza e extrema pobreza por região no Pará.

Nas contas de governo de 2011, o Poder Executivo estadual informou que iria providenciar, no exercício de 2012, a apresentação de Projeto de Lei à Assembleia Legislativa do Estado, com as justificativas e sugestões para as alterações necessárias ao saneamento das incongruências relativas aos indicadores do Mapa de Exclusão Social, no sentido de que fossem disponibilizadas informações capazes de possibilitar a análise dos dados sociais em suas várias dimensões de forma atualizada.

Interessante observar que muitas recomendações são reiteradas ano a ano, a exemplo do estoque da dívida ativa, principalmente no que diz respeito às medidas adotadas para combater a evasão e a sonegação, visando a efetividade da cobrança desses créditos, especialmente de

origem tributária, como também das medidas que serão adotadas para compensar a renúncia da receita.

O Tribunal de Contas baiano vem manifestando-se no sentido de que parte das recomendações quanto às falhas e irregularidades apontadas são recorrentes, inclusive ultrapassando um mandato eletivo, pois, das 17 recomendações reiteradas em 2007, 14 delas (82%) foram monitoradas por períodos superiores a 4 anos, tendo algumas sido monitoradas por 10 longos anos, sem que houvesse solução definitiva do problema.

Em 2012, o TCE/BA recomendou que os atos normativos que tratam da criação de cargos ou vantagens, ou do aumento de seus valores, sejam acompanhados da estimativa do impacto orçamentário-financeiro para o exercício de vigência e para os dois subsequentes, bem como da comprovação de que a despesa criada ou majorada não afetará as metas de resultados fiscais previstas, inclusive com as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, nos termos exigidos pela LRF. Essa recomendação foi atendida em 2014.

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Contas verificou que, desde 2001, o governo não vinha cumprindo os percentuais mínimos em saúde previstos na Constituição Federal, passando a cumpri-lo após a edição da Lei Complementar Estadual nº 141/12, que inseriu, nesse índice, as despesas com saneamento básico. Além disso, o Estado contabilizou como gasto em saúde, o pagamento de aposentadorias e pensões de servidores que atuam na área de saúde, assim como o respectivo pagamento da contribuição patronal, pagos com recursos do Fundeb, também lançado em duplicidade nos gastos com manutenção e desenvolvimento de ensino.

Nas contas de 2009, o TCE/RS indicou a necessidade de o Estado promover, a partir do ano de 2011, ainda que de forma gradativa, investimentos em saúde que viabilizassem o atingimento do percentual mínimo em saúde, desconsiderando os gastos em saneamento.

Nos esclarecimentos prestados em 2012, o Governo gaúcho afirmou estar comprometido com um novo modelo de gestão fiscal, em que busca a sustentabilidade das políticas públicas, respeitando os limites da responsabilidade fiscal e ressaltando, por outro lado, que os gastos foram definidos no sentido de garantir a qualidade do serviço prestado na área da saúde. A partir de 2013, observa-se que o Estado deu cumprimento à orientação do Tribunal de Contas.

Ainda é importante ressaltar que todas as contas de todos os Estados analisados foram aprovadas pelo Legislativo sem qualquer observação quanto às recomendações constantes dos pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas.

Mesmo assim, tal fato não foi impedimento para que os governos dos Estados as atendesse, o que demonstra uma preocupação em cumprir as deliberações dos Tribunais de Contas.

Isso se deve muito em virtude da faculdade do Tribunal de Contas em abrir processo de fiscalização em separado a fim de apurar com maior profundidade uma irregularidade e/ou inconsistência nas contas de governo. A partir desse processo de fiscalização pode-se responsabilizar pessoalmente o agente que tenha dado causa à irregularidade.

Como exemplo, podemos citar o TCE/MG que, em decorrência das inúmeras recomendações exaradas nos pareceres prévios das contas dos anos anteriores, em 2012, firmou um Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) com o governo do Estado em que este se comprometeu

a alcançar os índices mínimos constitucionais, de 25% da receita corrente líquida na aplicação na manutenção do ensino e de 12% em ações e serviços públicos da saúde, até o exercício de 2014.

O TAG é um instrumento que permite ao Tribunal de Contas ajustar com o seus jurisdicionados medidas para sanar irregularidades e suspender a punição nos casos em que não foi comprovada a má-fé e em que não houve desvio de recursos públicos. O TCE poderá solicitar informações periódicas e determinar a realização de diligências a fim de apurar o cumprimento das metas pactuadas e, em caso de descumprimento, aplicar sanção.

Outro ponto que convém ressaltar é que, como dito acima, recomendações reiteradas podem vir a caracterizar ressalvas, que não cumpridas podem acarretar a desaprovação das contas do ano seguinte, o que certamente provoca um custo político desagradável ao gestor.

Assim, verifica-se do estudo, que as recomendações exaradas pelos Tribunais de Contas nos pareceres prévios são muito importantes para assegurar a responsividade envolvida na accountability horizontal, pois permite ao governo informações para a correta tomada de decisão quanto à aplicação dos recursos públicos. Afinal, a efetiva concretização das mais diversas políticas públicas requer o equilíbrio das contas públicas.

Nesse aspecto, em 2017, o governo federal realizou, via Tesouro Nacional, uma avaliação quanto ao equilíbrio das contas públicas, em que foi feito o exame combinado do nível de endividamento, a poupança corrente e liquidez, resultando no chamado índice de Capacidade de Pagamento (Capag). Os ratings vão de A a D (NEVES, 2018).

O Estado do Pará conquistou nota A na avaliação do equilíbrio das contas públicas. Já o Estado do Rio Grande Sul ficou com a nota D, o que significa que possui problemas mais críticos com o endividamento, o que acarreta maior dificuldade de acesso aos recursos federais.

Apesar de ser necessária a análise de outras variáveis além das abordadas neste artigo, para avaliar o nível de desempenho de cada Estado, é possível traçar um paralelo entre a atuação do controle externo e o desempenho do governo. O Estado do Pará, que conquistou a nota A, foi o que apresentou o maior índice de cumprimento das recomendações do Tribunal de Contas Estadual, já o Estado do Rio Grande Sul foi que apresentou a menor nota. Tal realidade demonstra que as recomendações exaradas, por buscarem uma otimização e eficácia da atuação estatal, contribui para melhorar o desempenho do governo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do artigo, foi trabalhada a ideia da contribuição do controle externo para a accountability horizontal, avaliando se o desenho institucional dos Tribunais de Contas, em especial sua competência para emitir parecer prévio nas contas anuais do Chefe do Poder Executivo, possui os atributos necessários para aumentar a responsividade dos governantes no atual regime democrático brasileiro.

Nesse aspecto, verificou-se que o controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas possui um papel de grande relevância para a *accountability* horizontal e, consequentemente, para a democracia, vez que foi dotado da autonomia necessária para o desempenho de suas funções,

assim como possui as competências para fiscalizar, julgar e responsabilizar os representantes que se afastem do seu compromisso público com a sociedade.

Tendo em vista que as recomendações exaradas nos pareceres prévios não possuem força cogente, mas, entretanto, apresentaram média resolutividade, isso é um bom indicativo de que o controle externo oferece relevante contribuição à accountability horizontal.

Não se pode olvidar que o descumprimento reiterado das recomendações e/ou ressalvas também pode acarretar o parecer prévio pela desaprovação das contas, o que provoca um custo político desfavorável ao Chefe do Poder Executivo, seja pela mídia negativa ao seu governo, seja pela articulação com os parlamentares.

Ademais, a omissão quanto às providências corretivas relacionadas às recomendações poderá acarretar a abertura de processo de fiscalização em separado para sanção por ilegalidades praticadas, o que demonstra a capacidade de responsabilização dos agentes envolvidos pelos Tribunais de Contas.

Portanto, o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil possui os atributos necessários para a concretização de uma efetiva accountability horizontal. A função de fiscalizar, não apenas as contas públicas, mas a qualidade das políticas públicas aplicadas pelos gestores é fundamental para assegurar a responsividade dos políticos eleitos e, de fundamental importância para a democracia.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de; BARROS, Laura Correa de. O Parecer Prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, ano 28, v. 77, n. 4, p. 53-75, 2010.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018a.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018b.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018c.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018d.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018e.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018f.

BRASIL. **Decreto n. 199**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0199.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018g.

BRASIL. **Decreto n. 2.409**, de 23 de dezembro de 1896. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2409-23-dezembro-1896-514244-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 jan. 2018h.

DAHL, Robert A. **Poliarquia.** Tradução Celso Mauro Paciornick. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

DUTRA, Tiago Alves de Gouveia Lins; CAVALCANTE, Renato Lima. Auditoria Financeira na Apreciação das Contas de Governo da República. **Revista do TCU**: Edição especial Contas do Governo Exercício 2010, Brasília, DF, ano 43, n. 121, p. 62-75, maio/ago. 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LAVALLE, Adrian Gurza; VERA, Ernesto Isunza. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 95-139, 2011.

MELLO, Marcus Andre. O viés majoritário na política comparada responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 11-29, fev. 2007.

MENESES, Anelise Florencio de; MAPURUNGA, Patrícia Vasconcelos Rocha. Parecer prévio das contas anuais do Governador: um estudo na evidenciação pelos Tribunais de Contas Estaduais. **Revista do TCE/CE**: Controle - Doutrina e Artigos, Fortaleza, v. 14, n. 1, p. 108-122, 2016.

MENEZES, Monique. O Controle Externo no Brasil e no Chile: Accountability Horizontal e Qualidade da Democracia. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10, 2016, Belo Horizonte. **Anais**... Belo Horizonte: ABCP, 2016.

NEVES, Ernesto. Só dois estados têm nota máxima em ranking de equilíbrio fiscal. **Veja**, São Paulo, dez. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/so-dois-estados-tem-nota-maxima-em-ranking-de-equilibrio-fiscal/>. Acesso em: 20 mar. 2018.

O'DONNELL, Guilhermo. Accountability Horizontal e Novas Poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-44, 1998.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability *e* independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

APRIMORAMENTO DO CONTROLE EXTERNO: BOAS PRÁTICAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Autora: Karina Ramos Travaglia*

* Mestra em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Espírito Santo Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo Autora do livro AFO e Orçamento Público na CF e LRF
E-mail: krt-es@uol.com.br

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços nas competências atribuídas aos tribunais de contas. No entanto, após 30 anos da promulgação da dessa Carta Magna, foi constatada em recente pesquisa realizada pelo Ibope que cerca de 68% dos entrevistados desconhecem o que são e o que fazem estes importantes órgãos de auxílio ao controle externo. O envolvimento da sociedade no controle do gasto público pode contribuir para a melhoria da qualidade da prestação dos serviços públicos. Esta pesquisa, realizada através de revisão de literatura, teve como objetivo identificar as boas práticas realizadas pelos tribunais de contas brasileiros, a fim de que possam ser compartilhadas entre cortes de contas. Como resultado apontam-se algumas ações, tais como: o fortalecimento do controle social por meio das ouvidorias; o auxílio da tecnologia para a efetividade na fiscalização de obras rodoviárias; o desenvolvimento do controle interno municipal; e a implementação de programa que visa zelar pela correta aplicação dos recursos destinados à educação. O compartilhamento das informações entre os tribunais de contas pode contribuir para o aperfeiçoamento das ações de controle externo e, como consequência, pode acarretar o aumento do controle social, de forma a favorecer o combate aos desvios de recursos públicos e ainda melhorar a efetividade e eficiência da gestão pública em benefício da sociedade.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. Tribunais de contas. Sociedade.

1 INTRODUÇÃO

A instituição do Tribunal de Contas ocorreu com a promulgação da Constituição de 1891. O artigo 89 desta Carta (BRASIL, 1891) delegava a Corte de Contas a competência para liquidar as contas da receita e despesa, bem como verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

As demais constituições promulgadas que sucederam a Constituição de 1891 modificaram algumas competências atribuídas ao Tribunal de Contas, a exemplo da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) que concedeu ao órgão a permissão de dar parecer prévio sobre as contas que o Presidente da República prestava à Câmara dos Deputados, enquanto, por exemplo, a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), excluiu da sua atribuição a competência para julgar a legalidade das concessões de aposentadoria, reforma e pensões.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as competências atribuídas aos tribunais de contas foram ampliadas. Devido a isso, durante 30 anos de vigência dessa Carta, as cortes de contas tiveram suas atividades aprimoradas a fim de oferecer um controle externo mais efetivo à sociedade.

Em conformidade com o Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (BRASIL, 2014a), os tribunais de contas orientam, fiscalizam e controlam as instituições públicas, buscando aferir a legalidade dos atos e a boa gestão dos recursos públicos, desempenhando papel fundamental no desenvolvimento do controle da administração pública.

Castro Neto (2016) dispõe que as cortes de contas têm buscado evoluir na forma de suas atuações, se apresentando como um dos instrumentos de consolidação do controle externo, tendo em vista que suas competências ultrapassam a análise sobre a legalidade no controle do orçamento público, financeiro, contábil e patrimonial dos entes públicos.

As Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) – Nível 1 (IRB, 2015) trazem a atuação dos tribunais de contas como sendo um instrumento de governança pública, que tem por objetivo garantir a *accountability* pública, contribuindo para a diminuição das incertezas sobre as ações da administração pública, ofertando à sociedade uma razoável segurança de que os recursos públicos estão sendo administrados adequadamente e de forma transparente, segundo os princípios da administração pública, as leis e os regulamentos aplicáveis.

Em que pese o fortalecimento da atuação dos tribunais de contas e o reconhecimento de sua importante missão por pessoas que conhecem o trabalho desenvolvido por eles, recente pesquisa realizada pelo Ibope (2016) diagnosticou que apenas 17% das 2.002 pessoas entrevistadas pelo Instituto conhecem a finalidade atribuída a estes órgãos de auxílio ao controle externo.

Dessa forma, considerando que a partir da Constituição Federal de 1988 as competências atribuídas às cortes de contas foram ampliadas e que mesmo assim os dados da citada pesquisa apontaram o baixo número de pessoas que efetivamente conhecem o que são e o que fazem os tribunais de contas, esta pesquisa tem como objetivo promover um estudo acerca a evolução institucional dos tribunais de contas no decorrer dos 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, buscando encontrar boas práticas realizadas pelas cortes de contas brasileiras que possam ser compartilhadas entre elas.

A adoção de boas práticas adotadas pelos tribunais de contas, bem como o compartilhamento dessas ações entre as cortes de contas pode facilitar o processo de aprimoramento do sistema de controle externo, além de contribuir para o incremento do controle social, de forma a promover o uso adequado dos recursos públicos, favorecendo, por consequência, o alcance de resultados institucionais em prol do interesse social.

Esta pesquisa está estruturada em quatro seções. Na primeira seção consta a introdução do tema. Na segunda seção é apresentado o histórico constitucional da evolução das competências atribuídas aos tribunais de contas. Enquanto que na terceira seção é identificada a evolução dos tribunais de contas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, demonstrando um estudo acerca do fortalecimento do sistema nacional de controle externo e os exemplos de boas práticas realizadas por diversos tribunais de contas brasileiros. Por fim, na quarta seção, são apresentadas as conclusões do presente estudo.

2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DA EVOLUÇÃO DAS COMPETÊNCIAS ATRIBUÍDAS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O primeiro tribunal de contas do Brasil foi criado por meio do Decreto nº 966-A (BRASIL, 1890), em 7 de novembro de 1890, de iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, no governo de Marechal Deodoro da Fonseca. No entanto, a institucionalização deste Tribunal ocorreu

com a promulgação da Constituição de 1891, em que o inseriu em seu artigo 89, conforme segue:

> Art. 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (BRASIL, 1891).

Mas, segundo Alejarra (2014), foi com o empenho do Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa, no governo de Floriano Peixoto, que em 17 de janeiro de 1893 ocorreu a instalação do Tribunal de Contas. Assim, foi com o advento da República que ocorreu a implementação desse importante órgão de controle das contas públicas.

A Constituição de 1934 ampliou as competências atribuídas ao Tribunal de Contas. O artigo 99 dessa Carta acrescentou às competências desse órgão o poder de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, enquanto o artigo 102 atribuiu ao órgão a permissão de dar parecer prévio sobre as contas que o Presidente da República deve prestar à Câmara dos Deputados anualmente.

> Art. 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.
>
> Art. 102 - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado. (BRASIL, 1934).

Entretanto, em 1937, no governo de Getúlio Vargas, foi promulgada uma nova Constituição, onde as competências atribuídas à Corte de Contas foram reduzidas, a exemplo da retirada da missão de emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República.

Com a saída de Getúlio Vargas do poder houve a promulgação da Constituição de 1946 onde se observa a ampliação das competências atribuídas ao Tribunal de Contas, dentre elas está o julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões e o retorno da competência para a emissão do parecer prévio sobre as contas que o Presidente da República presta ao Congresso Nacional anualmente, conforme previsto no artigo 77, III e §4º, respectivamente.

> Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas:
> (...)
> III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.
> (...)
> § 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado. (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967, alterada pela Emenda nº 1/1969 (BRASIL,1967), promulgada no governo de Costa e Silva, excluiu várias atribuições delegadas ao Tribunal de Contas, dentre elas está a competência para julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões

e a retirada da competência para o exame e julgamento prévio dos atos e contratos geradores de despesas.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foi um grande marco na história dos tribunais de contas, tendo em vista a ampliação das competências a eles atribuídas. Em seu artigo 71, o Tribunal de Contas da União recebeu o ofício de exercer o auxílio ao Congresso Nacional nas atribuições relativas ao controle externo.

Assim, segundo o artigo 70 dessa Carta, ao controle externo compete exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Destaca-se no artigo 75 dessa Carta Magna, a referência quanto à aplicação dos dispositivos relativos ao Tribunal de Contas da União, onde se aplica, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Ressalta-se, ainda, a previsão acerca das constituições estaduais que possuem competência para dispor sobre os tribunais de contas respectivos.

Sobre o assunto, Capobianco (2012) afirma que a partir da simetria que a Constituição Federal de 1988 consagrou aos entes da federação, entende-se que as competências atribuídas aos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios devem guardar similaridade, com observância às peculiaridades e determinações dispostas na Carta Magna.

Castro Neto (2016) dispõe que após a vigência da Constituição Federal de 1988, a instituição Tribunal de Contas, com natureza jurídica autônoma, não estando subordinada a nenhum dos poderes da República, passou a ter importantes prerrogativas quanto ao zelo pelo patrimônio público.

Atualmente, segundo Castro e Knopp (2011), as cortes de contas que inicialmente surgiram para efetuar o controle da legalidade da gestão contábil e financeira do setor público, preocupando-se com a averiguação dos aspectos formais dos atos administrativos, estão, em decorrência das transformações ocorridas no papel do Estado, buscando outras formas de monitoramento, avaliação e controle, incorporando-se técnicas de controle gerencial que contemplam aspectos quanto à economicidade, eficiência, eficácia e efetividade das ações governamentais.

Entretanto, embora passados 30 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que se observa é que a sociedade brasileira ainda desconhece a finalidade dos tribunais de contas. É o que aponta a recente pesquisa realizada pelo Ibope (2016) em que foram entrevistadas 2.002 pessoas entre os dias 24 e 27 de junho de 2016, no intuito de se obter um diagnóstico acerca do conhecimento e avaliação sobre o trabalho realizado pelos tribunais de contas.

Os dados da pesquisa revelam que apenas 17% dos entrevistados, ou seja, 340 pessoas conhecem o que são e o que fazem os tribunais de contas. Desse percentual, cerca de 90% apontam o órgão como decisivo no combate à corrupção e à ineficiência dos gastos públicos, 82% concordam que o órgão ajuda a melhorar a gestão pública e 80% opinaram que a atuação dos

tribunais de contas reduz o mau uso do dinheiro público.

3 A EVOLUÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os tribunais de contas, no exercício de suas competências, promovem a orientação, a fiscalização e o controle dos atos praticados pelos administradores públicos. Dessa forma, em que pese o resultado da pesquisa realizada pelo Ibope (2016), há que se destacarem os avançados realizados pelas cortes de contas brasileiras após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3.1 Fortalecimento do sistema nacional de controle externo

Comprometida com o fortalecimento do sistema nacional de controle externo, de forma a contribuir com que os tribunais de contas atuem de maneira harmônica e uniforme, aprimorando a qualidade e agilidade das auditorias e dos julgamentos, considerando a valorização do controle social e ainda preocupando-se em oferecer serviços de excelência aos cidadãos, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) desenvolveu o Programa Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas (QATC) que engloba o Marco de Medição de Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC).

Segundo o documento produzido pela ATRICON denominado Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas: diretrizes e marco de medição de desempenho (ATRICON, 2017a), o MMD-TC é um instrumento utilizado para avaliar os tribunais de contas brasileiros em mais de quinhentos critérios que foram estabelecidos com base nas melhores práticas internacionais de desempenho e nas diretrizes da própria Associação.

O MMD-TC é composto por aspectos relativos ao prazo para julgamento de processos, controle preventivo, normas e qualidade da auditoria, planejamento estratégico, comunicação e transparência, atuação de corregedorias e ouvidorias, controle interno próprio e dos entes fiscalizados e impactos para a sociedade, dentre outros.

A aplicação do MMD-TC é realizada a cada dois anos e os tribunais de contas avaliados desenvolvem um Plano de Ação contendo iniciativas capazes de proporcionar melhorias identificadas como necessárias ao processo de aprimoramento do controle externo.

A evolução das práticas adotadas pelos tribunais de contas pode ser claramente notada ao realizar a análise comparativa das avaliações do MMD-TC que ocorreram nos anos de 2015 e 2017. Segundo o resultado apresentado pela ATRICON (2017c), os indicadores que mais evoluíram referem-se a:

a) Plano de auditoria e gestão da qualidade;

b) Informações estratégicas para o controle externo;

c) Fundamentos da auditoria operacional;

d) Ouvidoria; e

e) Controle externo concomitante.

Considerando que as notas para os indicadores variam entre 0 e 4, a representação gráfica dos indicadores que mais evoluíram no período de 2015 a 2017 está demonstrada a seguir:

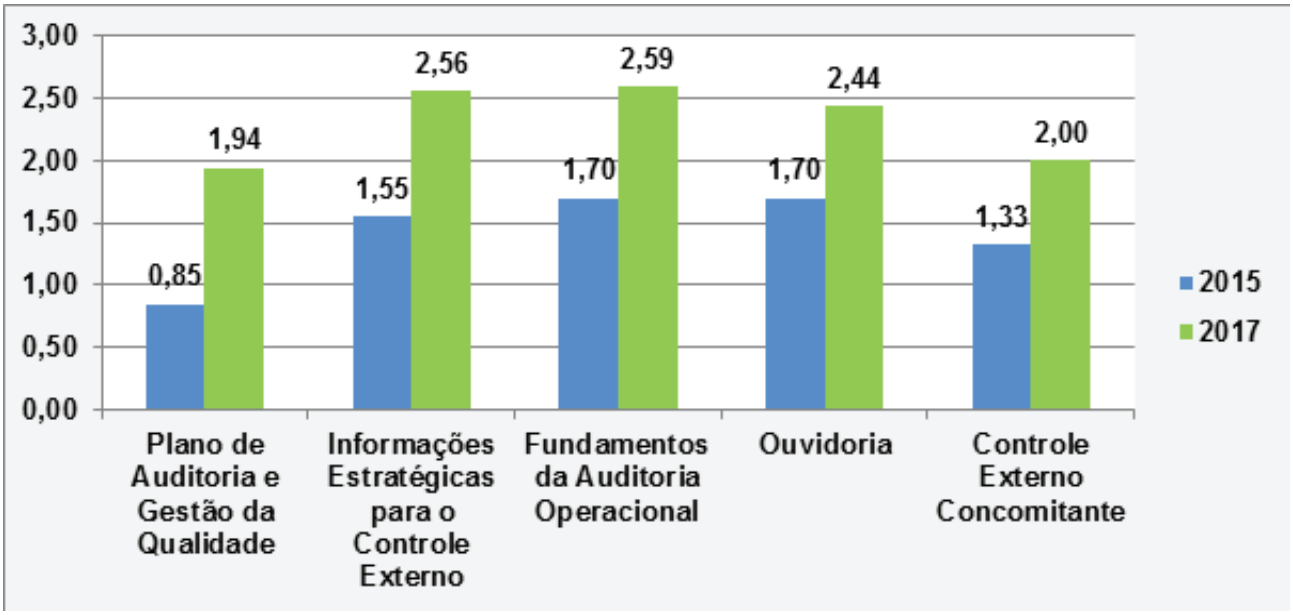


GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DOS INDICADORES DO MMD-TC
FONTE: elaborado pela autora, a partir de ATRICON (2017c).

Dessa forma, observa-se no Gráfico 1 que passados dois anos da aplicação da ferramenta desenvolvida pela ATRICON é notória a evolução de indicadores essenciais ao aprimoramento do sistema de controle externo, a exemplo do indicador “Plano de Auditoria e Gestão da Qualidade” que no ano de 2015 a média da nota obtida pelos tribunais de contas era 0,85 e no ano de 2017 a média avançou para 1,94.

Quanto ao indicador “Ouvidoria” percebe-se que no ano de 2015 tinha como média a nota 1,70 e no ano de 2017 a média das notas das ouvidorias dos tribunais de contas passou a ser 2,44.

Da mesma forma, observa-se a melhoria da média atribuída ao indicador “controle externo concomitante” que no ano de 2015 tinha como nota média 1,33 passando a nota média para 2,00 no ano de 2017.

Assim, em que pese ainda haver bastante espaço para que as cortes de contas aperfeiçoem suas atividades, há que se reconhecer o avanço alcançado pelos tribunais de contas com o apoio do Programa Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas. Com essa ação foi possível mensurar, em uma série temporal, os esforços das cortes de contas brasileiras em aprimorar suas atividades em busca da efetividade do controle externo.

Ressalta-se também o trabalho desenvolvido pelo Instituto Rui Barbosa (IRB). Trata-se de uma associação civil de estudos e pesquisas que promove capacitações, seminários e debates com a participação de membros e servidores dos tribunais de contas. Os temas abordados nestes eventos

relacionam-se a métodos e procedimentos de controle externo com foco no desenvolvimento das atividades exercidas pelas cortes de contas (IRB, 2016b).

Outra iniciativa que merece destaque no fortalecimento do sistema nacional de controle externo é a Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2017 (BRASIL, 2017) que visa à criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC) como instrumento de aprimoramento das cortes de contas; à modificação dos critérios de composição dos tribunais de contas brasileiros, a fim de incrementar o rigor dos critérios e dos requisitos para a investidura dos seus membros; e visa ao estabelecimento da previsão de uma lei nacional sobre o Processo de Controle Externo.

O CNTC, basicamente, terá como atribuições a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar; a promoção da melhoria do desempenho institucional; o estímulo à transparência; e a uniformização da jurisprudência em temas de relevância nacional no âmbito dos tribunais de contas.

Segundo Coutinho (2016), a atuação do CNTC consistirá na emissão de determinações, com finalidade correcional, aos tribunais de contas e aos seus membros, além do exercício do poder sancionatório quando constatado infrações.

Além disso, ainda conforme a autora, o Conselho terá função integradora das cortes de contas, de forma a compartilhar informações e contribuir para o nivelamento da transparência e do aperfeiçoamento dos órgãos de controle externo.

3.2 Tribunais de contas: exemplos de boas práticas

No decorrer dos 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 muitas ações foram realizadas pelos tribunais de contas brasileiros que estão, em geral, empenhados em aprimorar suas atividades de controle externo, a fim de proporcionar aos cidadãos mais efetividade e qualidade no fornecimento de bens e na prestação dos serviços públicos.

A seguir, apresentam-se algumas boas práticas realizadas pelas cortes de contas brasileiras capazes de promover o aperfeiçoamento do sistema de controle externo.

Interessados em obter informações acerca da governança dos órgãos jurisdicionados, o Tribunal de Contas da União (TCU) em parceria com 28 tribunais de contas brasileiros realizou, por meio de um Acordo de Cooperação (BRASIL, 2014b), firmado no ano de 2014, um levantamento junto a 7.770 organizações públicas, sendo 380 da esfera federal, 893 estaduais e 6.497 organizações públicas municipais, com o intuito de conhecer a situação da governança das instituições públicas brasileiras e, assim, poder contribuir com a divulgação de boas práticas deste importante instrumento de aprimoramento institucional.

O resultado desse trabalho consta no Relatório de Levantamento inserto no processo TC 020.830/2014-9 (BRASIL, 2015) do Tribunal de Contas da União. O diagnóstico revelou que quase 84% das organizações públicas brasileiras pesquisadas encontram-se deficientes na adoção de boas práticas de governança, o que pode contribuir para o incorreto uso dos recursos públicos e, por consequência, comprometer a efetividade das ações governamentais.

Outra ação que merece destaque é a do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-

SP) ao elaborar um índice de desempenho, denominado Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM), que visa avaliar a efetividade das políticas e atividades públicas desenvolvidas pelos gestores municipais.

Os resultados obtidos com a aplicação do IEGM (IRB, 2016a) têm por finalidade fornecer aos prefeitos e vereadores a oportunidade de reavaliar as prioridades dos munícipios; fornecer à sociedade respostas quanto às ações dos governos municipais e quanto ao atendimento às demandas sociais; e, ainda, colaborar com o planejamento da ação fiscalizatória das cortes de contas.

A metodologia do IEGM foi difundida para os demais tribunais de contas do Brasil, por iniciativa do Instituto Rui Barbosa (IRB), de forma a obter um completo diagnóstico da gestão municipal brasileira, possibilitando a comparação de desempenhos entre municípios que apresentam características semelhantes. Este projeto, em nível nacional, é denominado IEGM Brasil.

O Portal de Boas Práticas dos Tribunais de Contas do Brasil da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON, 2017b) aponta inúmeros exemplos de cortes de contas que se destacam em suas ações de efetivo aprimoramento do controle externo. A seguir são elencadas algumas boas práticas identificadas no referido Portal.

No que tange ao fortalecimento do controle social, pode-se citar as ações realizadas pela Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) que proporcionaram o aumento de 104% no número de ouvidorias públicas nos municípios do Estado. No ano de 2016, 27% das prefeituras e 21% das câmaras de vereadores possuíam esse canal de comunicação com a sociedade. Com o trabalho desenvolvido pelo TCE-RS, o percentual dos municípios que passaram a adotar a referida prática passou para 50% para o poder executivo e 48% para o poder legislativo.

No que se refere à inovação na fiscalização de obras rodoviárias, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE-GO) conta com o auxílio da tecnologia para conhecer melhor a qualidade dos serviços prestados nas obras rodoviárias do Estado utilizando-se, em suas fiscalizações, um laboratório móvel capaz de aferir a qualidade do asfalto, passando a agregar maior efetividade no controle das obras de infraestrutura.

O Programa de Visitas às Escolas, implementado pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-RJ), merece destaque dentre as boas práticas dos tribunais de contas. Anualmente, auditores visitam 195 escolas do 6 º ao 9 º ano do Ensino Fundamental com o objetivo de averiguar o ambiente escolar no que tange à estrutura física do prédio, mobiliário, laboratórios de informática, refeitório, dentre outros ambientes necessários ao adequado funcionamento educacional.

O trabalho realizado pelo TCM-RJ também abrange a aplicação de questionários direcionados aos pais, professores e alunos, bem como a realização de entrevistas com os diretores e responsáveis pela preparação dos alimentos que são consumidos pelos estudantes, de forma a contribuir para a melhoria dos serviços educacionais. Os auditores realizam, ainda, palestras a fim de apresentar aos discentes a função dos tribunais de contas.

Interessado também com a melhoria da efetividade na área da educação, o Tribunal de

Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG) apresenta o Programa Na Ponta do Lápis que visa zelar pela efetiva aplicação dos recursos destinados à educação. Neste projeto, a Corte de Contas acompanha a conformidade das metas contidas nos planos de educação estaduais e municipais em consonância com o Plano Nacional de Educação 2014/2024.

O aprimoramento do controle interno municipal também é foco da atuação dos tribunais de contas. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT) é um exemplo nessa atuação. O Projeto Aprimora, desenvolvido pelo Tribunal, busca estimular o aprimoramento da gestão pública e a prevenção de desvios desenvolvendo metodologia de avaliação de controles internos e capacitando controladores municipais a exercerem suas atividades de forma mais eficiente.

De forma a proporcionar maior celeridade ao controle externo, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE) estabeleceu como um dos seus objetivos estratégicos o aperfeiçoamento da atuação concomitante, no intuito de identificar possíveis irregularidades no momento em que as despesas ocorrem, possibilitando ações mais tempestivas por parte do Tribunal.

Já na área de saúde, considerando o cenário de superlotação nos hospitais e desrespeito ao direito do cidadão, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TC-DF) realiza auditorias com objetivo de avaliar a situação dos hospitais da rede pública do Distrito Federal em relação à implementação da estratégia de organização dos atendimentos, tendo como base a classificação de risco dos pacientes que buscam as unidades públicas de saúde. Com a ação, o TC-DF visa o controle do atendimento imediato ao usuário com grau de risco elevado, de maneira a garantir a agilidade no atendimento prestado aos pacientes que se apresentam em situações de saúde mais graves.

Ressalta-se, ainda, como exemplo de boa prática, a iniciativa da Coordenadoria de Execuções (COEX) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR). A unidade, que concentra um banco de dados de aproximadamente quarenta e cinco mil decisões, é responsável pelo acompanhamento e controle dos atos processuais subsequentes ao trânsito em julgado das deliberações proferidas pelo Tribunal.

Outra ação que é destacada no Portal de Boas Práticas da Atricon é da Corregedoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO). A unidade é responsável por orientar, fiscalizar e controlar a atuação dos membros e servidores da Corte quanto ao atendimento às leis e regulamentos pertinentes. Desenvolve, ainda, a avaliação da regularidade, eficiência e da efetividade dos serviços prestados aos órgãos jurisdicionados do Tribunal e à sociedade.

Também podem ser ressaltadas outras boas práticas que foram identificadas nos portais dos tribunais de contas. A seguir estão relacionados mais alguns exemplos dessa importante atuação.

No intuito de reforçar o controle social, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE) (CEARÁ, 2018) ampliou o uso das redes sociais a fim de oferecer maior quantidade de canais de informação aos cidadãos. Atualmente, as atividades desenvolvidas pela Corte de Contas, assim como notícias e campanhas institucionais podem ser acessadas por meio das redes sociais *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *WhatsApp* e *Instagram*.

Atentos ao desenvolvimento de estudos técnicos e científicos, a Coordenadoria do Núcleo de Pesquisa do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul (TCE-MS) orienta e incentiva

a criação de grupos de estudos, com o objetivo de desenvolver a produção de livros e artigos científicos sobre assuntos pertinentes ao controle externo.

Como resultado desse trabalho aponta-se a publicação do livro “Insucesso escolar – Abordagem Financeira 2011/2016” (MATO GROSSO DO SUL, 2017) e do livro “Indicadores de Saúde: informações sobre a saúde nos municípios sul-mato-grossenses” (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

As publicações proporcionam o aperfeiçoamento institucional, auxiliam os servidores da Corte na análise das contas, além de contribuir com os jurisdicionados no planejamento de suas ações.

Ressalta-se, também, a iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE-RN) com relação às obras públicas paralisadas. Segundo informação contida no Portal do órgão (RIO GRANDE DO NORTE, 2017), foi realizado um levantamento que detectou a existência de 313 obras nessa condição, representando um potencial dano ao erário na ordem de R$ 308 milhões. O órgão realizou o I Seminário Integrado de Controle Externo, em julho de 2017, reunindo representantes de várias instituições, como da Secretaria de Estado do Planejamento e das Finanças (SEPLAN), da Secretaria de Estado da Infraestrutura (SIN) e da Federação dos Municípios do Rio Grande do Norte (FEMURN), visando discutir estratégias no intuito de formalizar uma proposta que aponte soluções para o problema.

Outra atuação que merece ser destacada é a da Corregedoria do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES). Uma das ações implementadas pela unidade foi o monitoramento dos prazos para apreciação e julgamento de processos de controle externo, além da definição de metas para a redução de estoque processual no âmbito do Tribunal, a partir dos critérios definidos na Resolução nº 300, de 29 de novembro de 2016 (ESPÍRITO SANTO, 2016).

Segundo informações contidas no Portal do TCE-ES (ESPÍRITO SANTO, 2018), a meta prevista para o ano de 2017 era reduzir em 25% o estoque de processos de controle externo autuados até 31 de dezembro de 2016, no entanto, apenas no primeiro ano de implementação das ações previstas na citada Resolução, o TCE-ES conseguiu reduzir em 50,85% esse estoque processual.

Enfim, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 são inúmeros os avanços alcançados pelos tribunais de contas que podem ser compartilhados, de forma a promover o aperfeiçoamento do sistema de controle externo.

Assim, ações como melhoria da promoção da celeridade e da qualidade nos julgamentos dos processos de controle externo, otimização dos processos de trabalho, bem como a contínua capacitação dos membros e servidores das cortes de contas podem ser aprimoradas a fim de que as instituições de controle externo possam contribuir cada vez mais no combate aos desvios de recursos públicos e ainda melhorar a efetividade e eficiência da gestão pública em prol da geração de benefícios à coletividade.

4 CONCLUSÃO

As competências atribuídas aos tribunais de contas foram bastante ampliadas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir da vigência dessa Carta Magna, as cortes de contas passaram a ser responsáveis pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades a elas jurisdicionadas.

O objetivo deste estudo foi identificar as boas práticas realizadas pelos tribunais de contas brasileiros a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Como resultado apontam-se algumas ações, tais como: o fortalecimento do controle social por meio das ouvidorias; o acompanhamento dos atos processuais subsequentes às deliberações proferidas pelo Tribunal; o auxílio da tecnologia para a efetividade na fiscalização de obras rodoviárias; o desenvolvimento do controle interno municipal; bem como o reconhecimento da Corregedoria como unidade responsável por orientar, fiscalizar e controlar a atuação dos membros e servidores do Tribunal quanto ao atendimento às leis e regulamentos pertinentes.

No entanto, em que pese os avanços alcançados pelas cortes de contas nestes 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, ainda há bastante espaço para o aperfeiçoamento das ações de controle externo a cargo dos tribunais de contas, de forma que a sociedade os reconheça como órgãos capazes de contribuir para a melhoria da gestão pública e, por consequência, pelo adequado uso dos recursos públicos.

O fortalecimento dos tribunais de contas engloba o aperfeiçoamento de várias ações, tais como: a promoção da celeridade e tempestividade nos julgamentos dos processos de controle externo; a busca pela atuação do controle concomitante; a dotação de recursos humanos e materiais nas unidades de informações estratégicas; e a ampliação do monitoramento das recomendações de auditoria.

É oportuno que as cortes de contas aprimorem os processos de controle e de garantia de qualidade dos procedimentos adotados; zelem pela adoção de padrões internacionais de auditoria; bem como ampliem a qualidade técnica do processo de coleta e avaliação das evidências; e ainda aperfeiçoem os planos de capacitação voltados para membros, servidores, jurisdicionados e cidadãos.

A fim de incrementar o controle social, os tribunais de contas podem proporcionar a melhoria da qualidade das informações prestadas em seus portais da internet; desenvolver planos de comunicação institucionais e ainda ampliar as atividades de ouvidoria.

O aperfeiçoamento das ações de controle externo, aliado ao controle social eficaz, revela-se fundamental diante da ineficiência na prestação de serviços públicos; da inadequada capacitação dos gestores e servidores públicos; da falta de transparência das ações governamentais; bem como da deficiência dos controles que mitiguem o risco de que os integrantes da alta administração atuem vislumbrando interesse diverso do interesse público.

Segundo Campos (1990), a sociedade deve exercer o controle de forma a cobrar do governo aquilo a que tem direito, sendo um desses mecanismos de controle a participação da sociedade civil

na avaliação das políticas públicas, fazendo recomendações a partir dessa avaliação.

A autora ressalta, ainda, que é urgente o desenvolvimento de instituições na sociedade que favoreçam a recuperação da cidadania, pois a cidadania organizada pode influenciar não apenas o processo de identificação das demandas, mas também pode cobrar melhor desempenho do serviço público.

O nível de desenvolvimento de um país está diretamente relacionado ao nível de participação social e, no caso brasileiro, esta participação apresenta-se ainda de forma incipiente. A melhoria das ações de controle externo pode contribuir para o aumento do controle social e, por consequência, favorecer a consolidação da democracia.

A adoção de boas práticas atualmente adotadas pelos tribunais de contas, bem como o compartilhamento dessas ações entre as cortes de contas pode facilitar o processo de aprimoramento do sistema de controle externo, propiciando o alcance das metas e dos resultados institucionais.

Dessa forma, o controle da administração pública somente será pleno e efetivo se houver o fortalecimento das instituições de controle e a promoção de iniciativas voltadas para a participação popular, a fim de reduzir a malversação do patrimônio e recursos públicos, de forma a proporcionar a melhoria da efetividade e eficiência da gestão pública em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEJARRA, L. E. O. A criação do Tribunal de Contas na história constitucional brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3952, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27898>. Acesso em: 4 mar. 2018.

ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas**: diretrizes e marco de medição de desempenho. Brasília: Atricon, 2017a. 292p.

ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Boas Práticas dos Tribunais de Contas do Brasil**. Brasília: Atricon, 2017b. Disponível em: <https://boaspraticas.atricon.org.br/>. Acesso em: 21 fev. 2018.

ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Resultados do MMD-TC 2017**. Brasília: Atricon, 2017c. Disponível em: <http://qatc.atricon.org.br/>. Acesso em: 19 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao37.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao46.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/ constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Decreto n. 966-A, de 7 de nov. de 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2017. Altera o artigo 22, altera o inciso III do art. 52, altera o artigo 73, acrescenta o artigo 73-A, altera o parágrafo único do art. 75, altera a alínea "r" do inciso I do artigo 102, todos da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 29-A e 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para modificar a forma de composição dos Tribunais de Contas, criar o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e adotar outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent. com/23search?q=cache:G5EniLXeFeAJ:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acordo de cooperação técnica que entre si celebram os Tribunais de Contas brasileiros, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil e o Instituto Rui Barbosa para a realização de levantamento de informações em governança pública e aquisições nas organizações estaduais e municipais**. Brasília, DF: TCU, 2014b. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/governanca/projetos-relacionados/governanca-publica/documentos/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública**. Versão 2 – Brasília, DF: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014a. 80 p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Levantamento**. GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC 020.830/2014-9. Brasília, DF, TCU, maio, 2015. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp? fileId=8A8182A24E08D405014E0D42E95B3708>. Acesso em: 02 de mar. 2018.

CAMPOS, A. M. **Accountability**: quando poderemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, fev. /abr. 1990.

CAPOBIANCO, J. M. **Composição e atribuições dos tribunais de contas no Brasil**. Fev. 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6965/ Composicao-e-atribuicoes-dos-tribunais-de-contas-no-Brasil>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CASTRO NETO, J.A.de. **Tribunais de Contas:** caminhos para um novo foco de atuação. Maio, 2016. Disponível em:<http://www.atricon.org.br/artigos/tribunais-de-contas-caminhos-para-um-novo-foco-de-atuacao/>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CASTRO, S.H. R. de; KNOPP G. **Controle de Resultados**: a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para a Melhoria da gestão pública e da accountability democrática. In XVI Congreso Internacional delclad sobre la Reforma del Estado y de la Administración

Pública, Asunción, Paraguay, 8 – 11. Nov. 2011. Disponível em <http://api.ning.com/files/VMsvMz7lfvUdQzKVUdes UQG1alBKq4vVms9rD3iOPrVvqNO-3alaTZHzhBQ*iF1QqUzvMfkBsXth91yYzNPPLL8dEHsy2WJF/ Clad_2011_TCEMG.pdf>. Acesso em: 06 de fev. 2018.

CEARÁ (Estado). Tribunal de Contas. **Instagram do TCE Ceará**: mais informação a serviço do cidadão. Fortaleza, CE, 2018. Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/comunicacao/noticias/2971-instagram-do-tce-ceara-mais-informacao-a-servico-do-cidadao>. Acesso em: 20 fev. 2018.

COUTINHO, D.T.P.C. de M. Uniformização da legislação dos tribunais de contas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 181-201, out. /dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p181>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Resolução nº 300, de 29 de novembro de 2016. Estabelece prazos para apreciação e julgamento dos processos e metas de redução de estoque processual no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Vitória, ES, nov. 2016. Disponível em <https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Res300-2016-Estabelece-prazos-processos-1.pdf>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Tribunal de Contas do Estado supera em 100% meta de julgamentos em estoque**. Vitória, ES, 2018. Disponível em <https://www.tce.es.gov.br/tribunal-de-contas-do-estado-supera-em-100-meta-de-julgamentos-em-estoque/>. Acesso em: 18 mar. 2018.

IBOPE. **Para brasileiros, tribunais de contas são essenciais no combate à corrupção e à ineficiência, revela pesquisa Ibope/CNI**. Ago, 2016. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/imprensa/para-brasileiros-tribunais-de-contas-sao-essenciais-no-combate-a-corrupcao-e-a-ineficiencia-revela-pesquisa-ibopecni/>. Acesso em: 23 fev. 2018.

IRB - Instituto Rui Barbosa. Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM BRASIL) – 1º Anuário 2015. Belo Horizonte: IRB, 2016a. 370 p.

IRB - Instituto Rui Barbosa. **Institucional**. Belo Horizonte: IRB, 2016b. Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/site/index.php/2014-11-04-14-23-27/institucional>. Acesso em: 27 fev. 2018.

IRB - Instituto Rui Barbosa**. Normas brasileiras de auditoria do setor público NBASP**: Nível 1 – princípios basilares e pré-requisitos para o funcionamento dos tribunais de contas brasileiros. Belo Horizonte: IRB, 2015. 90 p.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Tribunal de Contas. **Indicadores de Saúde:** Informações sobre a saúde nos municípios Sul-Mato-Grossenses. Campo Grande: DGGM, 2014. 244 p. (Série Transparência, 4).

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Tribunal de Contas. **Insucesso Escolar – Abordagem Financeira – 2011/2016**. Campo Grande: ESCOEX, 2017. 228p. (Série Transparência, 7).

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). Tribunal de Contas. **Seminário inédito no TCE debaterá questão das obras paralisadas e inacabadas no Estado**. Natal, 2017. Disponível em: <http://www.tce.rn.gov.br/Noticias/NoticiaDetalhada/3464>. Acesso em: 02 mar. 2018.

IMPLANTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE QUALIDADE EM BUSCA PELA EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RN

Autor: José Anderson Souza de Salles

RESUMO

O presente tem o objetivo de identificar oportunidades de melhorias de trabalho que possam contribuir com a busca pela efetividade, eficácia e eficiência do cumprimento das decisões condenatórias do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte – TCE/RN e, ainda, servir de modelo de atuação, de modo a viabilizar um incremento na arrecadação própria do Estado, dos municípios e da própria Corte Potiguar de Contas, em tempos de crise financeira e fiscal. Para isso, inicialmente, foi realizada uma pesquisa teórico-descritiva na legislação vigente acerca da natureza jurídica, da eficácia e do panorama atual em que se encontram essas decisões. Em seguida, procedeu-se ao mapeamento do fluxo de atividades desempenhadas pelos setores envolvidos, com a utilização da técnica de modelagem de processos denominada *Business Process Model and Notation* – BPMN. Como fruto deste mapeamento, apresenta-se uma série de recomendações de atualização no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal e de medidas que podem ser efetivadas por meio de uma nova Resolução. Por fim, identificou-se que a implementação das boas práticas apresentadas depende da constituição de uma coordenadoria especializada na execução das decisões do Órgão, que tenha como objetivo concretizar a implantação desta política de qualidade, promover as mudanças organizacionais necessárias e estabelecer indicadores de metas de desempenho voltados à contínua melhoria na prestação destes serviços.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas. Controle Externo. Decisões condenatórias. Procedimentos de cobrança. Gerenciamento de processos.

1 INTRODUÇÃO

Por força do princípio da simetria constitucional, consagrado no artigo 75 da Constituição Federal, é imposto, no que couber, aos demais entes federados, o modelo jurídico-constitucional desenhado para o Tribunal de Contas da União - TCU quanto à organização, composição e competências. Ou seja, as regras estabelecidas para o TCU deverão ser observadas pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – onde existirem.

Infere-se, que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte – TCE/RN é um órgão público dotado de autonomia administrativa, orçamentária, financeira e de independência funcional, que retira o fundamento de validade de suas atribuições, das prescrições contidas nos artigos 71 a 75 da Constituição da República e que estão concretizados na Constituição Estadual, na Lei Complementar Estadual nº 464, de 5 de Janeiro de 2012 (Lei Orgânica do TCE/RN) e nas resoluções (atos normativos) expedidas pela própria Corte.

Nessa toada, as decisões provenientes do exercício do controle externo, no âmbito dos processos de contas do TCE/RN, apresentam três dimensões, a saber: *i*) política; *ii*) indenizatória; e, *iii*) sancionatória.

A primeira guarda relação com a responsabilidade político administrativa do administrador responsável, atingindo seus direitos políticos com inabilitação para exercer cargo público eletivo e com a extinção de mandato eletivo; já a segunda, diz respeito à responsabilização civil pelo prejuízo causado ao erário; e a terceira, possui natureza de sanção, castigo, punição, o que possibilita a aplicação de penalidades como multas, inabilitação para exercer função pública e declaração de inidoneidade para participar de licitações.

Entretanto, o cumprimento das decisões com o respectivo recolhimento dos valores aos entes beneficiários é realizado de modo praticamente inexpressivo no âmbito estadual e de forma ainda mais grave nos municípios, que muitas vezes sequer possuem procuradores em seu quadro funcional e realizam a contratação de escritórios de advocacia privados, tornando reduzidos os efeitos da atuação do TCE/RN.

Com efeito, o assunto sempre provocou dúvidas e promoveu debates na doutrina e nos tribunais superiores, de forma que se faz necessário averiguar a seguinte questão de pesquisa: quais os atuais procedimentos adotados e o que é necessário para dar maior efetividade, eficácia e eficiência ao cumprimento das decisões condenatórias do TCE/RN?

Delimitando-se o objeto de pesquisa, vale registrar que condenatórias são aquelas decisões que resultam na imputação de débitos ou multas (dimensões indenizatórias e sancionatória, respectivamente), e que por frontal incompatibilidade com os procedimentos de cobrança adotados em organizações privadas, o tema será analisado sob o prisma do direito público e o estudo de seus impactos, a fim de eliminar possíveis desperdícios ao longo daquilo que é atualmente adotado para dar efetividade as decisões condenatórias, com vistas a uma atuação eficaz e eficiente da Corte de Contas Potiguar, consagrando os princípios que norteiam a Administração Pública.

Desse modo, com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento deste cenário de baixa efetividade, a presente investigação será desenvolvida por meio de uma pesquisa teórico-descritiva que, inicialmente, buscará compreender melhor a natureza jurídica e a eficácia das decisões dos Tribunais de Contas.

Após, será realizado um exame técnico na legislação que rege procedimentos executórios adotados para dar efetividade as decisões do TCE/RN, bem como, serão apresentados dados que demonstram o atual panorama em que se encontram os trabalhos desempenhados pela Corte.

Em seguida serão explicitadas as atividades desempenhadas pelos setores envolvidos e o mapeamento do atual fluxograma dos processos de execução das decisões do TCE/RN, elaborado no padrão *Business Process Model and Notation* – BPMN, com vistas a identificar gargalos e propor oportunidades de melhorias de trabalho que possam contribuir com o aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança e, ainda, servir como um modelo de atuação, que possa viabilizar um incremento na arrecadação própria do Estado, dos municípios e da própria Corte Potiguar de Contas, em tempos de crise financeira e fiscal.

Por fim, procuraremos responder, de forma concisa, os questionamentos levantados acima, apresentando os aspectos considerados mais relevantes do estudo elaborado.

2 OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES

Inicialmente, cumpre lembrar que o controle externo, em sentido amplo, é toda fiscalização exercida por um ente que não integra a estrutura na qual o fiscalizado está inserido. Todavia, no Brasil, a Constituição Federal atribuiu a titularidade do controle externo ao Poder Legislativo, exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Dessa forma, é possível afirmar, com base na Declaração de Lima[1] e na Constituição Federal do Brasil, que o Tribunal de Contas da União – TCU é a Entidade Fiscalizadora Superior do País, com competências próprias e privativas para auxiliar o Congresso, com autonomia e independência.

Por força do princípio da simetria constitucional, consagrado no artigo 75 da Constituição Federal, é imposto, no que couber, aos demais entes federados, o modelo jurídico-constitucional desenhado para o TCU quanto à organização, composição e competências. Ou seja, as regras estabelecidas para o Tribunal de Contas da União deverão ser observadas pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – onde existirem.

Apesar de o artigo 71, II, da Constituição Federal ter conferido função judicante as Cortes de Contas, por dedução lógica, estas não fazem parte do Poder Judiciário, pois não constam do artigo 92, da Constituição Federal, que trata sobre os órgãos deste Poder, mas realizam uma equiparação entre as atribuições destas instituições para fins de organização interna, garantias, prerrogativas e impedimentos.

Infere-se, assim, que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte – TCE/RN retira o fundamento de validade de suas atribuições, das prescrições contidas nos artigos 70 a 75 da Constituição da República e que estão concretizados na Constituição Estadual, na Lei Complementar Estadual nº 464, de 5 de Janeiro de 2012 (Lei Orgânica do TCE/RN) e nas resoluções (atos normativos) expedidas pela própria Corte.

Os artigos 70 e 71 da Constituição Federal e 22, § 1º, e 53 da Constituição Estadual atribuem, como regra, competência ao TCE/RN para julgar as contas de gestão dos administradores públicos, por meio de um julgamento técnico sob o prisma da legalidade, legitimidade e eficiência. Apenas julgamentos de caráter predominantemente político, nos casos das contas de Governo, são realizados pelo próprio titular do Controle Externo, ou seja, o Poder Legislativo, as quais recebem um Parecer Prévio da Corte de Contas.

Por conseguinte, nos termos do § 3º do art. 71 da CF, "*As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*". Tal dispositivo denota a intenção do legislador constituinte em atribuir as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Contas força executiva semelhante a importância conferida ao controle externo da Administração Pública no panorama institucional brasileiro.

E aqui vale discriminar que apesar de ambos serem expressos monetariamente, os débitos e as multas possuem natureza jurídica distinta.

Conforme ensina Carrilho Chaves (2009), o débito possui natureza de responsabilização civil pelo prejuízo causado ao erário (e por isso deve ser recolhido aos cofres do ente lesado), ao passo que as multas possuem natureza de sanção (razão pela qual, deverão ser revertidos, *in casu*, em favor do Fundo de Reaparelhamento e Aperfeiçoamento - FRAP do TCE/RN, legalmente constituído para esse fim).

[1] A Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria foi adotada no IX Congresso da INTOSAI, em 1977, e é reconhecida como a magna carta da auditoria governamental, estabelecendo de normas de auditoria para o setor governamental. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/declaracao-de-lima.htm

Débito é o dano quantificado em termos monetários, cuja imputação visa recompor o patrimônio lesado, seu ressarcimento aos cofres públicos faz com que o patrimônio retorne ao mesmo estado que possuía antes da lesão. Já a multa é penalidade de natureza pecuniária que deve ser recolhida ao patrimônio do ente federado ao qual pertença o Tribunal de Contas sancionador (CARRILHO CHAVES, 2009).

Resta ainda fazer mais uma distinção acerca do débito e da multa, agora quanto a prescritibilidade da pretensão punitiva aos agentes que praticaram atos ilícitos e/ou ilegítimos. Com efeito, em caso de óbito do responsável, os sucessores respondem a obrigação de reparar os danos causados até o limite do patrimônio transferido, porém, nesse caso, as multas serão declaradas extintas devido ao caráter personalíssimo da sanção cominada.

Acerca da competência para ajuizar a cobrança dos débitos e das multas aplicadas pelas Cortes de Contas, como pode ser observado no Recurso Extraordinário nº 699986/RJ, o Supremo Tribunal Federal – STF já firmou entendimento acerca da competência para ajuizar a cobrança dos débitos e das multas aplicadas pelas Cortes de Contas, sob a acepção de que esses não possuem titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto sobre suas decisões condenatórias e, mesmo dotadas com força de título executivo, não podem ser interpostas diretamente por eles, devendo, para tanto, valer-se do ente público beneficiário da condenação.

Assim, no que concerne às decisões condenatórias do TCE/RN, o ressarcimento dos valores imputados como débito aos cofres municipais ou estadual deve ser cobrado em favor da Fazenda Pública que teve seu erário lesado (Estadual ou Municipal), por intermédio da Procuradoria Geral do Estado, Procuradorias dos Municípios, ou Departamentos Jurídicos de Autarquias e Empresas Públicas.

Por outro lado, tem-se que o artigo 138, da Lei Complementar Estadual 121/1994, instituiu o Fundo de Reaparelhamento e Aperfeiçoamento – FRAP do TCE/RN, estabelecendo que as multas cominadas pelo Tribunal no exercício do controle externo, inclusive aquelas cobradas judicial ou extrajudicialmente pela Procuradoria-Geral do Estado, devem ser revertidas para o desenvolvimento dos recursos humanos, aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e reaparelhamento do Tribunal de Contas.

Nessa esteira, conforme será visto adiante, para fazer valer tais competências institucionais atribuídas constitucionalmente, o TCE/RN utiliza-se de processos administrativos próprios definidos em sua Lei Orgânica e deliberações de caráter normativo, que são submetidos ao devido processo legal com ampla oportunidade de defesa e contraditório, sendo os débitos e multas aplicados somente quando evidenciada a prática ilícita dos responsáveis em desfavor do ordenamento jurídico.

3 PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO TCE/RN

Tendo em vista o que foi abordado na primeira parte do trabalho, o conteúdo condenatório das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas com a consequente imputação de débitos e/ou cominação de multas aos responsáveis, possui eficácia de título executivo.

Em atenção ao processo de execução, Fredie Didier Junior *et al* (2012) esclarecem que este tem o objetivo de materializar a condenação imposta – por juiz ou colegiado – no processo de conhecimento para lhe dar efetividade.

Ocorre que, buscando atingir sua finalidade, a Administração Pública se utiliza de diversificados procedimentos, que recebem a denominação comum de processo administrativo. Por isso, impõe-se distinguir e esclarecer, inicialmente, que processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de resultado sobre uma controvérsia – seja no âmbito judicial ou administrativo – e o procedimento, por seu turno, é o modo de realização do processo.

Nas palavras de Hely Lopes Meireles (2003, pág. 152), procedimento administrativo "é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração".

Com efeito, no que diz respeito aos processos de execução das decisões do TCE/RN (dos quais são compostos por créditos oriundos de ressarcimento ao erário, denominados como "débitos", e por créditos de multas), o ato final a ser alcançado é o adimplemento das obrigações impostas ao gestor responsável, o que envolve uma sucessão ordenada de atos e operações em âmbito administrativo e judicial para alcançar o ato administrativo principal que é dar efetividade a competência atribuída pelo inciso II, do artigo 71, da Constituição Federal, aos Tribunais de Contas.

Entretanto, apesar do progressivo reconhecimento dado ao controle externo, a execução de suas decisões sempre provocou dúvidas e promoveu debates. Somente em 27 de outubro de 2011 foi elaborada e aprovada a Carta de Palmas, documento que realiza recomendações e descreve práticas facilitadoras ao cumprimento das decisões, caracterizando uma tentativa de minimizar as diferenças entre os procedimentos de cobrança e execução nas Cortes de Contas.

Demais disso, o TCE/RN fez valer sua função normativa, prerrogativa constitucional contida no artigo 96, I, "a", da Constituição Federal. Visando regulamentar tais procedimentos, em 13 de novembro de 2012, a Corte Potiguar expediu a Resolução nº 028/2012 – TCE, que em 24 de setembro de 2015 sofreu atualizações pela Resolução nº 013/2015 – TCE.

A atual sistemática pode ser dividida, para efeitos didáticos, em duas fases. A fase inicial que é regulamentada por meio dos artigos 5º a 24 Resolução nº 013/2015 – TCE, que tratam do cumprimento da obrigação de forma voluntária, ainda no âmbito do Tribunal. Já na segunda fase, regulamentada por meio dos artigos 25 e seguintes da mesma Resolução, o TCE/RN toma providências para a satisfação da decisão de forma compulsória com a instauração de um processo autônomo de execução.

Denota-se que a fase inicial é preliminar à segunda, no sentido de que o Tribunal deve tomar todas as providências administrativas cabíveis para ver satisfeito o crédito público, mas havendo pagamento voluntário por parte do devedor, a fase de execução forçada nem sequer deve ser iniciada.

A Corte inicia a primeira fase do procedimento de execução com a citação do interessado para, em conformidade com os artigos 117, de sua Lei Orgânica e 14 da Resolução nº 013/2015 – TCE, no prazo de cinco dias, efetuar e comprovar o recolhimento voluntário da quantia correspondente

ao débito que lhe tiver sido imputado e/ou da multa que lhe houver sido cominada.

Essa certidão tem como principal função materializar o Acórdão em instrumento hábil à propositura da ação de execução, tornando a dívida certa, líquida e exigível, como manda o artigo 783 do Código de Processo Civil – CPC. Nesse momento, o TCE/RN inicia a segunda fase do tramite processual, com a execução forçada da decisão.

Já o instrumento de citação do responsável, por sua vez, deve indicar o prazo, o valor, a identificação dos credores, bem como o meio de realização da quitação da dívida, mediante documento de arrecadação (no caso das multas, o TCE/RN promove o pagamento com a confecção de boleto bancário próprio, já no caso dos débitos – ressarcimento ao erário – o ente beneficiário, estadual ou municipal, é quem confecciona o documento de arrecadação).

Outrossim, em conformidade com o que estabelece o art. 20 da Resolução nº 013/2015 – TCE, o requerimento de parcelamento pelo responsável deverá ser formalizado no sítio eletrônico do Tribunal, Portal do Responsável, sendo confirmado com o pagamento da primeira parcela, o que implicará no deferimento automático do parcelamento.

Na hipótese de ocorrer o recolhimento do valor no prazo legal, ou ainda se o responsável pela dívida requerer o seu parcelamento, será extraída, por meio da unidade administrativa competente para os atos de execução, a certidão declaratória de identificação dos valores devidos e aqueles efetivamente recolhidos.

Com efeito, a certidão deve indicar a forma de recolhimento, cujos pagamentos e informações serão controlados, permanecendo registrado no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal, o que viabiliza consultas posteriores. Finalizado o processo de recolhimento integral ou parcelamento, será extraído o nome do responsável do Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados – CADINQ e o processo será arquivado.

Nos termos do artigo 22 da Resolução em comento, após o trânsito em julgado da decisão, faz-se necessária a instauração de processo autônomo de execução, de sorte que, com o objetivo de dar maior agilidade, transparência e segurança à gestão dos documentos, os processos tramitarão sempre por meio eletrônico.

Por sua vez, o artigo 23 estabelece que o processo originário da decisão exequenda será digitalizado e armazenado no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal, com a posterior remessa ao órgão de origem.

Caso não recolha a dívida, a unidade administrativa do Tribunal responsável pelos atos de execução (Diretoria de Atos e Execuções – DAE) constituirá, com fulcro no artigo 24 da Resolução nº 013/2015 – TCE, o processo autônomo de execução com a imediata inclusão do responsável no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados – CADINQ do Tribunal, bem como com a confecção de certidão narrativa dos principais eventos do processo originário.

Dessa forma, se o responsável quedar inerte, iniciar-se-á a segunda fase do tramite processual, com a execução forçada da decisão do TCE/RN.

Uma vez constituído o processo autônomo de execução, liquidada a multa cominada, o

Tribunal realizará consulta sobre a existência de vínculo do responsável com a Administração Pública, devendo proceder, em caso positivo, à notificação do titular do órgão responsável pela elaboração da folha de pagamento para realizar o desconto de forma integral ou parcelada, da dívida em seus respectivos subsídios, salários ou proventos, observando os limites legais, em conformidade com o artigo 339, inciso II, do Regimento Interno do TCE/RN e artigo 25, § 1º, inciso I, da Resolução nº 013/2015 – TCE.

Caso inviabilizada a execução da multa cominada mediante desconto em folha, o Tribunal poderá encaminhar a decisão exequenda para protesto, acompanhada da certidão narrativa e da respectiva memória de cálculos dos créditos, na forma do artigo 25, § 1º, inciso II, da Resolução nº 013/2015 – TCE e com fulcro no art. 1º, da Lei nº 9.242, de 10 de setembro de 1997.

Por oportuno, registre-se que em 13 de outubro de 2016, o TCE/RN firmou Termo de Cooperação com o Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil, seção do Rio Grande do Norte – IEPTB/RN, para promover o protesto em cartório das multas cominadas pela Corte de Contas.

A regulamentação por meio da mencionada Resolução e a assinatura do Termo de Cooperação proporcionaram, ao TCE/RN, a possibilidade de encaminhar créditos relativos a multas cominadas no exercício do controle externo nos cartórios de protesto com jurisdição no Estado por meio de sistema eletrônico oferecido pelo IEPTB/RN, sem custos operacionais adicionais.

Ato contínuo, observa-se que uma vez frustradas as tentativas de execução das multas ou em se tratando de ressarcimento ao erário, o processo autônomo de execução será remetido, na forma do artigo 28, da Resolução nº 013/2015 – TCE, ao Ministério Público de Contas do Rio Grande do Norte – MPC/RN, órgão que atua na defesa dos interesses da sociedade no que concerne ao gasto do dinheiro público.

Em linhas gerais, por meio dos artigos 28, 29 e 39, a Resolução em comento consagrou o rol de atribuições conferidas pela Lei Complementar Estadual nº 178/2000, artigo 3º, incisos VII, VIII e IX, ao MPC/RN, no momento de sua incorporação à estrutura básica do TCE/RN, com as respectivas competências para: *i*) intermediar a cobrança judicial da dívida, encaminhando o processo de execução às autoridades legitimadas para fins de inscrição na Dívida Ativa e propositura da ação de execução judicial; e *ii*) realizar o acompanhamento das providências adotadas pelo responsável, que devem prestar informações pormenorizadas acerca do que foi adotados no prazo de trinta dias, contados do recebimento das informações.

Nesse sentido, diante de omissão, inércia ou ineficácia do agente responsável pelo ajuizamento da ação de execução, o *Parquet* de Contas promoverá representação ao TCE/RN, para fins de apuração de responsabilidade, e ao Ministério Público Estadual – MP/RN, para apuração de eventual ocorrência de ato de improbidade administrativa ou de ilícito penal.

Ocorre que, apesar dos esforços em regulamentar os procedimentos de execução das decisões condenatórias do TCE/RN, constatou-se que a prática adotada para operacionalizar a sistemática tem consistido em inscrever os responsáveis no cadastro de inadimplentes e encaminhar os autos dos processos de contas aos responsáveis pela propositura da execução judicial, para fins inscrição em dívida ativa e execução forçada.

Desde a regulamentação dos procedimentos executórios pelas Resoluções 24/2012-TCE e 13/2015-TCE, no período entre 1º de janeiro de 2013, até 31 de dezembro de 2017, o TCE/RN instaurou 5.278 processos autônomos de execução[2], dos quais são compostos por débitos (imposição de ressarcimento ao erário) e multas.

Desse quantitativo de processos, observa-se um total de 2.850 dívidas oriundas de ressarcimento ao erário (débitos), cujos valores originais são de R$ 180.599.153,04 (cento e oitenta milhões e quinhentos e noventa e nove mil e cento e cinquenta e três reais e quatro centavos), que em valores atualizados até dezembro de 2017, alcançam o montante de R$ 526.443.214,38 (quinhentos e vinte e seis milhões e quatrocentos e quarenta e três mil e duzentos e quatorze reais e trinta e oito centavos).

Por outro lado, o TCE/RN registrou a quantidade de 7.178 dívidas oriundas de multas aplicadas pela Corte. Seus valores originais totalizam R$ 47.014.193,85 (quarenta e sete milhões e quatorze mil e cento e noventa e três reais e oitenta e cinco centavos) e, atualizados até dezembro de 2017, representam um montante de R$ 87.123.232,93 (oitenta e sete milhões e cento e vinte e três mil e duzentos e trinta e dois reais e noventa e três centavos).

No que concerne ao encaminhamento dos autos para fins de execução judicial, verificou-se que, entre o período de 1º de janeiro de 2013 até 31 de dezembro de 2017[3], o MPC/RN encaminhou 2.006 (dois mil e seis) processos de execução com imposição de ressarcimento ao erário, que em valores atualizados totalizam um montante de R$ 408.521.790,26 (quatrocentos e oito milhões e quinhentos e vinte e um mil e setecentos e noventa reais e vinte e seis centavos). Ou seja, 77% (setenta e sete por cento) das dívidas de ressarcimento ao erário constituídas pelo TCE/RN, foram remetidas para serem executadas pelos entes beneficiários, porém, tendo em vista que toda a comunicação entre os órgãos envolvidos é realizada por meio de ofício, não há registros do quanto efetivamente retornou aos cofres públicos do estado ou dos municípios potiguares.

Por sua vez, O MPC/RN registra que foram encaminhados 1.184 (um mil e cento e oitenta e quatro) processos de execução de multas, que perfazem um total atualizado de R$ 25.351.175,11 (vinte e cinco milhões e trezentos e cinquenta e um mil e cento e setenta e cinco reais e onze centavos). O que significa que pouco mais de 29% (vinte e nove por cento) das dívidas de multa foram encaminhadas para registro na dívida ativa e execução judicial por parte da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte – PGE/RN.

Com a atual sistemática, no que diz respeito à arrecadação das multas à conta FRAP do TCE/RN, levantamentos feitos junto ao Portal de Transparência do Tribunal de Contas do RN[4] nos trazem os dados que se seguem:

---

[2] Os dados foram fornecidos pela Diretoria de Atos e Execuções – DAE do Tribunal, obtidos do banco de dados do sistema de acompanhamento de processos do TCE/RN, em 8 de fevereiro de 2018.
[3] Os dados foram fornecidos pela Procuradoria-Geral do MPC/RN, obtidos do banco de dados do controle de encaminhamento de informações aos jurisdicionados, em 8 de fevereiro de 2018.
[4] Dados disponíveis em: <http://www.tce.rn.gov.br/Transparencia/Receitas> Acesso em: 10 fevereiro. 2018.

Tabela 01 – Arrecadação das multas à conta FRAP do TCE/RN.

	Arrecadação realizada		
Ano	**pelo TCE (R$)**	**pela PGE (R$)**	**TOTAL (R$)**
2013	275.786,09	0,00	275.786,09
2014	263.272,16	0,00	263.272,16
2015	263.122,62	180.175,70	443.298,32
2016	505.580,11	158.236,37	663.816,48
2017	500.934,75	240.241,72	741.176,47
TOTAIS	**1.808.695,73**	**578.653,79**	**2.387.349,52**

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tendo em vista que o valor atualizado das dívidas de multa ultrapassa o montante de 84 milhões de reais, infere-se que estamos diante de um cenário de baixa efetividade, uma vez que o índice de efetividade das decisões do TCE/RN que imputaram multa aos seus jurisdicionados alcançou um percentual de 2,74% (dois inteiros e setenta e quatro décimos de milésimo por cento).

Diante disto e considerando a alta demanda de valores e processos envolvidos, mostra-se fundamental que para alcançar melhores resultados, além do aperfeiçoamento dos métodos e técnicas de fiscalização, a Corte Potiguar de Contas deve voltar esforços para maior eficácia de suas decisões.

Por oportuno, devemos ressaltar que a opção pela cobrança judicial é apenas uma das vias colocadas à disposição do credor para o recebimento das dívidas, a qual o Conselho Nacional de Justiça – CNJ[5] recomenda sua utilização somente como última alternativa, quando frustrado todos os meios de cobrança administrativa ou extrajudicial e, ainda assim, se for viável, ou seja, quando for possível atingir seu único objetivo, que é a satisfação do crédito.

Isto porque a sistemática da cobrança judicial da dívida pública tem gerado milhares de processos em tramitação e provocado sérios entraves ao regular funcionamento do Poder Judiciário, impedindo a agilidade que se busca na cobrança de valores e a eficiência administrativa.

Nesse sentido, registre-se que apesar da assinatura do Termo de Cooperação com o IEPTB/RN em 13 de outubro de 2016, até 31 de dezembro de 2017 o Tribunal encaminhou, apenas, 103 (cento e três) dívidas de multas para registro nos cartórios de protesto, que totalizam um valor atualizado de R$ 275.471,21 (duzentos e setenta e cinco mil e quatrocentos e setenta e um reais e vinte e um centavos), dos quais R$ 13.358,58 (treze mil e trezentos e cinquenta e oito reais e cinquenta e oito centavos) ingressaram à conta FRAP do TCE/RN[6].

Em valores atualizados, as dívidas encaminhadas para protesto representam somente 0,31%

[5] A META Nº 5, Metas Nacionais do Poder Judiciário para 2018, visa estabelecer, na Justiça Estadual, uma política de desjudicialização e enfrentamento do estoque de processos de execução fiscal. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/dc349b1eb873034fb453defc045d1780.pdf Acesso em: 10 fevereiro. 2018.

[6] Os dados foram fornecidos pela Diretoria de Atos e Execuções – DAE do Tribunal, obtidos do banco de dados do sistema de acompanhamento de processos do TCE/RN, em 8 de fevereiro de 2018.

(trinta e um décimas por cento) do montante total de dívidas de multa constituídas, entretanto, constamos que 2,67% (dois inteiros e sessenta e sete décimos de milésimo por cento) do que foi arrecadado pelo TCE/RN no ano de 2017 são oriundos dos registros nos cartórios de protesto.

A busca por resultados impõe a necessidade de acelerar os procedimentos de cobrança dos créditos, evitar erros de inscrição e nulidades, bem como aumentar a arrecadação do Estado, dos municípios e da própria Corte Potiguar de Contas, em tempos de crise financeira e fiscal.

Nessa toada, vislumbra-se a necessidade de avaliar oportunidades de melhorias para os setores envolvidos, com o estabelecimento de medidas que visem o uso dos instrumentos alternativos de cobrança pela via administrativa, tais como: cobrança bancária, conciliação extrajudicial com previsão de parcelamento, desconto em folha dos devedores que possuem vínculo com a administração pública, protesto do título em cartório e a inscrição dos devedores em entidades de proteção ao crédito (SPC e SERASA).

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA POR RESULTADOS: OPORTUNIDADES DE MELHORIA E DISCUSSÕES

A partir da análise das normas de regência, realizadas nos capítulos anteriores, evidenciamos a existência de um complexo fluxo de atividades. Entretanto, constatamos que os instrumentos alternativos de cobrança pela via administrativa disponíveis são subutilizados e que os procedimentos de execução das decisões condenatórias do TCE/RN, sinteticamente, resumem-se ao encaminhamento dos autos dos processos de execução ao MPC/RN que, por sua vez, remete os processos aos órgãos responsáveis por inscrever os créditos em dívida ativa e ajuizar o título executivo judicialmente.

É cediço que a necessidade de constantes mudanças e transformações nas organizações, sejam elas públicas ou privadas, é um dos efeitos causados pela globalização, fato que torna indispensável o continuo estudo da administração, com a realização das melhores ações possíveis, com os recursos disponíveis, na busca pelo alcance de objetivos definidos.

A ciência da administração é tradicionalmente definida como o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso de recursos a fim de alcançar objetivos organizacionais predefinidos, sofrendo variações, em seu conteúdo, de acordo com a ênfase e com a teoria considerada (CHIAVENATO, 2004).

A expressão “administração pública”[7], por sua vez, exprime dois sentidos, divididos em subjetivo pela ótica dos executores que exercem a atividade administrativa (conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas de todos os poderes) e objetivo, que é a própria atividade pública consistente em defender o interesse público (CARVALHO FILHO, 2014).

Infere-se que o regime jurídico-administrativo a que a Administração Pública se submete reflete no modelo de administração burocrática ainda presente atualmente no Brasil que, segundo

[7] Usualmente, os autores utilizam letras iniciais maiúsculas para fazer referência à administração pública em sentido subjetivo e letras iniciais minúsculas para se referir ao sentido objetivo.

Chiavenato, é caracterizado principalmente por uma autoridade racional-legal para influenciar o comportamento das pessoas na organização e conseguir que normas e regras sejam seguidas para a máxima eficiência (CHIAVENATO, 2007).

O autor explica, também, que a burocracia pode gerar certas disfunções inesperadas em sua aplicação, como a internalização das regras e o apego aos regulamentos, o excesso de formalismo e a resistência às mudanças. Nesse sentido, ressaltamos que algumas oportunidades de melhoria que são identificadas e aplicadas no setor privado são mais complicadas de serem implementadas, ou até inexequíveis, quando se trata de Administração Pública.

Consta que o gerenciamento de atividades por processos na administração pública brasileira tem consistido na utilização das boas práticas previstas no guia *Business Process Management Common Book Of Knowledge* -- BPM CBOK (CURY, 2012), de modo a versão 3.0 do Guia (2013) apresenta o gerenciamento de processos de negócios como uma disciplina que integra estratégias e objetivos de uma organização, não como uma metodologia a ser aplicada, mas como um guia de melhores práticas na busca por identificar, desenhar, medir e aperfeiçoar as atividades a serem desempenhadas.

Kaplan leciona que "*não se pode gerenciar o que não se pode medir*" (KAPLAN; NORTON, 2004). Com efeito, o mapeamento dos processos garante uma visão geral da organização, compreendendo as atividades executadas pelos agentes envolvidos e a complexidade do fluxo ao longo do tempo.

O Guia BPM CBOK (2013) apresenta várias técnicas de modelagem de processos tais como: *Business Process Model and Notation* – BPMN, *Unified Modeling Language* – UML, *Integrated Definition* – IDEF, *Event-driven Process Chaon* – EPC, entre outras.

Contudo, por ser apontada como a mais completa e como aquela que foi desenvolvida de forma a facilitar a leitura e a interpretação do público externo, resolvemos tomar como base em nosso projeto a técnica BPMN, para modelar os procedimentos executórios adotados para dar cumprimento as decisões condenatórias do TCE/RN.

A referida modelagem, que será apresentada na Figura 1, seguiu o passo a passo das tarefas desempenhadas pelos servidores do órgão de controle externo, as quais foram expostas nos capítulos anteriores a partir da análise das normas de regência, momento no qual identificamos que a Lei Orgânica e os atos normativos expedidos pelo TCE/RN (regimento interno e resoluções) apresentam as funções específicas dos setores envolvidos.

Consta que a Diretoria de Atos e Execuções – DAE é a unidade técnica do Tribunal competente por constituir, distribuir e tomar as medidas executórias de forma administrativa e compulsória.

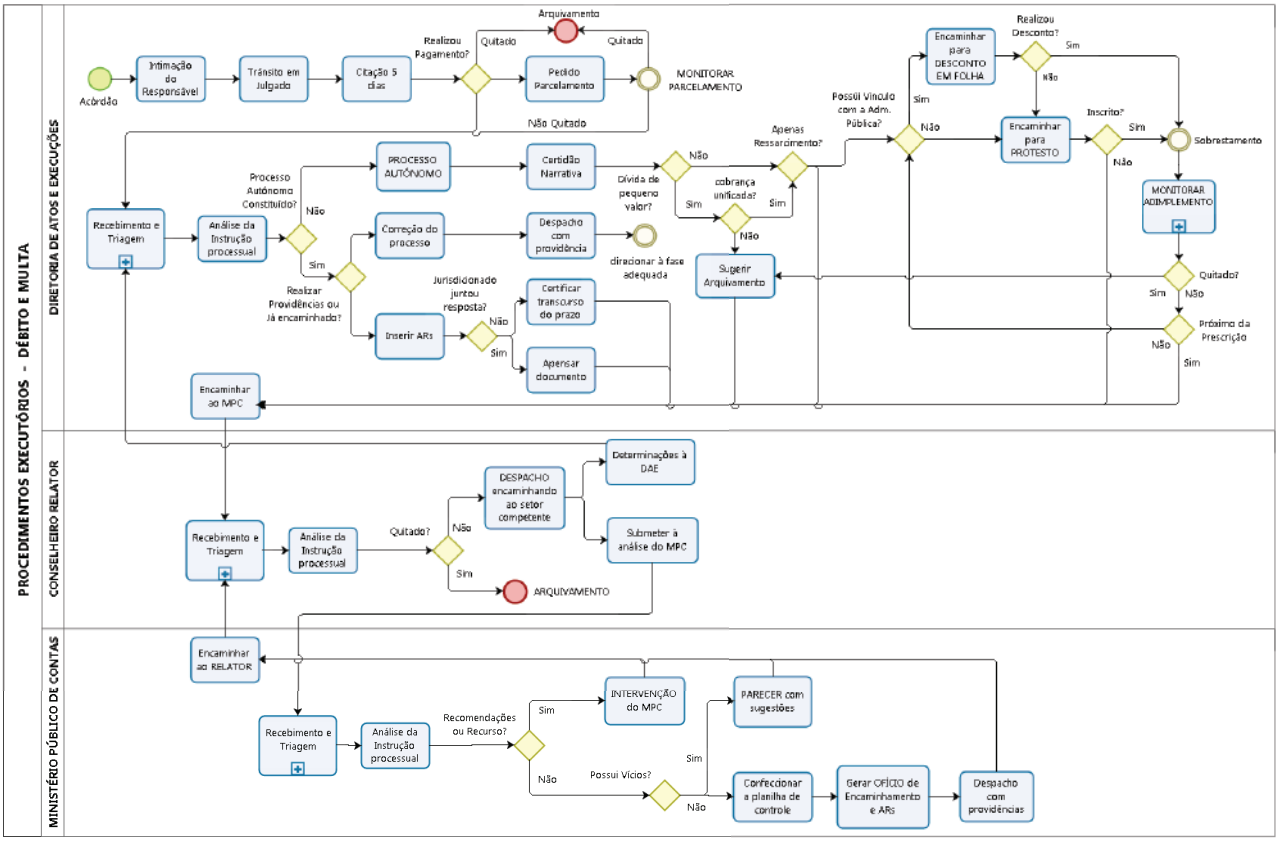
Nos termos do artigo 35, da Lei Orgânica do Tribunal, ao Conselheiro Relator compete dirigir a instrução processual, determinar a realização de diligências e requisitar documentos necessários ao saneamento dos autos.

Por sua vez, como exposto no capítulo anterior, a competência para intermediar e acompanhar as providências adotadas pelos entes beneficiários dos créditos é atribuída ao MPC/RN que, diante de omissão, inércia ou ineficácia da medida tomada pelo agente responsável, deverá encaminhar

representação ao TCE/RN para apuração de responsabilidade, bem como ao Ministério Público Estadual – MP/RN, para apuração de eventual ocorrência de ato de improbidade administrativa ou de ilícito penal.

Nesse contexto, com o intuito de identificar as atividades que atrasam e comprometem os recursos existentes, recomendar melhorias nas lacunas de desempenho e facilitar as mudanças organizacionais que serão necessárias, procedemos com a elaboração do mapeamento das atividades realizadas pelos setores envolvidos para dar cumprimento as decisões condenatórias do TCE/RN, conforme se observa a seguir:

Figura 1: Pocedimentos executórios adotados pelo TCE/RN.



Fonte: Elaborado pelo Autor.

A partir da análise do mapeamento dos procedimentos executórios adotados pelo TCE/RN (figura 1), para dar efetividade as suas decisões, torna-se evidente o quanto este fluxo de atividades é complexo em seu atendimento, o que expõe os agentes envolvidos a falhas e, por vezes, provoca redundâncias em suas tarefas. Do mesmo modo, foi possível identificar a existência de alguns gargalos ao longo do fluxo que influenciam diretamente na eficiência deste processo de negócio.

Por oportuno, verificamos que os processos de execução não seguem uma ordem consecutiva de providências administrativas de cobrança a serem tomadas, o que deixa o fluxo de tarefas sem uma ordem sucessiva de atividades a serem tomadas. Consequentemente, conforme apresentado no capítulo anterior, do montante total das dívidas de multa constituídas, somente 0,31% (trinta e um décimas por cento) foram encaminhados para registro nos cartórios de protesto.

Ademais, restou constatada a existência de um gargalo no fluxo de atividades quando o devedor realiza pedido de parcelamento logo após a expedição da certidão de transito em julgado. Isto porque, com a concessão do parcelamento, o processo autônomo sequer era constituído, sendo executado nos autos do processo originário, o que torna o acompanhamento do pagamento das parcelas, e o controle das informações pela Diretoria de Atos e Execuções, uma tarefa penosa, sobrecarregada e, consequentemente, morosa.

Com o mapeamento, elaborado com base na técnica BPMN, vislumbra-se, também, a necessidade de buscar meios para se reduzir, ao máximo possível, a tramitação dos processos de execução no âmbito do Tribunal.

Isto porque, devido ao grande quantitativo de processos constituídos, a cada tramitação, uma análise da instrução processual é realizada, fazendo com que, muitas vezes, a duração entre o recebimento e triagem dos autos do processo até a entrega do produto gerado pela tarefa desenvolvida pelo setor (decisão, parecer, despacho) se estenda por meses, até o encaminhamento para o próximo setor envolvido.

Assim, como oportunidade de melhoria de trabalho, contatamos a necessidade de mudança do *modus operandi* adotado pelo TCE/RN, de forma que, ao invés de se realizar uma minuciosa instrução processual, setor por setor, a administração dos processos que envolvam a execução de suas decisões condenatórias deve ser focada para o acompanhamento dos resultados alcançados, com a verificação periódica do alcance das metas pactuadas, por meio de indicadores de desempenho previamente estabelecidos.

Nesse sentido, verificamos que em cumprimento ao artigo 24, da Resolução nº 013/2015 – TCE, a Diretoria de Atos e Execuções – DAE constitui um processo autônomo de execução para cada Acórdão lavrado pela Corte de Contas, até mesmo quando a decisão condenatória resulta na aplicação de débitos (ressarcimento ao erário) e de multas aos responsáveis.

Tendo em vista suas naturezas jurídicas distintas, os procedimentos de execução dos débitos e das multas são divergentes e, por consequência, quando uma decisão desse tipo é executada num mesmo processo autônomo, as dívidas de ressarcimento ao erário somente são remetidas ao MPC/RN, para fins de intermediação junto aos entes beneficiários, após a adoção das medidas administrativas de cobrança aplicadas às dívidas de multas pela DAE.

Como oportunidade de melhoria, tem-se que a divisão do processo de cobrança por natureza jurídica proporcionaria maior celeridade e, com o passar do tempo, um atendimento especializado nas demandas envolvidas.

É certo que a adoção desta medida aumentaria, em muito, o quantitativo de processos de execução em tramitação na Corte Potiguar de Contas, no entanto, faz-se imperioso destacar o foco e a forma de se construir e instruir os instrumentos e procedimentos executórios das decisões do TCE/RN devem mudar, já que se faz necessário avançar de uma visão anteriormente focada no processo (meio), para uma nova visão, agora focada nos resultados (fins).

Por oportuno, para fins de acompanhamento processual com mais precisão e celeridade, sugere-se a elaboração do redesenho do fluxograma de atividades a serem desempenhadas pelos setores envolvidos com base na técnica BPMN, tipificando os processos autônomos de execução com base na natureza jurídica dos créditos de forma isolada (débitos e multas), em conformidade com a modelagem realizada na figura 1.

Ademais, observa-se a necessidade de realizar atualizações no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal que beneficiariam todos os setores envolvidos de forma imediata.

Visando desenvolver procedimentos de acompanhamento dos processos, sugere-se a inserção de filtros na ferramenta de triagem de processo/documentos constantes nos setores, capazes de relacionar os processos que contêm, por exemplo: *i*) “apenas multas”; *ii*) “apenas débitos”; *iii*) “multa e débito”; e *iv*) “processos encaminhados a dívida ativa”.

Insta ressaltar, entretanto, que atualmente a ferramenta constante do item “*iv*” (seleção dos processos que já foram encaminhados a dívida ativa), é utilizada apenas para filtrar os processos que foram enviados à PGE e, tendo em vista o quantitativo de processos de execução de débito que já foram encaminhados aos municípios, torna-se imprescindível que a mesma contemple, também, a filtragem de processos que foram encaminhados às procuradorias municipais.

Outro problema enfrentado diz respeito à ausência de uma ferramenta que possibilite a realização de um exame analítico na instrução dos processos de forma automatizada e “em massa”, que possa subsidiar uma tempestiva tomada de decisões.

Nesse ínterim, faz-se oportuno sugerir que todas as atividades desempenhadas no âmbito de cada setor envolvido sejam registradas nos processos eletrônicos por meio do Sistema. Tal medida tem o condão de reduzir o tempo de permanência dos processos de execução nos setores, uma vez que possibilitará a filtragem das medidas que já foram adotadas e promoverá a geração de relatórios de produtividade.

Melhor esclarecendo e citando como exemplo, de início, vislumbra-se a possibilidade de incluir os seguintes filtros na ferramenta de triagem de “Processo/Documentos” dos setores e no “relatório das dívidas”, para fins de análise e estabelecimento do adequado tratamento a ser implementado em vários processos de execução ao mesmo tempo:

i. Possui vínculo com a administração pública: SIM ou NÃO. Se sim, o setor promove procedimento de desconto em folha. Se não, examinar a possibilidade de Inscrição em entidades de proteção ao crédito e protesto;

ii. Em parcelamento: SIM ou NÃO. Se sim, sobrestamento do feito. Se não, dar prosseguimento ao feito;

iii. Inscrição em entidades de proteção ao crédito: SIM ou NÃO. Se sim, sobrestamento do feito. Se não, examinar a possibilidade de Inscrição em entidades de proteção ao crédito;

iv. Encaminhado para protesto: SIM ou NÃO. Se sim, sobrestamento do feito. Se não, examinar a possibilidade de protesto;

v. Encaminhado para PGE: SIM ou NÃO. Se sim, sobrestamento do feito. Se não, analisar a instrução processual e realizar comunicação com o jurisdicionado;

vi. Encaminhado para PGM: SIM ou NÃO. Se sim, sobrestamento do feito. Se não, analisar a instrução processual e realizar a comunicação com o jurisdicionado; e

vii. Implementação de um filtro de controle contendo ferramentas de alerta da prescrição das multas.

Da mesma forma esses filtros poderiam ser incluídos na ferramenta do Sistema denominado "Relatório das dívidas", com o objetivo de fornecer informações atualizadas e exatas que tragam subsídios à tempestiva tomada de decisões. Contudo, tem-se que outras ferramentas ainda podem ser implementadas por meio de uma nova Resolução que contemple, por exemplo:

i. O estabelecimento de uma ordem sistemática para a operacionalização dos procedimentos, desde a constituição do processo até o adimplemento dos débitos e multas;

ii. A criação de um setor de sobrestamento do feito, no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal, para a distribuição de processos que dependem de decisão judicial ou da verificação de atos e fatos que não dependam da atuação do Tribunal;

iii. A sugestão de abertura de inventario pela fazenda pública (artigo 616, VIII, do CPC), para os casos de ressarcimento ao erário, em que o Juiz ou herdeiros não promoverem a abertura do inventário nos prazos legais;

iv. O estabelecimento de valores base e prazos para a aplicação dos instrumentos de cobrança;

v. A criação de uma câmara de conciliação no âmbito do TCE/RN (artigo 174, do CPC), com poderes para negociar as dívidas de multa e assinar termos de acordo junto com os responsáveis e jurisdicionados;

vi. O estabelecimento de medidas de controle da dívida ativa dos jurisdicionados, contemplando os créditos não tributários oriundos do TCE/RN;

vii. A instituição de uma ferramenta de peticionamento eletrônico para agilizar a comunicação processual com os jurisdicionados, para fins de acompanhamento da execução forçada, estabelecendo prazos para a comprovação do cumprimento das determinações do Tribunal e dos procedimentos que foram adotados;

viii. A regulamentação de uma certidão declaratória que comprove a inexistência de pendências do jurisdicionado junto ao TCE/RN, para fins de liberação de transferências voluntárias e demais repasses de recursos aos jurisdicionados que estiverem em dia com o cumprimento das determinações emanadas pelo Tribunal.

ix. A previsão de meios para dar cumprimento à acórdãos, determinações e recomendações expedidas em processos de atos de pessoal, auditorias operacionais ou inspeções afins, descriminando competências específicas de monitoramento às diretorias técnicas da Corte de Contas;

x. Anexos à resolução com modelo de leis e os limites ao parcelamento de dívidas a ser concedido pelos jurisdicionados.

Entretanto, a implementação de programas de melhoria de trabalhos no setor público requer, principalmente, sua adoção de forma contínua e permanentemente focada na consciência dos próprios colaboradores para o cumprimento das decisões do TCE/RN.

Como forma de viabilizar a implementação das boas práticas apresentadas, sugerimos a constituição de uma coordenadoria especializada na execução das decisões do Órgão que tenha como objetivo concretizar a implantação desta política de qualidade, promover as mudanças organizacionais necessárias e estabelecer indicadores de metas de desempenho voltados à contínua melhoria na prestação destes serviços.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais alguns aspectos merecem ser destacados.

O presente trabalho de pesquisa teve por finalidade analisar os atuais procedimentos adotados para dar cumprimento às decisões condenatórias do TCE/RN, com o objetivo de identificar oportunidades de melhorias de trabalho e sugerir mudanças que possam auxiliar no aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança, contribuir com a busca pela efetividade, eficácia e eficiência das atividades desempenhadas pelos setores envolvidos e, ainda, servir de modelo de atuação com vistas a incrementar a arrecadação própria do Estado, dos municípios e do próprio TCE/RN, em tempos de crise financeira e fiscal.

Inicialmente, verificou-se que o TCE/RN **é um órgão que presta auxílio de natureza técnica especializada a Assembleia Legislativa do RN, sem qualquer subordinação hierárquica ou institucional,** exercendo suas competências constitucionais como forma de inibir a prática de irregularidades e garantir que os recursos públicos sejam utilizados de forma eficiente, aplicando penalidades e tomando as providências cabíveis para ressarcir os cofres públicos.

O legislador constituinte atribuiu às decisões condenatórias dos Tribunais de Contas eficácia de título executivo, o que significa que os beneficiários dos créditos podem cobrar judicialmente os valores sem a necessidade de uma decisão judicial para lhe dar efetividade.

Com efeito, no que diz respeito aos processos administrativos de execução das decisões do TCE/RN (dos quais são compostos por créditos oriundos de ressarcimento ao erário, denominados como “débitos”, e por créditos de multas), tem-se que com o objetivo de regulamentar os procedimentos a serem adotados, o TCE/RN expediu a Resolução nº 028/2012 – TCE, que em 24 de setembro de 2015 sofreu atualizações pela Resolução nº 013/2015 – TCE.

Evidenciamos a existência de uma complexa sistemática de procedimentos executórios, porém restou registrado que as atividades têm consistido em inscrever os responsáveis no cadastro de inadimplentes e encaminhar os autos dos processos aos responsáveis pela propositura da execução judicial, para fins inscrição em dívida ativa e execução forçada.

Apesar dos esforços empregados pelo TCE/RN, constatamos um cenário de baixa efetividade e, considerando a alta demanda de valores e processos envolvidos, vislumbramos a necessidade de apresentar boas práticas de forma simples e que possam trazer resultados imediatos no que diz respeito à uniformidade na atuação e celeridade na instrução dos processos.

Em seguida procedemos com o mapeamento do fluxo de atividades desempenhadas pelos setores do TCE/RN envolvidos com a execução de suas decisões, utilizando-se uma das técnicas de modelagem de processos disponível no Guia BPM CBOK, denominada "*Business Process Model and Notation* – BPMN".

O referido mapeamento seguiu o passo a passo das tarefas desempenhadas na Diretoria de Atos e Execuções – DAE, pelos Conselheiros Relatores e pelo Ministério Público de Contas (do trânsito em julgado, até o adimplemento das dívidas), com a finalidade de identificar as atividades que atrasam e comprometem os recursos existentes, recomendar melhorias nas lacunas de desempenho e facilitar as mudanças organizacionais.

Como fruto deste mapeamento, realizamos uma série de recomendações de atualização no sistema eletrônico de acompanhamento de decisões do Tribunal, como a elaboração de ferramentas de filtragem de processos e geração de relatórios que possam subsidiar uma tempestiva tomada de decisões e reduzir o tempo de permanência dos processos nos setores envolvidos.

Por outro lado, visando contribuir com o aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança das dívidas elencamos medidas que podem ser implementadas por meio de uma nova Resolução.

Entretanto, tendo em vista que o modelo de administração burocrática, ainda presente atualmente no Brasil, gera disfunções que podem afetar a implementação de programas de melhoria de trabalhos no setor público, constatamos a necessidade de mudança do *modus operandi* adotado na consciência dos próprios colaboradores, buscando avançar de uma visão anteriormente focada no processo (meio), para uma nova visão, agora focada nos resultados obtidos (fins).

Com isso, sugerimos a constituição de uma coordenadoria especializada na execução das decisões do Órgão que tenha como objetivo concretizar a implantação desta política de qualidade, promover as mudanças organizacionais necessárias e estabelecer indicadores de metas de desempenho voltados à contínua melhoria na prestação destes serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABPMP, **Guia para o gerenciamento de processos de negócios (BPM)**, 2013. Disponível em: http://c.ymcdn.com/sites/www.abpmp.org/resource/resmgr/Docs/ABPMP_CBOK_Guide__Portuguese.pdf. Acesso em: 15 dezembro. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n° 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF, Senado, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **LEI Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar Estadual n° 464**, de 5 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Norte. Natal, RN, Palácio de Despachos de Lagoa Nova, 2012. Disponível em: < https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/download/Legislacao/Lei_Complementar_n%C2%BA_4642012__Lei_Org%C3%A2nica_do_TCERN_(Alterada_pela_LCE_n%C2%BA_5312015).pdf> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **Resolução n° 028/2012 – TCE**, de 13 de novembro de 2012. Dispõe sobre a regulamentação do processo de execução no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, RN, Sala das Sessões do Tribunal Pleno, 2012. Disponível em: <https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/Legislacao_site/download/resolucoes_tce_rn/RES0282012.pdf> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. **Resolução n° 013/2015 – TCE**, de 24 de setembro de 2015. Dispõe sobre a regulamentação da execução das decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, que imponham multa e/ou ressarcimento ao erário. Natal, RN, Sala das Sessões do Tribunal Pleno, 2015. Disponível em: <http://www.tce.rn.gov.br/as/Legislacao_site/download/resolucoes_tce_rn/Resolu%C3%A7%C3%A3o_0132015_Disp%C3%B5e_sobre_a_execu%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_TCERN__multaressarcimento.pdf> Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 699.986/RJ**. Estado do Rio de Janeiro e Josely Ferreira de Siqueira. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 25 out. 2012.

CARRILHO CHAVES, Francisco Eduardo. **Controle Externo da Gestão Pública**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7ª ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas Nacionais do Poder Judiciário – 2018**. Meta

nº 5, de 2018. Visa estabelecer política de desjudicialização e de enfrentamento do estoque de processos de execução fiscal, até 31/12/2018. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/dc349b1eb873034fb453defc045d1780.pdf> Acesso em: 10 fevereiro. 2018.

Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria. Disponível em: < http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17073-declaracao-de-lima#port > Acesso em: 30 fevereiro. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al*. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução, V. 5. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

KAPLAN, Robert S.; NORTON, David P. **Mapas estratégicos: balanced scorecard**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A AUTOEXECUTORIEDADE DA MULTA APLICADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Autor: Luan Chaves Sobrinho*
Coautor: Tiago Cordeiro Nogueira**

*Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho. Assessor do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, a contar de 07/01/2016. Advogado. Inscrição n. 7876/OAB-RO. luanchavesobrinho@gmail.com.

**Especialista em Direito Tributário e Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho. Procurador do Estado de Rondônia, a contar de 26/02/2016. Inscrição n. 7770/OAB-RO. tiagocordeiro@pge.ro.gov.br.

RESUMO

Sendo um dos responsáveis pelo controle da Administração Pública, é natural que os Tribunais de Contas recebessem do Constituinte de 1988 certos poderes para o fiel desempenho de suas funções. Dentre eles, destaca-se a possibilidade das Cortes de Contas aplicarem multa ao gestor público pela prática de determinada conduta considerada contrária ao interesse público e ao ordenamento jurídico. Não se trata de uma penalidade comum e com objetivo meramente punitivo, mas, para além disso, revela-se um instrumento preventivo que inibe outros comportamentos semelhantes, rechaça o sentimento de impunidade que possa existir dentro da Administração Pública e, sobretudo, reforça a efetividade dos Tribunais de Contas como órgão de combate à malversação da coisa pública. E por ter um caráter especial, a penalidade imposta pelos Tribunais de Contas também carrega consigo um regime de cobrança diferenciado, evidenciado pela possibilidade da própria decisão que impõe multa ao gestor determinar, sem a sua anuência, o desconto direto em folha de pagamento, nos limites estabelecidos pela lei. É a partir disso que se tem reconhecido a autoexecutoriedade das multas cominadas pelas Cortes de Contas, notadamente quando se examinam as últimas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Multa. Autoexecutoriedade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo disporá sobre o regime especial de cobrança a que se submetem as multas impostas pelos Tribunais de Contas, notadamente no que diz respeito ao atributo da autoexecutoriedade, presente em uma das funções constitucionais desempenhadas pelo órgão de controle externo.

De início, demonstrar-se-á a relevância da existência de um órgão técnico na estrutura de um Estado democrática de direito, com o propósito de controlar o uso dos recursos públicos, assim como a especificidade e natureza singular do Tribunal de Contas frente às demais instituições públicas que exercem o controle da Administração Pública pátria.

Ato contínuo, chamar-se-á atenção para a função sancionadora dos Tribunais de Contas, materializada na imposição de multa a todo aquele que pratica conduta lesiva ao erário ou afrontosa ao ordenamento jurídico.

Finalmente, abordar-se-á o regime especial de execução das multas aplicadas pelas Cortes de Contas, sobretudo no que tange à possibilidade de o próprio Tribunal ordenar, após o trânsito em julgado do processo de contas, o desconto direto em folha de pagamento do gestor faltoso, sem a necessidade da sua anuência ou atuação de qualquer outro Poder, revestindo tais penalidades do atributo da autoexecutoriedade.

Nesse contexto, buscar-se-á nos tópicos seguintes definir as balizas constitucionais da função sancionadora das Cortes de Contas, que são os pilares para a criação de um regime especial de efetividade das suas próprias decisões.

1. AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Precipuamente, a função de fiscalizar a atividade administrativa e o uso dos recursos públicos foi dada pelo Constituinte de 1988 ao Poder Legislativo, órgão composto por membros escolhidos pelos cidadãos mediante processo eleitoral democrático. Afinal, nada melhor que os governados, através de representantes eleitos, fossem os escolhidos para essa missão tão importante.

Nesse contexto, é válido afirmar que, ao lado da função de criar leis que regulam a vida em sociedade, existe, para o Poder Legislativo, a função típica de controle externo da Administração Pública, consistente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial daqueles que, de alguma forma, utilizam recursos públicos para a realização de determinada atividade administrativa.

Entretanto, a função de controle externo, por vezes, demanda uma técnica específica e complexa, a fim de se evitar que os gestores públicos camuflem as irregularidades cometidas no trato com a coisa pública.

Aliás, convém ressaltar que a prática de atividades lesivas ao erário nos últimos anos tem revelado uma forma moderna e assustadora de desviar recursos públicos, o que exige uma ação integrada de todos os Poderes com o objetivo de aniquilar a corrupção enraizada dentro da Administração Púbica. É basicamente o que ocorreu – dadas as devidas adaptações – com o surgimento das organizações criminosas no âmbito criminal. A forma como esses organismos passaram a agir levaram diversos países a remodelar a sistemática de combate ao crime organizado, surgindo, a partir de então, as chamadas técnicas especiais de investigação.

Mutatis mutandis, essa é a essência do Tribunal de Contas como órgão que exerce auxílio[1] ao Poder Legislativo, a ser composto por membros e servidores especializados no controle externo da Administração Pública. A esse respeito, insta transcrever o entendimento de Bulos, que assim preleciona:

> Muito se discutiu acerca da natureza desse auxílio prestado pelo Tribunal de Contas da União. Certamente, nos termos da Carta de 1988, trata-se de um auxílio eminentemente técnico, nada obstante o controle *externa corporis* ser realizado por órgãos políticos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais). Isso porque os Tribunais de Contas são, na verdade, instituições eminentemente técnicas, importantes e indispensáveis. Sem o auxílio deles, o controle externo dos dinheiros públicos não lograria a marca da tecnicidade, dada a índole política que define a composição e funções do próprio Poder Legislativo. Daí a previsão constitucional desse órgão decisivo para garantir a imparcialidade dos orçamentos públicos. (BULOS, 2014, p. 1236)

De fato, há um certo dissenso entre a atividade política e as funções marcadas pela tecnicidade. Não que isso seja reprovável, uma vez que não se discute a importância do exercício da atividade política para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Cuida-se, pelo contrário, de algo natural, já que a escolha dos membros do Poder Legislativo não é feita sob

[1] "O auxílio exercido pelos Tribunais de Contas ao Parlamento não implica que estas Cortes sejam meros auxiliares ou subordinados ao Poder Legislativo. Convém fazer a distinção entre órgão que exerce auxílio e órgão auxiliar. Com efeito, os Tribunais de Contas exercem competências constitucionais próprias, elencadas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal, cujo exercício é feito de forma independente, não estando sujeitas à revisão do parlamento […].
Por outro lado, é necessário salientar também que os Tribunais de Contas não integram o Poder Legislativo, o Poder Executivo ou o Poder Judiciário, *ex vi* do disposto nos arts. 44, caput; 76 e 92, respectivamente" […] (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1527).

uma perspectiva técnica, mas idealista. Em outras palavras, não se escolhe um representante por sua "notável técnica" em fiscalizar a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. Em verdade, elege-se por seus ideais, propostas e soluções para os problemas enfrentados pela sociedade.

E, nessa ideia de especialidade, a Constituição da República, em seu art. 71, conferiu ao Tribunal de Contas diversas competências, espalhadas em vários incisos do referido dispositivo.

Com o propósito de esboçar, didaticamente, todas essas competências em poucas palavras, o Tribunal de Contas da União, em seu portal eletrônico institucional, anota que *"as suas funções básicas podem ser agrupadas da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria."* (TCU, 2018) No mesmo sentido, Mendes e Branco ensinam, com lastro na Carta da República, que os Tribunais de Contas desempenham as funções consultiva (art. 71, I e art. 31, § 2º), judicante (art. 71, II), fiscalizatória (art. 71, III, IV, V e VI), informativa (art. 71, VII), sancionatória (art. 71, VIII e §3º), corretiva (art. 71, IX e X) e de ouvidoria (art. 74, §2º).[2]

Uma dessas competências merece especial atenção. Trata-se da função sancionadora, que, por sua ligação direta com o presente trabalho, será abordada com maior vagar no tópico seguinte.

1.1 A FUNÇÃO SANCIONADORA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ao receber uma significativa e complexa quantidade de competências, não se poderia esperar algo diverso do Constituinte originário senão a previsão de prerrogativas e ferramentas inerentes ao desempenho do mister institucional pelas Cortes de Contas. Não fosse previsto de forma expressa, derivaria da doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso McCulloch v. Maryland (1819).[3]

É que não seria prudente o Constituinte atribuir a um órgão a realização de uma atividade tão malquista pelo mau gestor e, ao mesmo tempo, desprovê-lo de prerrogativas e ferramentas que impedissem e corrigissem a atuação lesiva do governante mal intencionado.

Aliás, é bom que se realce a gravidade de uma má gestão dos recursos públicos, pois o dano, na maioria das vezes, não se restringe ao aspecto meramente pecuniário, já que, em última análise, reflete diretamente na vida dos próprios jurisdicionados (saúde, educação, segurança etc), que são as reais vítimas do exercício do poder sem o devido controle contra os excessos e desvios.

Daí porque a Constituição da República profere um verdadeiro comando às Cortes de Contas ao determinar que apliquem aos responsáveis, em caso de ilegalidade, as sanções previstas em lei, que deve estabelecer, dentre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, VIII, da Lei Maior).

Perceba-se que não se trata de uma mera faculdade dada aos Tribunais de Contas, mas sim de um poder-dever. Em outras palavras, as Cortes de Contas, por imperativo constitucional,

[2] 2017, pp. 1527/1531.
[3] BARROSO, 2013, p. 42.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

não podem deixar de prever em suas respectivas legislações a penalidade de multa àqueles que causarem danos ao erário. A propósito, destaca-se que a norma constitucional vai mais além, na medida em que, ao prever a expressão "dentre outras cominações", autoriza que as leis de regência prevejam outras penalidades que não somente as multas.

Por sinal, tal previsão não é algo singular na Constituição da República. Na seara criminal, houve a previsão expressa do que os penalistas intitularam "mandados constitucionais de criminalização". Por oportuno, transcreva-se a abordagem do professor Masson acerca do tema:

> **Princípio da reserva legal e mandados de criminalização:** A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. *grifo no original* (MASSON, 2014, p. 23)

Nesse sentido, não seria precipitado afirmar que o Constituinte estabeleceu, da mesma forma acima, verdadeiro mandamento constitucional de punição às Cortes de Contas, em razão da obrigatoriedade de exercerem sua função sancionadora quando se depararem, no âmbito de suas atuações, com condutas consideradas atentatórias ao ordenamento jurídico pátrio.

1.1.1 O controle externo da Administração Pública e as multas impostas pelos Tribunais de Contas

Não se pode negar que a função de controle externo da Administração Pública demanda certa indisposição com os gestores público não tão comprometidos com a causa pública e a juridicidade. Na verdade, é da própria natureza do ser humano não se sentir confortável ao ser controlado por suas ações ou omissões. Não por outra razão, aliás, é que, durante toda a história mundial, ocorreram tantos conflitos entre as populações decorrentes de um denominador comum: a busca pela autonomia e liberdade de um povo em contraposição às constantes tentativas de dominação por outro.

Em um Estado de direito e, mais que isso, em um Estado constitucional democrático[4] - já que não basta a submissão à ordem legal meramente formal, mas impõe-se ao Estado o respeito e a promoção dos direitos fundamentais de conteúdo social para todos (minorias e grupos de menor expressão política) -, principalmente quando a forma de governo adotada é a República, a função de controle torna-se algo indispensável. Isso porque, a atividade administrativa deve encontrar amparo legal (*lato sensu*), a fim de se evitar condutas contrárias ao interesse público.

Relembrando a importância do princípio da legalidade para a concretização dos direitos dos indivíduos, ensina Carvalho Filho que esse postulado fundamental *"se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei."* (CARVALHO FILHO,

[4] BARROSO, 2013, pp. 63/64.

2017, p. 48) E arremata o ilustre professor: *"Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude."* (CARVALHO FILHO, 2017, p. 48)

Utilizando-se tais ensinamento como premissa, é crível se admitir que a eliminação da ilicitude só é possível em razão do controle, seja ele exercido pela própria sociedade, pelos órgãos internos de cada Poder, pelo Poder Judiciário, Ministério Público ou, notadamente, pelos Tribunais de Contas.

Mas de nada adiantaria a existência de vários tipos de controle se não houvesse a previsão de instrumentos e prerrogativas aptas a eliminar ou prevenir o cometimento de um ato ilegal. Dito de outro modo, seria algo inútil poder controlar as ações e omissões do gestor público, mas não dispor de nenhuma ferramenta capaz de coagi-lo a eliminar um ato ilícito e, mais que isso, desencorajá-lo a repetir a mesma conduta.

Infelizmente, também é da natureza humana não respeitar aquilo que não lhe possa trazer nenhuma consequência. É só imaginar o que seria da sociedade se não houvesse a previsão de sanções em caso de violação às normas de trânsito, meio ambiente, orçamento, etc. A resposta parece óbvia: o completo caos.

É por conta disso que, em favor do cidadão, a Constituição Cidadã manteve a previsão da ação popular, contida dentro do rol não exaustivo do art. 5º, cuja finalidade é a anulação de atos lesivos ao erário relacionados a diversos segmentos da atividade administrativa e social[5].

Além disso, também conferiu ao cidadão a possibilidade de denunciar aos Tribunais de Contas as irregularidades de que tiver conhecimento. Trata-se do instrumento previsto no art. 74, § 2º, da Lei Maior: *"Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".* (BRASIL, 1988)

Do mesmo modo, contemplou, de forma expressa, em pelo menos duas passagens, a existência do controle interno em cada Poder[6].

Nesse contexto, para os Tribunais de Contas, diversas funções foram outorgadas pelo Constituinte a fim de se evitar e reprimir atos nocivos ao erário. Dentre elas, volta-se a chamar a atenção para a função sancionadora, que se concretiza pelas multas impostas pelas Cortes de Contas. E, a julgar pelo tratamento constitucional dado a essa função, não há como negar que não se trata de uma penalidade comum ou uma mera obrigação de pagar certa quantia.

O desejo do Constituinte foi muito além disso, sobretudo quando se extrai do próprio

[5] Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988)

[6] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, **e pelo sistema de controle interno de cada Poder.** *grifou-se.*

Art. 74. **Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:** [...] *grifou-se.* (BRASIL, 1988)

texto constitucional o já comentado mandamento constitucional de punição, que - diferentemente do mandamento constitucional de criminalização, dirigido ao Legislador -, traduz-se em comando direcionado às Cortes de Contas.

Tal tratamento diferenciado não foi por acaso. Para entender a peculiaridade ora apresentada, é preciso que, de antemão, atente-se para o fato de que toda penalidade, seja qual for a sua natureza, carrega consigo um viés pedagógico. No caso dos Tribunais de Contas, esse caráter pedagógico assume um papel de destaque. Afirma-se isso porque, na grande maioria dos casos, as multas aplicadas pelas Cortes de Contas são impostas a gestores públicos em razão de alguma irregularidade cometida na gestão da coisa pública.

Logo, é de se ter em mente que a conduta desvirtuosa ensejadora da penalidade em comento não é o dano ao patrimônio particular de A ou B; a má gestão dos recursos de um condomínio privado; ou a omissão em prestar contas de um dos sócios de determinada empresa, dentre outros inúmeros exemplos que fazem parte do cotidiano contemporâneo. Ao revés, o fato gerador da multa cominada pelos Tribunais de Contas será sempre uma ação ou omissão praticada em detrimento de toda a sociedade que, sublinhe-se, é o "consumidor final" das atividades administrativas realizadas, não raras vezes, de forma desastrosa por certos agentes públicos.

Sobre o assunto, enfatiza Corrêa:

> As multas aplicadas pelos Tribunais de Contas, quando revestidas de caráter pedagógico, têm caráter de prevenção especial, já que inibem o Administrador Público ineficiente ou mesmo o Administrador ímprobo, da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico (prevenção especial negativa), e recompõe esse mesmo Administrador Público socialmente, reforçando ainda a confiança na ordem jurídica dele e dos administrados (prevenção especial positiva). (CORRÊA, 2014, p. 22)

Além desse caráter pedagógico, a doutrina também costuma abordar uma segunda vertente. Trata-se da denominada multa-coerção, utilizada pelos Tribunais de Contas quando colocada em prática a competência descrita no inciso IX do art. 71 da CRFB/88, consistente na fixação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, quando verificada alguma ilegalidade. Para Pelegrini, esse aspecto da multa é:

> claramente voltada a cumprir uma função intimidadora, na medida em que buscam dar efetividade às determinações expedidas pela Corte de Contas, fazendo com que os responsáveis sejam compelidos a cumpri-las. Poderia a lei estabelecer esta modalidade de multa? Inquestionável que são de elevada relevância para a eficácia da função controladora. (PELEGRINI, 2014, p. 125)

E se tal penalidade carrega consigo um efeito especial, não poderia ser diferente em relação à sua própria execução. Afinal, não haveria sentido na existência de uma ordem emanada diretamente do texto constitucional (mandado de imposição de sanção), se para a sua aplicação não bastasse a própria decisão proferida. É dizer: trata-se de meio necessário e próprio para se conferir efetividade ao comando constitucional.

2. REGIME ESPECIAL DE EXECUÇÃO DAS MULTAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

É certo que determinados créditos submetem-se a um regime especial de execução, cuja satisfação detém certa prioridade em relação aos créditos em geral, seja por sua relevância fiscal, seja por sua importância extrafiscal. Corroborando com isso, leciona Didier Júnior, *et al.*, que:

> Há procedimentos executivos comuns, que servem a uma generalidade de créditos, como é o caso do procedimento da execução por quantia certa previsto no CPC, e há os procedimentos executivos especiais, que servem à satisfação de alguns créditos específicos, como é o caso da execução de alimentos e da execução fiscal. (DIDIER JÚNIOR, *et al.*, 2017, p. 48)

E a escolha de quais serão sujeitos a uma cobrança diferenciada é tarefa a ser desempenhada pelo Poder Legislativo. A julgar pelos regimes especiais positivados, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como critério definidor, o grau de importância que determinando crédito refletirá no plano jurídico, econômico e, principalmente, social.

No que tange às multas impostas pelos Tribunais de Contas, a sistemática não se releva tão diferente. Mas a sua peculiaridade, por outro lado, tem início logo no texto constitucional. Afirma-se isso em razão da previsão do art. 71, §3º, da CRFB/88, ao preconizar que: *"as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo".* (BRASIL, 1988)

Daí já se extrai o primeiro indício no sentido de que a multa imposta pelas Cortes de Contas possui um regime especial de execução. É que, nesse caso, quis o Constituinte que a eficácia de título executivo da referida penalidade tivesse seu alicerce fincado na própria Constituição, e não apenas na lei infraconstitucional, como ocorre com os demais títulos executivos.

Nesse contexto, tem-se que *"a natureza de título executivo, portanto, não provém apenas da lei, mas é o único que deita raízes no próprio Estatuto Político Fundamental."* (FERNANDES, 2016, p. 370)

Tendo, portanto, eficácia de título executivo, não haverá necessidade de nenhuma providência prévia à sua execução, que, nesse caso, seguirá o procedimento executivo geral previsto no CPC.

Mas se esse fosse o único meio de cobrança, seria exagerado concluir que a multa imposta pelos Tribunais de Contas possui um regime especial de execução. Acontece que, embora a decisão que aplique multa tenha, por si só, força executiva emanada diretamente da Constituição, é possível que o credor opte por inscrever tal título em dívida ativa, dando origem a uma Certidão de Dívida Ativa, que, por sua vez, também possui força de título executivo extrajudicial, conforme disposto no art. 784, inciso IX do CPC/15: *"Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;"* (BRASIL, 2015)

A razão para isso reside na possibilidade da cobrança ser feita mediante o procedimento especial da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980), aplicada para a execução dos créditos públicos de natureza tributária e não tributária. Sobre tal possibilidade de cobrança, já chancelou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.390.993 – RJ, veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA DO TCU. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 6.830/80. 1. Consoante a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, não se aplica a Lei n. 6.830/80 à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas da União quando não houver inscrição em dívida ativa. **Tais decisões já são títulos executivos extrajudiciais, de modo que prescindem da emissão de Certidão de Dívida Ativa - CDA, o que determina a adoção do rito do CPC**

> **quando o administrador discricionariamente opta pela não inscrição.** *(grifou-se)* 2. Recurso especial provido para determinar que a execução prossiga nos moldes do Código de Processo Civil. (STJ, 2013)

Nesse ponto, já se verifica outra especificidade em relação às multas aplicadas pelos Tribunais de Contas. É que, conforme orientação dos Tribunais Superiores, o crédito em questão poderá ser cobrado tanto por um rito comum, como pelo rito especial, a critério do credor.

Evidentemente, não havendo óbice razoável para a cobrança do crédito pelo rito especial, é recomendável que o credor opte pela inscrição em dívida ativa e posterior execução pelo procedimento da Lei de Execução Fiscal, ou outro meio alternativo de cobrança que se mostrar mais vantajoso ao caso. Isso porque, além de ser um rito mais célere, econômico e, sobretudo, mais efetivo, é preciso lembrar que o procedimento de execução comum é calcado sob a perspectiva das relações privadas, e não sob os ditames do direito público. A consequência disso é que, para o primeiro caso, as normas levam em conta o interesse privado da satisfação do crédito; enquanto no segundo, voltam-se para o interesse público, o que, obviamente, exigirá meios mais efetivos de cobrança.

Por fim, um terceiro ponto acerca desse regime especial de cobrança merece especial atenção. Trata-se da autoexecutoriedade das multas impostas pelas Cortes de Contas, matéria que já foi objeto de inúmeros debates judiciais perante a Suprema Corte Brasileira.

2.1 A AUTOEXECUTORIEDADE DAS MULTAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Hodiernamente, a autoexecutoriedade é tratada pela doutrina administrativista como um atributo presente em alguns atos administrativos. Para Di Pietro, *"cuida-se de um atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Público."* (DI PIETRO, 2017, p. 241) Da mesma forma, ensina Carvalho Filho que "*a prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a autoexecutoriedade*". (CARVALHO FILHO, 2017, p. 89).

E quando se aponta esse atributo às decisões proferidas pelas Cortes de Contas, a questão fica um pouco mais sensível.

Primeiro porque tal discussão envolve, logo de início, o sistema de correção dos atos administrativos adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Sobre esse aspecto, não se pode negar que existe uma forte resistência por parte de alguns juristas em aceitar a impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, do mérito das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. Dentre vários argumentos, um parece ser comum a todos: a aplicabilidade no Brasil do sistema de jurisdição única ou inglês, segundo o qual *"cumpre ao Poder Judiciário, em sede definitiva, o controle de legitimidade tanto dos atos particulares como dos atos da Administração Pública."* (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 49)

Desta forma, não haveria como outorgar os atributos inerentes a uma decisão judicial às

decisões das Cortes de Contas, pois esta não teria força de coisa julgada e, por consequência, sua autoexecutoriedade ficaria condicionada a eventual e futura discussão judicial.

Com a devida vênia, tal entendimento desconsidera por completo o caráter eminentemente técnico e jurisdicional dos Tribunais de Contas.

Como já mencionado em linhas pretéritas, a função de órgão que exerce auxílio ao Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública perpassa pela complexidade técnica que envolve a fiscalização da atividade administrativa. O que se quer dizer é que grande parte das questões submetidas às Cortes de Contas não se limita a aspectos jurídicos. Para além disso, as irregularidades detectadas pelo órgão técnico são, não raras vezes, resultados de auditorias, fiscalizações e inspeções que se baseiam em um conjunto de normas e conhecimentos pertencentes a outros campos do saber humano que não o universo jurídico.

Corroborando com esse entendimento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2240-SP, admitiu, de forma inédita, a incidência no Brasil da "doutrina *Chenery*", de origem norte-americana. Confira-se passagem do voto da Ministra Relatora Laurita Vaz a esse respeito:

> [...] segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, **notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos**. (STJ, 2017, p. 23)

Comentando o aludido julgamento, explica Cavalcante:

> Neste julgamento, a Min. Laurita Vaz mencionou um importante tema, que é a chamada "doutrina Chenery". A "doutrina Chenery" (Chenery doctrine) surgiu a partir de um julgamento da Suprema Corte norte-americana (SEC v. Chenery Corp., 318 U.S. 80, 1943). Segundo essa teoria, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não. (CAVALCANTE, 2017)

Tal doutrina equipara-se à noção de capacidade institucional[7], segundo a qual existem ambientes naturais e institucionais para análise e discussões de matérias eminentemente técnicas e especializadas, como aquelas analisadas pelas Cortes de Contes, cujo cenário institucional é marcado pela interdisciplinaridade.

Da mesma forma, concorre para tanto o princípio da correção funcional. A esse respeito, veja-se o magistério de Neto e Sarmento:

> […] De acordo com o princípio da correção funcional ou conformidade funcional, **na interpretação da Constituição deve-se verificar qual é o espaço institucional próprio de cada poder**. Trata-se de corolário do princípio da separação de poderes. A interpretação deve procurar manter o sistema de repartição de funções estatais tal como concebido no texto constitucional. **Não podem ser admitidos resultados que desconsiderem a vocação**

[7] Em síntese, a hermenêutica constitucional não deve ser construída a partir de idealizações contrafáticas dos intérpretes. No debate jurídico brasileiro, é preciso superar a miopia em relação às capacidades institucionais reais dos agentes que interpretam e aplicam as normas, para construir teorias mais realistas, que possam produzir, na prática, resultados que de fato otimizem os valores constitucionais. (NETO; SARMENTO, 2013, p. 436)

> **de cada um dos órgãos do Estado, o tipo de legitimação que caracteriza suas decisões, bem como as capacidades institucionais que reúne**. *grifou-se* (2013, p. 444)

Tais ensinamentos, conjugados com o elenco de funções contido no art. 71 da Lei Maior, reforçam, sobremaneira, que o Constituinte dotou os Tribunais de Contas de inequívoca vocação institucional para apurar, responsabilizar e penalizar àqueles que, em sua relação com o Poder Público, praticam atos contrários ao ordenamento pátrio. Dessa forma, enquanto tutores do erário e da boa administração, exigir o referendo de suas decisões pelo Poder Judiciário é esvaziar, por completo, ao seu significado e importância constitucionais.

Ademais, é de se convir que concordar com pensamento contrário seria transformar as Cortes de Contas em um *"inútil formalismo"*, expressão utilizada pelo Ministro Luiz Fux ao abordar a questão da definitividade do pronunciamento dos Tribunais de Contas no julgamento do Agravo de Instrumento n. 802.442 - RS. (STF, 2013)

Além disso, outro ponto que vem à tona refere-se a impossibilidade de o Tribunal de Contas executar suas próprias decisões.

Recentemente, o STF voltou a enfrentar essa problemática por meio da ADI 4070, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, questionando a constitucionalidade da Lei Complementar n. 399, de 7 de dezembro de 2007, que criou a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

Dentre outros dispositivos combatidos, destaca-se o art. 3º, inciso V, da aludida lei, segundo o qual caberia à Procuradoria do Tribunal de Contas Rondoniense a cobrança judicial das multas aplicadas em decisão definitiva da referida Corte e não saldadas em tempo devido.

A ADI em comento foi julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade justamente do inciso V do art. 3º da Lei Complementar n. 399/2007. A esse respeito, confira-se a ementa do julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR RONDONIENSE N. 399/2007, QUE CRIA E ORGANIZA A PROCURADORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSONÂNCIA AO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 94/RO. ART. 3º, INC. V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 399/2007. **INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA AUTORIZADORA DA PROCURADORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A COBRAR JUDICIALMENTE MULTAS APLICADAS EM DECISÕES DEFINITIVAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 223.037/SE.** *(grifou-se)* AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (STF, 2017)

Em uma análise apressada, poder-se-ia até concluir que, com o julgamento da ADI 4070, o STF rechaçou de vez a possibilidade de que as multas impostas pelos Tribunais de Contas fossem autoexecutáveis.

Entretanto, o que o Pretório Excelso sempre vedou foi a possibilidade de um órgão do Tribunal de Contas possuir legitimidade para ir à juízo pleitear a execução dos títulos provenientes das suas próprias decisões. Aliás, essa possibilidade já havia sido repelida pelo STF em meados de 2014, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 823.347, onde se inadmitiu a propositura de ação executiva pelo Ministério Público de Contas atuante junto às Cortes de Contas. Veja-se a ementa da decisão:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 2. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DAS DECISÕES DE CONDENAÇÃO PATRIMONIAL PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS. LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA PELO ENTE PÚBLICO BENEFICIÁRIO. 3. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ATUANTE OU NÃO JUNTO ÀS CORTES DE CONTAS, SEJA FEDERAL, SEJA ESTADUAL. RECURSO NÃO PROVIDO. (STF, 2014)

Deveras, em regra, não se compatibiliza com a organização administrativa brasileira a possibilidade de um órgão figurar como parte em demanda judicial, pois são destituídos de personalidade jurídica para tanto, não possuindo, portanto, capacidade de ser parte. No caso dos Tribunais de Contas, a exceção fica por conta da sua atuação na defesa de suas prerrogativas institucionais, conforme interpretação extraída da Súmula n. 525 do STJ[8], onde se reconhece sua legitimidade para ir a juízo em razão da denominada "personalidade judiciária".

Mas isso não quer dizer, insista-se, que as multas impostas pelos Tribunais de Contas são desprovidas do atributo da autoexecutoriedade, já que, até aqui, a posição dos Tribunais Superiores é restrita ao aspecto da capacidade e legitimidade para se propor ações executivas lastreadas em títulos oriundos das Cortes de Contas.

Por fim, um último fundamento não pode deixar de ser abordado. Trata-se da posição amplamente majoritária no sentido de que a multa, seja qual for a sua natureza, já é por si só destituída de autoexecutoriedade. O curioso é que, na maioria dos exemplos citados pela doutrina administrativista em relação aos atos que não gozam do referido atributo, a multa acaba sendo, disparadamente, o paradigma mais apontado. A título de exemplo, menciona-se o entendimento da professora Marinela, para quem *"o atributo da autoexecutoriedade sofre limitações, visto que não se aplica às penalidades de natureza pecuniária como, por exemplo, multas decorrentes de infrações a obrigações tributárias, entre outras."* (MARINELA, 2013, p. 295)

Acontece que, para toda regra, existe quase sempre uma exceção, até mesmo para confirmá-la; e, no caso em exame, não é diferente. No caso em testilha, isso se deve em razão do já comentado regime especial de execução a que são submetidas as multas impostas pelos Tribunais de Contas, justificando, assim, a possibilidade de tais penalidades gozarem do atributo em comento.

De início, importante fixar a premissa de que "*a doutrina majoritária tem sustentado que a autoexecutoriedade depende de previsão legal expressa ou da caracterização da situação emergencial*". (OLIVEIRA, 2017, p. 216).

No campo do direito administrativo, encontra-se a exceção prevista do art. 80, III, da Lei Federal n. 8.666/80[9], responsável por permitir que a Administração Pública retenha da garantia oferecida pelo particular o valor equivalente à multa administrativa devida em razão de descumprimento contratual.

Já no caso das multas impostas pelas Cortes de Contas, o fundamento legal para a sua

[8] A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais. (STJ, 2015)

[9] Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: [...] III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; (BRASIL, 1996)

autoexecutoriedade nasceu com o advento da Lei Federal n. 8.443, de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Em seu art. 28, regulamentou-se as medidas que o Tribunal poderia tomar após expirado o prazo para pagamento voluntário da multa ou débito impostos por suas decisões, passando a prever o seguinte:

> Art. 28. Expirado o prazo a que se refere o caput do art. 25 desta Lei, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:
>
> I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente;
>
> II - autorizar a cobrança judicial da dívida por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma prevista no inciso III do art. 81 desta Lei. (BRASIL, 1992)

Perceba-se que existem duas formas de cobrança dos títulos oriundos de decisões do TCU. A primeira reflete justamente a autoexecutoriedade das multas impostas pela Corte Federal de Contas, consistente na possibilidade do próprio Tribunal, ainda na via administrativa, determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, desde que observado os limites previstos na legislação pertinente. A segunda, por sua vez, refere-se a possibilidade de cobrança judicial da dívida, que, relembre-se, já foi objeto de debate quando da análise dos casos: ADI 4070 - RO e ARE 823347 – MA. Por esta razão, o inciso II do dispositivo supracitado merece interpretação conforme à Constituição, de modo a afastar a capacidade do Ministério Público junto ao TCU e incluir, em seu lugar, o ente público ao qual a Corte de Contas está vinculada, *in casu*: a União.

Ato contínuo, alguns Tribunais de Contas Estaduais passaram a reproduzir em suas respectivas Leis Orgânicas o mesmo dispositivo em análise. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, por meio da Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996, dispôs em seu art. 27 o seguinte:

> Art. 27. Expirado o prazo a que se refere o "caput" do art. 25, desta Lei Complementar, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:
>
> I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos, na legislação pertinente;
>
> II - autorizar a cobrança judicial da dívida, enviando aos respectivos órgãos todos os documentos necessários à sua propositura. (Redação dada pela Lei Complementar nº. 693/12) (BRASIL, RONDÔNIA, 1996)

Repare-se que, no tocante à possibilidade de cobrança judicial da dívida (inciso II), a redação dada pela Lei Complementar n. 693/2012 trouxe uma expressão compatível com o entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que a redação anterior ainda colocava o Ministério Público de Contas como legitimado para a referida forma de execução.

Ao adotar como forma de cobrança o disposto no art. 28, I da Lei Federal n. 8.443/1992 (cobrança pela via administrativa), diversos responsáveis/devedores impetraram mandados de segurança perante o STF pretendendo evitar o desconto em seus respectivos salários, mediante o questionamento da aludida previsão legal.

Inicialmente, tudo levava a crer que a Suprema Corte não admitiria tal possibilidade de execução, pois em casos semelhantes envolvendo outros órgãos, já se havia rechaçado tal forma de quitação, sempre invocando, para tanto, o argumento no sentido de que a cobrança da dívida

dependeria da propositura de uma ação judicial. Surpreendentemente, o STF acabou criando uma exceção a essa regra, o que é muito bem demonstrado pelo professor Furtado, ao comparar dois casos idênticos apreciados pelo Pretório Excelso, mas com soluções distintas. Confira-se:

> Um dos limites à autoexecutoriedade da atividade administrativa é o patrimônio do particular. Para satisfazer seus créditos, decorram de multas ou de prejuízos causados ao erário, não pode a Administração Pública invadir o patrimônio dos particulares e, contra a vontade destes, privar-lhes da propriedade dos seus bens ou dos salários, o que costuma ocorrer com servidores públicos.
>
> A jurisprudência do STF reconhece a existência de limites ao poder da Administração Pública de dar executoriedade a seus próprios atos.
>
> Ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.182, proposto por servidor da Câmara dos Deputados contra este órgão legislativo, decidiu o STF que, não obstante demonstrada a responsabilidade do servidor que deu causa a prejuízo à Câmara dos Deputados, não poderia este órgão, sem o consentimento do servidor, promover a indenização do prejuízo por meio de processo administrativo que resultaria em desconto em contracheque, sendo necessária a propositura de ação judicial.
>
> De forma aparentemente contraditória, em outra oportunidade, o mesmo STF, ao julgar o MS nº 24.544/DF, indeferiu pedido do impetrante contra ato emanado do Tribunal de Contas da União que determinara à Câmara dos Deputados o desconto da dívida na remuneração do responsável, sendo dispensável a sua manifestação de vontade, haja vista a autorização emanada do TCU ter decorrido de processo de tomada de contas especial no qual foi observado o direito de ampla defesa, bem como cumprida a exigência de notificação prévia ao impetrante do desconto, de acordo com o art. 46, da Lei nº 8.112/90.
>
> Ao considerar legítimo o desconto em folha promovido pela Câmara dos Deputados decorrente de processo conduzido pelo TCU, e ilegítimo o mesmo desconto quando oriundo de processo administrativo conduzido no âmbito da própria Câmara dos Deputados, o STF deixa inequívoco o seu entendimento acerca da existência de limites para a atuação judicial. (FURTADO, 2016, pp. 221/222)

Aqui já se tem mais um fator indicativo de que o Supremo trata de forma diferenciada as multas decorrentes do processo de contas. Isso porque, em dois casos semelhantes, o STF prolatou decisões distintas, ratificando, ainda, o entendimento no sentido de que nem sempre a cobrança de dívida será realizada pela via judicial. A esse respeito, confira-se trecho da decisão monocrática proferida no Mandado de Segurança n. 25428 – DF, da lavra do Eminente Ministro Gilmar Mendes:

> Cumpre esclarecer que a concessão de eficácia de título executivo às decisões do TCU não enseja necessariamente sua satisfação mediante uma ação de execução. Ressalte-se que o processo executório é apenas uma das vias colocadas à disposição do credor para o recebimento do débito. (STF, 2016)

Nesse contexto, considerando que nem a Constituição da República e tampouco a legislação infraconstitucional obstaram a execução por outras formas além da via judicial, passou-se a admitir que os Tribunais de Contas, *"ao lavrarem o acórdão condenatório, com força constitucional de título executivo, podem executar na esfera administrativa, de forma coercitiva, o comando nele contido, determinando o desconto na folha de remuneração do agente."* (FERNANDES, 2015, p. 529)

Mais recentemente, o STF passou a demonstrar com maior precisão os motivos pelos quais entende ser possível que as multas impostas pelos Tribunais de Contas sejam revestidas de autoexecutoriedade. Para tanto, parece ter se baseado em posição doutrinária no sentido de que, para o ato gozar desse atributo, seria imprescindível a presença de dois requisitos: I) o ato ser em sua essência exequível; e II) a expressa previsão em lei. É o que sustentava o saudoso professor Moreira Neto:

> A executoriedade é, portanto, a regra da execução administrativa, embora sempre sujeita a duas inafastáveis condicionantes, uma, positiva e outra, negativa. A condicionante positiva é a satisfação do próprio pressuposto da exequibilidade, pois somente o ato exequível se torna executório. A condicionante negativa é a inexistência de qualquer exceção legal específica, pois a legislação poderá submeter a execução de certos atos administrativos a um prévio controle de legalidade, caso em que ela se transferirá ao Poder Judiciário, com vistas a acautelar, desde logo, nessas hipóteses excepcionais, quaisquer direitos fundamentais especialmente tutelados que estejam em jogo, tais como a incolumidade da pessoa, a sua dignidade ou a garantia de seu patrimônio. (MOREIRA NETO, 2014, p. 191)

Evidentemente, tais requisitos mostram-se presentes no caso em análise. A uma porque existe fundamento legal para tanto, ante a previsão existente na grande maioria das leis orgânicas das Cortes de Contas brasileiras. A duas porque a exequibilidade da multa decorre da própria Lei Maior, conforme se extrai do art. 71, §3º, da CRFB/88.

Confirmando o entendimento acima exposto, confira-se decisões do STF prolatadas no bojo dos Mandados de Segurança n. 24544 - DF e 31914 - DF nesse sentido:

> LEGITIMIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROVENTOS - DESCONTO - LEIS Nº 8.112/90 E 8.443/92. Decorrendo o desconto de norma legal, despicienda é a vontade do servidor, não se aplicando, ante o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.112/90 e no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.443/92, a faculdade de que cuida o artigo 46 do primeiro diploma legal - desconto a pedido do interessado. (STF, 2005)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – DECISÃO QUE JULGA IRREGULARES AS CONTAS APRESENTADAS POR ADMINISTRADORES E/OU RESPONSÁVEIS POR DINHEIROS, BENS OU VALORES PÚBLICOS – CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DO DEVER DE RESSARCIR O ERÁRIO – POSSIBILIDADE DE DESCONTO, NA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO RESPONSÁVEL, DA DÍVIDA APURADA – EXISTÊNCIA DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL (LEI Nº 8.443/92, ART. 28, INCISO I) – SITUAÇÃO QUE, ADEMAIS, NÃO SE ENQUADRA NA NOÇÃO DE CONDENAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – INAPLICABILIDADE, POR ISSO MESMO, DA CLÁUSULA
>
> PREVISTA NO ART. 45, 'CAPUT', DA LEI 8.112/90 – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". (STF, 2014)

Talvez restasse alguma margem de dúvida em relação à urgência da medida, requisito este acrescentado por parte da doutrina. Mas, ainda assim, essa urgência não pode ser visualizada sob uma perspectiva meramente cautelar-temporal. É preciso ter um pouco mais de sensibilidade para enxergar os reflexos de uma penalidade imposta por um órgão de fiscalização da magnitude do Tribunal de Contas, o qual atua diretamente na preservação dos recursos públicos.

Daí se verá que a urgência, na verdade, é presumida e milita a favor do erário, pois é do interesse de toda a coletividade que os acórdãos proferidos pelas Cortes de Contas tenham a máxima efetividade, a fim de recompor o dano e reeducar o gestor na condução da coisa pública, impedindo, o mais rápido possível, que novo ato irregular seja praticado.

É óbvio que esse desconto não fica totalmente à mercê do respectivo Tribunal. Tanto é verdade que a própria lei determina a observância aos limites impostos pela legislação pertinente, responsável por fixar os percentuais dos descontos permitidos.

Em suma, não há como se afastar um atributo que é inerente às funções constitucionais desempenhadas pelas Cortes de Contas, qual seja: o poder de efetivar as suas próprias decisões. Trata-se, aliás, de corolário do princípio da separação de poderes.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que a Constituição Cidadã de 1988 tratou de conferir aos Tribunais de Contas competências de grande relevância para o controle da atividade pública. Embora exerça auxílio ao Poder Legislativo, não se trata de órgão meramente auxiliar. Na verdade, a sua autonomia institucional e a sua performance técnica trazem segurança social no que tange ao controle das contas públicas e, de sobra, concretiza o princípio republicano adotado pelo Estado democrático brasileiro.

Nesse sentido, o Constituinte de 1988 direcionou um comando às Cortes de Contas, consubstanciado no dever de apurar e responsabilizar àqueles que cometem irregularidades na condução da coisa pública. Não se trata de uma função sancionatória comum, mas de um instrumento que busca reparar as consequências ocasionadas por gestões deficientes, inibir a repetição e continuidade de práticas nocivas ao erário e, sobretudo, recolocar o gestor público no centro da juridicidade.

A fim de se dar efetividade ao referido comando, a legislação infraconstitucional dotou as penalidades impostas pelas Cortes de Contas de um regime diferenciado de execução, consubstanciado na sua autoexecutoriedade, permitindo, assim, que das próprias decisões fluam as concretizações do seu comando, independentemente da atuação de outro Poder.

Trata-se de atributo necessário e próprio ao desempenho da função constitucional de controle externo, sem o qual os Tribunais de Contas, a despeito de sua função jurisdicional extraída da Carta de 1988, tornar-se-iam meras instâncias de passagem até que a solução final da causa fosse dada pelo Poder Judiciário, mesmo quando os temas afetos aos seus julgamentos exorbitem do conhecimento meramente jurídico, já que, até mesmo em função da sua composição e matérias cognoscíveis, o seu ambiente institucional é marcado pela interdisciplinaridade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.** Brasília, DF, jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.** Brasília, DF, jun. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL, RONDÔNIA. Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.** Porto Velho, RO, jul. 1996. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/LeiOrg-154-1996.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.240 – SP (2017/0011208-5).** Órgão Julgador: Corte Especial. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 07/06/2017. Publicado no DJe em 20/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72995340&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.390.993 - RJ (2013/0209524-2).** Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 10/09/2013. Publicado no DJe em 16/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31158992&num_registro=201302095242&data=20130917&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 525.** Órgão Julgador: 1ª Seção. Decisão em 22/04/2015. Publicado no DJe em 27/04/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4070 - RO.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 19/12/2016. Publicado no DJe em 31/07/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.U+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4070%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bq3sgs7>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 802.442 - RS.** Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão Monocrática. Julgamento em 01/03/2013. Publicado no DJe em 07/03/2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.E+802442%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y997zmpt>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31914 - DF.** Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 26/08/2014. Publicado no DJe em 06/11/2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.U+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+31914%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mqvrhl8>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 823.347 - MA.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 02/10/2014. Publicado no DJe em 28/10/2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.RE%2EPRCR%2E+ADJ2+823347%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/mx8y6lw>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24544 - DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 04/08/2004. Publicado no DJe em 04/03/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.U+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24544%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cybuk32>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 25428 - DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Julgamento em 03/08/2016. Publicado no DJe em 08/08/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.E+25428%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycjrcd3y>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>. Acesso em: 17 mar. 2018.

CORRÊA, Marlon Fonseca. **A função pedagógica-punitiva das multas aplicadas aos administradores públicos, pelos Tribunais de Contas.** - Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2013/trabalhos_22013/MarlonFonsecaCorrea.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo.** 14. ed. rev. ampl. e atual. – JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et. al.* **Curso de direito processual civil: execução.** 7. ed. rev. atual. e ampl. – JusPodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 4. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. revistada e atualizada. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 7. ed. – Niterói: Impetus, 2013.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado.** 2. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. **Teoria, história e métodos de trabalho.** 1. reimp. - Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais.** – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TCU. **Conheça o TCU.** Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em 7 mar. 2018.

A CONTRATAÇÃO DE APLICATIVOS DE TRANSPORTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE A PARTIR DA DUPLA PERSPECTIVA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO ENTE PÚBLICO E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA

Autor: Ed Willian Fuloni Carvalho*

Coautor: Jaime Leônidas Miranda Alves**

*Defensor Público Federal. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduado MBA em Auditoria Pública e Licitação pela Faculdade Afirmativo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - Campus Cuiaba. E-mail: edfuloni@gmail.com.

**Secretário de Gabinete da 3ª vara cível da comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – Campus Cacoal. E-mail: jaime_lmiranda@hotmail.com.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo questionar a possibilidade jurídica da Administração Pública contratar aplicativos de transporte. O tema analisado encontra sua relevância na modificação significativa que os aplicativos de transporte causaram nos aspectos de mobilidade nas médias e grandes cidades. A seguir, verifica-se a conveniência para a Administração Pública, que nas últimas décadas busca imprimir ao aparelho estatal um perfil gerencial em detrimento à burocracia exacerbada e, bem assim, são debatidos aspectos de legalidade e conformidade do desenvolvimento da atividade típica da Administração Pública, sob regime de direito – ao menos predominantemente – público e a contratação de transporte por meio dos aplicativos. A construção teórica perpassa o advento de uma nova Administração Pública, construída a partir de reformas legislativas consubstanciadoras da redução do tamanho da máquina estatal, além da análise do transporte enquanto direito fundamental constitucionalmente assegurado e, em razão disso, exigível, vez que dimensão da própria dignidade da pessoa humana. Tendo por base o necessário enfoque à legalidade que vincula o administrador público e verificando como compatibilizar a contratação com os aspectos formais dos pactos administrativos, especialmente a pesquisa de preços, a licitação, a fiscalização e os aspectos orçamentários e, se utilizando do método hermenêutico concretizador, nos moldes aventados por Hesse, compreendeu-se que há compatibilidade jurídico-hermenêutica entre os limites de atuação da Administração Pública e a contratação de transporte por meio de aplicativos. Esse é o entendimento que melhor se coaduna com os meios disponíveis e os fins buscados pela Administração Pública conforme o ordenamento desenhado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Administração Pública. Aplicativos. Eficiência. Transporte público.

INTRODUÇÃO

Com a evolução das relações sociais, o Direito necessariamente se modifica. A interferência da sociedade no Direito não se limita ao brocardo *ubi societas ibi jus* – onde há sociedade, há o Direito -. Isso porque, além de condicionar a existência da ciência jurídica, as relações sociais impõem um dever constante de modificação e reconstrução do Direito sob uma perspectiva dialética.

Nessa conjectura, a evolução tecnológica traz reflexos que são sentidos tanto direta quanto indiretamente no ordenamento, a exemplo do tratamento dos direitos autorais e da propriedade industrial, o marco regulatório da internet, a previsão legal dos crimes cibernéticos, dentre outros. Nesse aspecto não deve escapar o necessário tratamento legal à inovação tecnológica que cambiou significativamente o panorama de vida nas médias e grandes cidades: fala-se do transporte de pessoas a partir do uso de aplicativos.

Sendo perceptível a influência nas relações sociais do advento de aplicativos de transporte, mister se faz a análise do tratamento jurídico conferido. É nesse contexto que se pretende discutir a possibilidade jurídica da Administração Pública efetivar a contratação de transporte via aplicativos. Tem-se, portanto, a revisitação de institutos clássicos da teoria do Direito Administrativo, como a Administração Pública e suas funções, meios, finalidades e, especialmente, seus limites.

Nesse diapasão analisa-se o novo paradigma conferido à Administração Pública a partir das evoluções do constitucionalismo (COIMBRA, 2015) e, em especial, da reforma gerencial que buscou imprimir celeridade e dinamismo no trato da coisa pública e, especialmente, os reflexos

axiológicos provindos da edição da Emenda Constitucional nº. 19/90.

Num segundo momento, estuda-se a construção jurídico-interpretativa do transporte enquanto direito fundamental, integrador do núcleo duro da dignidade da pessoa humana, além de verificar a influência do surgimento dos aplicativos de transporte na consagração no plano fenomênico desse direito nas médias e grandes cidades.

Por fim, sob o crivo da hermenêutica concretizadora e com aporte em consolidada doutrina e em entendimento já esposado no âmbito do Tribunal de Contas da União, verificar-se-á a possibilidade jurídica – englobando tanto a legalidade quanto aspectos de legitimidade a partir de um prisma de conveniência a partir da eficiência – da contratação, pela Administração Pública, de aplicativos de transporte.

1 O NOVO PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A BUSCA POR EFICIÊNCIA NO TRATO DA COISA PÚBLICA

A Administração Pública representa a sistematização de órgãos e pessoas que atuam nos limites da legalidade e legitimidade no mister de atingir a finalidade pública – de modo geral, o bem comum dos administrados.

É nesse sentido que Meirelles (2016) constrói conceito de Administração Pública segundo o qual esta é compreendida em sua acepção formal, material e operacional. No tocante à Administração Pública formal, tem-se o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo – é, propriamente, quem administra; de modo diverso, em se tratando da acepção material de Administração Pública, está-se analisando o conjunto das funções necessárias à consecução dos sérvios públicos. Por fim, o conceito operacional refere-se ao aparelhamento do Estado afetado ao desempenho contínuo e sistemático dos serviços próprios do Estado.

Para Di Pietro (2018, p. 50), a Administração Pública consiste em conceito polissêmico, que engloba um sentido amplo - a atividade política e a atividade administrativa - e um sentido estrito – correspondendo exclusivamente à função administrativa -, além da classificação em sentido subjetivo – quem realiza a atividade administrativa – e sentido objetivo – Administração Pública enquanto atividade destinada à satisfação das necessidades coletivas, englobando a prestação de serviço público, a polícia administrativa, o fomento e a intervenção.

Superadas as digressões inaugurais, mister consignar que a doutrina majoritária e, bem assim, os Tribunais Superiores, se utilizam da expressão “Administração Pública” em sua acepção formal, sendo esta a acolhida no presente trabalho. Isto é, o estudo se debruçará acerca das pessoas e órgãos que realizam a atividade administrativa.

Analisando o perfil da Administração Pública brasileira, verifica-se que houve uma modificação de paradigma, com uma tentativa de superação da administração burocrática pela administração gerencial, surgida no mister de superar a crise econômica que assolava o país. Nesse diapasão, consigna Bresser Pereira (1996, p. 2): ‘A crise do Estado implicou na necessidade

de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções ." Informa o autor que a globalização afetou diretamente a maneira como os Estados estruturavam sua atividade administrativa. Dito de outra forma, a globalização exigiu dos Estados uma resposta rápida e eficiente às exigências do mercado internacional; forçou a mudança a partir da revisão da estrutura pública, o que culminou, dentre outros aspectos, na redução da máquina estatal.

Analisando a evolução da sistematização da Administração Pública, Bresser Pereira (1996) aduz que a primeira reforma surgiu ainda em 1936, de cunho burocrático. Após, em 1967 houve verdadeiro ensaio de descentralização e desburocratização, tendo, contudo, sido revertida ao final. Em 1995, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso tomou campo a dita reforma gerencial, como resposta à crise dos anos 80 e, como já ventilado, à globalização da economia.

Com efeito, tanto a globalização quanto a crise econômica impuseram a redefinição das funções do Estado. Nessa conjectura, fez-se necessária a tarefa de (re)pensar e (re)construir a Administração Pública.

Sobreveio, nesse diapasão, verdadeiro movimento de diminuição do tamanho do Estado, com as privatizações e as descentralizações de serviço público, embebido por motivos de cunho neoliberal mas sem, contudo, se desvirtuar da construção constitucional acerca do Estado Social de Direito.

No plano constitucional, tem-se que a Constituição Federal de 1988 dedicou todo um título – Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira" – para tratar das bases que sustentam a ordem econômica. Assim, não obstante o Estado brasileiro tenha, a partir de 1988, se alicerçado como Estado Social, na medida em que foi reconhecido um "conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que [...] acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais" (SARLET, 2008, p. 169), é certo que, sob o plano econômico, este se viu diretamente vinculado ao capitalismo neoliberal.

Partindo da lição de Nicola (2010, p. 333), constrói-se uma abordagem analítica da ordem econômica tal qual tutelada pela Constituição Federal de 1988. Observa-se, de plano, que a tutela da ordem econômica não escapou do fenômeno da constitucionalização de direitos e interesses, virada epistêmica que marcou o advento do Estado Social.

Explana-se: constitucionalização é consequência direita do advento do Estado Social, ou *Welfare State*, que sobrepôs a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) entende que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade pura e simplesmente, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, a aproximação do Estado e o cidadão.

É nesse cenário que, conforme aponta Nicola (2010, p. 334) surge um paradigma amplamente caracterizado pela existência de "pontos de incongruência política e mesmo legal em algumas questões em que se conflitam as orientações ideológicas liberais e sociais".

É sob essa perspectiva que se observa uma Administração Pública que, ao mesmo tempo em que se fundamentou na consecução dos direitos sociais e do mínimo existencial, adotou como

método para o atingimento de tal fim a redução e a descentralização.

Avançando, tem-se o atingimento de novo paradigma com a edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004 que, dentre outras inovações, incluiu no rol do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal a eficiência como princípio a nortear, ao lado dos preexistentes princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a atuação da Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O ponto de partida da análise do novo perfil da Administração Pública é, portanto, o princípio da eficiência. O referido princípio, que parte da doutrina já apontava iluminar a atuação da Administração Pública, de forma implícita, antes da edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004, corresponde não apenas como diretriz a inspirar a atividade do administrador. Mais que isso, a eficiência se revela como dever jurídico, fazendo surgir uma busca constante por uma atuação, além de proba, racional, organizada de modo a proporcionar os melhores resultados com o dispêndio do menor custo em menos tempo.

De modo diverso, Silva (2015, p. 61) entende não consubstanciar o princípio da eficiência dever jurídico mas, noutro giro, dever econômico, visto que a eficiência não serve para qualificar normas, mas sim atividades. Obtempera (SILVA, 2015, p. 61):

> Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica em medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados. [...] Isso quer dizer, em suma, que a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, matérias e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais pra a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.

Prevalece, todavia, o entendimento de, enquanto trata-se de princípio é, portanto, espécie de norma jurídica, a fazer incidir para a Administração Pública dever jurídico de eficiência.

Sobre o princípio da eficiência, esclarecedora a lição de Gasparini (2012, p. 25) para quem este “impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade”.

Meirelles (2016) complementa, afirmando que:

> [...] a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, pois, no título II, Dos Direitos e Garantias fundamentais, inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (2016, p. 100/101).

Para o autor (2018, p. 101) o princípio da eficiência é o mais moderno dentre aqueles que balizam a função administrativa, não se contentando apenas com a legalidade na medida em

que passa a exigir resultados positivos para o serviço público, além de atendimento, no mínimo satisfatório, às necessidades da comunidade e seus membros.

Deve-se destacar que a obediência à eficiência não se encontra firme apenas no plano constitucional, mas atualmente está positivada em diversos diplomas, a exemplo do Decreto-lei n. 5.450/2005, no tocante à exigência de eficiência na realização de licitação na modalidade pregão, e a Lei n. 9.784/99, que cuida do processo administrativo na seara federal.

Importante no estudo do princípio da eficiência a menção às suas características, conforme doutrina de Moraes (2007, p. 93-5). Nesse jaez, o princípio da eficiência se caracteriza pela: a) promoção ao bem comum, visto que o serviço público deve ter objetivo a satisfação do bem comum; b) imparcialidade, uma vez que a atuação eficiente é necessariamente a atuação imparcial, independentemente de interesses particulares e norteadas por critérios objetivos em defesa do interesse público; c) neutralidade, perpassando a compreensão de que o Estado é neutro na busca pela justiça, de modo que deve, em obediência ao comando de eficiência, estabelecer regras justas; d) transparência: a eficiência da atuação da Administração Pública depende da transparência e consequente possibilidade de controle dos atos do ente público pela população e pelos órgãos formais de fiscalização, a exemplo dos Tribunais de Contas; e) participação e aproximação dos serviços públicos da população: a participação e o debate plural dos atos da Administração Pública permitem uma construção de legitimidade procedimental e, bem assim, da fomento da cidadania emancipatória dos indivíduos. Verifica-se nesse cotejo, a construção da pessoalidade a partir de espaços públicos de convivência e de debate dos atos afetos à Administração Pública, em desdobramento dos princípios da soberania popular e da democracia representativa.; f)eficácia: não obstante parte da doutrina trabalhar o conceito de eficácia como sinônimo de eficiências, não há coincidência ontológica. Assim, para Berro e Borin (2015, p. 95) a eficácia pode ser tanto material - hipótese que se revela no cumprimento, por meio do ente administrativo, dos objetivos e finalidades que lhe são próprios, estabelecidos via regras de competência ordinária - e formal - na compatibilidade formal entre o procedimento adotado e a previsão legal. Eficácia, de modo amplo, seria portanto a aptidão do ato administrativo em produzir os efeitos pretendidos, desencandeando a modificação no plano fenomênico almejado pelo administrador; g) desburocratização, na medida em que a burocratização da coisa pública é tida como empecilho à eficiência. A burocratização administrativa deve, portanto, ser evitada, visto que possui o condão de, ao menos em tese, em razão de excessos de formalidades injustificado a, comprometer a celeridade, a qualidade e o próprio fundo de direito o quais, enquanto função precípua, deve a Administração Pública assegurar e implementar; e, por fim, h) busca da qualidade: consiste na “busca pela otimização dos resultados através da correta aplicação de quantidade de recursos e esforços, para um resultado otimizado, com a satisfação do consumidor ou usuário, sem distinção se prestado por uma instituição de caráter público ou privado” (BERRO; BORIN, 2015, p. 95).

Verifica-se que de modo diverso do que ocorre com outros princípios, que carecem de concreção conceitual em relação à eficiência, há largo desenvolvimento acerca dos deveres que esta impõe ao administrador da coisa pública. Ademais, deve-se destacar que a eficiência não se revela apenas no plano dos deveres; de modo diverso, ilumina a análise dos limites da atuação da Administração Pública, de sorte que, ao lado da legalidade, aponta quais aspectos de atuação são constitucionalmente adequados a fim de atingir o fim público.

Indubitável, por fim, a relação entre o assento constitucional do princípio da eficiência e a reforma gerencial. Confome lição de Martins (2006, p. 262):

> Devemos lembrar que a explicitação normativa do princípio da eficiência na Constituição de 1988, por meio da EC 19/1998, realizou-se em um momento que se pretendeu impor uma profunda transformação na estrutura e no funcionamento da Administração Pública brasileira. Estamos às voltas com uma nova (e, para muitos, brilhante) idéia, a de Administração Pública gerencial, na qual o papel do princípio da eficiência seria central, na medida em que 'teria o condão de voltar-se contra a burocracia estatal, atenuando o formalismo exacerbado da Administração Pública brasileira.

Isso porque a reforma gerencial veio como movimento a fim de conferir eficiência aos serviços ofertados pelo Estado aos administrados, por meio da descentralização de funções, eliminação de custos e a redução do tamanho da máquina estatal. Foi a adoção do padrão gerencial da Administração Pública escopo empírico para a consagração filosófico-constitucional do princípio da eficiência, a partir da Emenda nº. 45/2005.

Deve-se destacar, nessa toada, que a eficiência, aos olhos da Administração Pública, não deve se confundir com a eficiência aplicada a particulares. Os conceitos estritamente privados de eficiência devem ser interpretados de forma consentânea aos demais mandamentos constitucionais de otimização, a exemplo da legalidade, moralidade e finalidade, visto que a atividade da Administração Publica se encontra sempre vinculada à finalidade pública. É nesse cotejo que afirma Alcântara (2009, p. 26) que o "conceito de eficiência apresenta necessariamente contornos diferenciados em organizações privadas e públicas", visto que "nestas, o que deve prevalecer é o interesse ou a necessidade dos cidadãos; naquelas, predominam o interesse financeiro e de seus proprietários e a maximização do lucro". Sintetizando, tem-se que o conceito de eficiência, classicamente, consistia em fazer o melhor uso dos recursos visando o lucro; na seara da Administração Pública, tem-se a eficiência enquanto dever jurídico de se utilizar os recursos da melhor forma possível a fim de atender ao interesse público.

É esse liame entre a eficiência enquanto dever jurídico a ser perseguido e a consecução do fim pretendido - o bem público - que possibilita pensar naquela - a eficiência - enquanto norte axiológico a contribuir na determinação dos limites da atuação da Administração Pública, como se verá adiante, mormente na análise da possibilidade jurídica de contratação pelo ente público de aplicativos de transporte.

Ademais, a análise da (in)possibilidade jurídica de contratação pela Administração Pública de transportes públicos perpassa, necessariamente, p estudo da evolução do constitucionalismo e a atuação contemporânea dos Tribunais de Contas, mormente a partir da doutrina de Coimbra (2015, p. 1910) direcionando especificamente ao estudo de acórdão paradigmático do Tribunal de Contas da União.

2 APLICATIVOS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO TRANSPORTE

Uma análise apurada de qualquer objeto depende, necessariamente, de sua devida conceituação. Nesse contexto, impossível o estudo da contratação de aplicativos de transporte pela Administração Pública sem antes se estabelecer a definição e os limites do termo "aplicativos de transporte", para fins do presente estudo.

Os aplicativos de transporte sobre os quais se debruça o presente são *softwares* desenvolvidos e instalados em um dispositivo eletrônico móvel que com o fito de conectar pessoas (clientes) a motoristas cadastrados (comumente denominados "parceiros") por determinadas empresas a fim de levá-las (os clientes) até certo ponto geográfico. São, portanto, uma espécie de meio de transporte hodierno, acessado geralmente por *smartphones*. Hoje, tais plataformas virtuais representam uma das formas mais utilizadas para locomoção dentro dos centros urbanos. Os exemplos mais comuns de empresas do ramo, para se citar nominalmente, são a Uber, o 99, a Cabify e o Moovit.

Importante pontuar que, no Brasil, há um regime jurídico diferenciado para transporte intermunicipal e interestadual e embora haja aplicativos de transporte que se prestem a tal finalidade, como as chamadas "caronas solidárias", dado o tratamento jurídico distinto que recebem em comparação com o transporte urbano, apenas este último será objeto de estudo no presente esboço.

Ademais, também não há pretensão, neste artigo, de se avaliar a relação jurídica entre os motoristas e as empresas responsáveis pelos aplicativos. A questão, bastante tormentosa, refere-se, principalmente, à (in)possibilidade de se considerar a existência de vínculo empregatício entre a referida empresa e seus parceiros que atuam como motoristas.

Os aplicativos de transporte tomaram de assalto a mobilidade urbana nos grandes e médios centros metropolitanos. Como fenômeno social, tais aplicativos parecem uma realidade inexorável. A Uber, maior empresa do ramo, está em 633 cidades do mundo, segundo seu sítio oficial, e avaliações financeiras dão conta de um valor de mercado de cerca de $ 69 bilhões de dólares americanos (BOMFIM, 2017). Os números são significativos, haja vista em que evidenciam a realidade social: os aplicativos de transporte vieram para ficar.

Dessa maneira, considerando que o direito, como ciência social aplicada, tem o dever e o papel de reger as relações e interações sociais (FERRAZ JÚNIOR, 2016), não pode ficar inerte diante do advento dos aplicativos de transporte. A chegada da Uber e de outras empresas similares no Brasil foi marcada por protestos antagônicos: de um lado aqueles que defendem a legalidade do sistema, pautando-se na liberdade econômica - constitucionalmente assegurada, insta esclarecer - e no suposto melhor interesse da população e, de outro, os que lutavam contra a própria tolerância do Estado com os aplicativos, sob o argumento de que o transporte público é de responsabilidade e interesse estatal e, portanto, somente poderia se dar com a devida regulamentação e concessão (v.g táxis).

A discussão supramencionada, que também apenas tangencia o objeto deste texto, embora ainda não superada, teve um marco recente que alterou substancialmente o paradigma da análise: a aprovação, pelo Poder Legislativo, de um substitutivo do deputado Daniel Coelho (PSDB-PE) ao projeto de lei nº 5587/16, do deputado Carlos Zarattini (PT-SP). O texto original havia sido aprovado pela Câmara em 2017 e o Senado Federal apresentou um substitutivo (PCL 28/17). Após, o texto retornou à Câmara dos Deputados e no dia 4 de março de 2018 foi aprovado com duas emendas ao texto do substitutivo.

O projeto (PL-5587/2016) aprovado pelo plenário da Câmara atribuiu exclusivamente aos municípios e ao Distrito Federal a regulamentação dos aplicativos de transporte, porém, estabelece algumas regras gerais, tais como veículo que atenda às características exigidas pelas autoridades

competentes e com idade máxima definida pelo ente municipal e informação na Carteira Nacional de Habilitação de que o motorista exerce atividade remunerada. Ademais, os municípios terão de exigir, caso o projeto seja sancionado sem alterações, tributos pela prestação de serviço, seguro de acidentes pessoais de passageiros e seguro obrigatório (DPVAT), além de inscrição do motorista no Instituto Nacional de Seguro Social como contribuinte individual.

A simples menção à aprovação legislativa e a existência do projeto de texto legal ratificam a tolerância do Estado brasileiro com os aplicativos de transporte e como um meio adequado de se concretizar o próprio direito fundamental social ao transporte, daí a importância de sua menção no presente artigo.

O direito fundamental ao transporte é ponto fulcral da análise encetada. A expressa referência ao transporte na Constituição Federal se deu a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 90/2015, que se originou da Proposta de Emenda Constitucional nº 74/2013, cuja iniciativa partiu da Deputada Federal Luiza Erundina (PSOL/SP) e, no Senado, teve a relatoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP).

A justificação da dita proposta mencionou que o transporte se relaciona diretamente com a qualidade de vida da população, especialmente no meio ambiente urbano. Ademais, fez elucubrações acerca dos reflexos que o transporte exerce na economia do país. Diante de tais considerações, pontuou que o transporte público exerce uma função social vital, determinante à emancipação social daqueles que dependem do Estado para sua locomoção. Assim, expôs que o dinamismo social impunha que o transporte fosse alçado à condição de direito social expresso no rol do artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Também o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados asseverou, quanto ao mérito, que ratificava o posicionamento apontado na justificação da PEC, trazendo a lume o próprio preâmbulo constitucional - vetor interpretativo, ainda que despido de conteúdo jurídico cogente - que afirma que o Estado se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Acrescentou, ainda, considerações sobre a geografia brasileira e a relevância que um direito positivado ao transporte viria a ter sobre a população, especialmente sobre os mais pobres, até que, por cabo, opinou pela constitucionalidade da PEC e, no mérito, por sua aprovação (BRASIL, 2013).

Após a tramitação, em 15 de setembro de 2015 foi publicada a alteração constitucional que acrescentou o direito ao transporte ao rol de direitos sociais da República Federativa do Brasil. Sobre o direito ao transporte como direito fundamental, menciona a doutrina:

> Na visão material, o direito ao transporte se trata de direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o status jurídico material do cidadão, tornando acertada a inserção no rol do artigo 6º da Constituição Federal, até por ser considerado 2 como cláusula pétrea em extensão do disposto no §4º do artigo 60, do mesmo dispositivo legal (CIDADE; LEÃO JÚNIOR, 2016; p.199).

A positivação do direito ao transporte, embora não constasse na carta política brasileira como direito fundamental até a EC 90/2015, não é novidade, porém. Destaque-se que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, aprovada

pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, com vigência nacional desde 4.1.1969, promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969 e publicada no D.O. de 10.12.1969, já prevê, em seu art. 4º, i, o direito de "acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público, tais como meios de transporte".

Também a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, assinada pelo Brasil em 31 de março de 1981, em vigor no Brasil a partir de 2 de março de 1984, promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, em seu artigo 14.2.h, assegura às mulheres, especialmente aquelas em zona rural, o direito a gozar de condições de vida adequadas, particularmente na esfera do transporte.

Ainda no sentido de demonstrar que o direito ao transporte possui reflexos no plano internacional, importante mencionar que diversas Constituições de países da América do Sul também trazem o direito ao transporte ou à locomoção em seu texto ou, ao menos, a menção à obrigação estatal em promover e regular o transporte público.

A constituição venezuelana, no artigo 178.2, dispõe sobre serviços de transporte público; a lei maior boliviana, no artigo 76.I, expressamente determina que é dever do Estado garantir acesso da população a um sistema de transporte integral, eficiente e eficaz; o art. 394 da carta magna equatoriana exige que o Estado assegure a liberdade de transporte público terrestre, aéreo, marítimo e fluvial, com promoção de transporte de massa e adoção de política de tarifas prioritárias; e, por fim, a constituição peruana impõe que os governos locais promovam e regulem políticas e atividades de transporte coletivo, no artigo 195.

O novo constitucionalismo latinoamericano, marcado por um viés social-democrata, portanto, é adepto da ideia de que o transporte se consubstancia em direito social a ser defendido pelo Estado (ALVES; MARISCO, 2015). Naturalmente que não se passa ao largo das discussões acerca da melhor forma de promovê-lo, bem como quanto à própria natureza do direito. Entretanto, a consolidação do direito ao transporte como espécie direito fundamental social parece caminhar no sentido de um consenso positivo na região.

E é nesse cenário que a possibilidade de contratação de aplicativos de transporte se transforma. O rol de direitos sociais, principalmente após o advento do pós-positivismo e da força normativa da Constituição, não pode ser tratado como mera expectativa ou simples carta de intenções. Cabe ao Estado agir para concretizar os direitos elencados. Ou, segundo Barroso (1996, p. 83) promover "a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social".

Não é dado ao hermeneuta que ignore a presença do direito ao transporte no rol do artigo 6º da Constituição Federal. O legislador, no exercício de seu poder de emenda constitucional, acrescentou o transporte à lista de direitos sociais. Tal alteração deve, necessariamente, gerar efeitos jurídicos e sociais. Jurídicos na interpretação da legislação e do ordenamento jurídico vigente, que deve se prestar a servir à Constituição, e social na medida em que ordena que o gestor público priorize políticas públicas relacionadas ao tema.

Assim, em um processo de constitucionalização, qualquer interpretação ou norma infraconstitucional deve passar por um processo de releitura a partir da inserção do transporte como

direito social, sempre buscando se coadunar com a previsão da lei maior - fenômeno conhecido por constitucionalização-releitura (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 44).

Diante disso, a polêmica a respeito dos aplicativos do transporte passa a ser interpretada também a partir da dita previsão. Ocorre que não se está mais diante, apenas, do princípio da livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência e defesa do consumidor (art. 170 e incisos da Constituição Federal), mas também sob a luz do direito fundamental ao transporte.

Nessa toada, interpretando-se de forma conglobante a legislação vigente e o ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em conta a previsão constitucional e a recém aprovada lei correspondente pelo Congresso Nacional, conclui-se que o Estado brasileiro não apenas tolera, mas também permite e, até certo ponto, incentiva a concretização do direito ao transporte pelo uso dos aplicativos de transporte.

3 A CONTRATAÇÃO DOS APLICATIVOS DE TRANSPORTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ACÓRDÃO 1223/2017-PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O objetivo da Administração Pública, conforme já mencionado, é necessariamente a consecução do interesse público, na acepção moderna e democrática do termo.

Dessa maneira, coadunando-se o interesse público ao princípio da legalidade e eficiência, as contratações públicas não podem se valer de institutos não regulados ou não admitidos pelo direito. Todavia, tal qual explanado no tópico anterior, os aplicativos de transporte não são apenas tolerados pelo ordenamento nacional, mas também passaram a ter importância e relevância ao ponto de merecer defesa por parte do Estado.

Sendo assim, não há óbice, a princípio, à contratação, pela Administração Pública, de aplicativos de transporte, na medida em que não há qualquer ilegalidade na existência dos referidos aplicativos e na prestação de serviço de transporte por tais empresas.

As contratações públicas, naturalmente, iniciam-se com uma análise de conveniência e oportunidade do gestor. Embora não seja o foco do presente artigo o estudo acerca da necessidade e vantajosidade de tais contratações, é vital pontuar que é possível se concluir nesse sentido, a partir de uma análise de custo-benefício.

Ocorre que, tradicionalmente, a Administração Pública se fez valer de uma das seguintes opções para transporte de servidores e autoridades: frota própria de veículos, adquirida em caráter permanente; aluguel de veículos; ou contratação de táxis.

Embora todas as opções sejam juridicamente aceitáveis, cada uma delas apresenta desvantagem que, teoricamente, poderia ser suprida pela contratação de aplicativos de transporte. A aquisição de frota própria de veículos encontra dificuldades oriundas dos custos de manutenção (seguro, documentação, revisão, etc), custos de contratação de motorista, custos de guarda do veículo (garagem, estacionamento e outros), além da dificuldade e desvalorização na revenda. O aluguel de carros, por sua vez, também depende de custos semelhantes ao da aquisição dos veículos quanto à contratação de motorista e guarda e, embora não apresente as demais dificuldades, é

geralmente mais custosa. Por fim, a contratação de taxis, como entendeu o Tribunal de Contas da União, além de ser eventualmente mais custosa que o uso de aplicativos de transporte, implica em restrição à concorrência na licitação.

Em 14 de junho de 2017, o Ministro Benjamin Zymler conduziu com seu voto relator o Acórdão nº 1223/2017-Plenário, julgado pelo Tribunal de Contas da União, e que expressamente se debruçou sobre o assunto.

A mencionada decisão da Corte de Contas federal é oriunda de representação do Sindicato das Empresas Locadoras de Veículos Automotores do Distrito Federal-Sindiloc, que se insurgiu contra o Pregão Eletrônico 3/2016, para registro de preços, promovido pela Central de Compas (CC) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Além do Sindiloc, a Cooperativa de Transporte Rodoviário - COOPERTRAN, também ingressou com representação contra o referido processo licitatório e, entre as impropriedades aventadas, também citou o direcionamento do certame, que preteriria as plataformas de tecnologia já existentes.

O objeto da referida licitação era a contratação de serviço de transporte terrestre de servidores, empregados e colaboradores da Administração Pública Federal direta, por meio de táxi e por demanda, no âmbito do Distrito Federal.

Entre outras supostas irregularidades, o representante alegou que a licitação tinha nítido direcionamento, na medida em que expressamente permitia a participação apenas de empresas de táxis, ao passo em que o próprio serviço de transporte por aplicativo já estava regulado no Distrito Federal desde 2016.

Insta salientar, acerca dos modais, que Equipe Técnica do Ministério do Planejamento, no relatório "Análise de Alternativas de Prestação de Serviços de Transporte", mencionado no acórdão em voga, concluiu que o custo para a administração por quilômetro rodado com veículos próprios é de R$ 6,26; com veículos locados, R$ 4,76 e, por fim, com táxis, R$ 3,86.

Em um primeiro momento, o Ministro Zymler, relator, deferiu medida cautelar para suspensão do certame. Posteriormente, ainda em cognição sumária, revogou a medida cautelar anteriormente deferida e a substituiu por decisão que impedisse apenas a prorrogação do contrato que adviesse do Pregão Eletrônico 3/2016.

Em seu voto condutor do Acórdão, já em sede de cognição exauriente, o Relator mencionou expressamente a Lei Distrital nº 5.691/2016, chamada de "lei do Uber". A existência de norma estatal regendo o transporte individual de passageiros por aplicativos indica, tal qual já pontuado, não apenas a tolerância, mas verdadeira regulamentação estatal com o sistema tecnológico em questão. Dessa maneira, incabível concluir pela impossibilidade de contratação destes pela administração pública.

O voto em questão, ao tratar da Uber especificamente, pontuou que "não há dúvida de que o referido serviço, atualmente, também pode ser considerado como importante modal de transporte". Após, teceu considerações sobre o funcionamento da Uber no Distrito Federal sem embaraço desde 26 de fevereiro de 2015, além de considerar relevante que em 5 de abril de 2016 a empresa espanhola Cabify, maior concorrente da Uber, também passou a operar no Distrito Federal.

Ademais, trouxe a lume também as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, dispostas no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei 12.587/2012, que dispõe que o transporte urbano motorizado de passageiros pode ser público ou privado.

Pelos argumentos supra, o voto do relator, aprovado por unanimidade pelo plenário do TCU, decidiu que a licitação distrital restringiu indevidamente a concorrência, porém, por questões consequencialistas, poderia dar continuidade à execução contratual, ressalvando que, nos próximos estudos preliminares, necessariamente conste os aplicativos de transporte, a fim de viabilizar que estes também participem dos certames públicos, se assim o desejarem.

As considerações acima do referido voto são relevantes para que se diferencie o serviço prestado pelos táxis daquele executado pelos motoristas dos aplicativos de transporte. Os primeiros prestam serviço público, dependente de concessão estatal, ao passo em que estes últimos operam em regime jurídico de direito privado, em serviço não essencial e opcional, decorrente da liberdade econômica e da livre concorrência, ambos princípios da ordem econômica brasileira. Vital pontuar que o Projeto de Lei 5587/2016 omitiu, em seu texto final, a previsão legal de que o serviço tem natureza privada. Portanto, a natureza jurídica do serviço prestado por aplicativos de transporte é questão sobre a qual a doutrina há de se debruçar, porém, é fato que não tem o mesmo regime público de concessão que o serviço de táxi.

A existência do direito ao transporte, porém, também deve ser mencionada quando da discussão do presente tema, haja vista que é justamente o direito ao transporte que serve como base constitucional e tábua axiológica para a tolerância e anuência estatal aos aplicativos de transporte e, uma vez que estes não encontram óbice legal de qualquer natureza, também não restam empecilhos à sua contratação pela administração pública.

Naturalmente que cabe pontuar algumas questões de ordem prática em eventual licitação e contratação com aplicativos de transporte. A pesquisa de preços, com alguns aplicativos, pode ser prejudicada diante da variabilidade nos preços. A Uber, por exemplo, utiliza-se de “preços dinâmicos”, ou seja, não há previsibilidade precisa do valor por quilômetro rodado.

A impossibilidade de se calcular exatamente os preços, entretanto, não é óbice à contratação pública. Nesse caso, basta justificar a pesquisa de preços e, orçamentariamente, instrumentalizar o pagamento por meio de empenho por estimativa, nos termos do art. 60, §2º, da Lei 4.320/64.

Em contraponto, os aplicativos facilitam o exercício do controle da Administração Pública, na medida em que funcionam por sistema de posicionamento global (GPS) e registro de hora, local e usuário.

De toda forma, é fato que, diante do cenário social e jurídico presente, as licitações e contratações da Administração Pública necessariamente devem consultar e fazer constar estudos que contemplem como alternativa os aplicativos de transporte, haja vista que eventual omissão nesse sentido geraria uma injustificável restrição à concorrência, além de distorção nos preços orçados, uma vez que os aplicativos, via de regra, apresentam preços competitivos.

Assim, percebe-se que a contratação pela Administração Pública de aplicativos de transporte perpassa com sucesso o filtro constitucional de legalidade e proporcionalidade que vincula e traça

os limites da atuação estatal[1], o que fundamenta a sua possibilidade jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassado o novo paradigma da Administração Pública a partir de inovações legislativas e constitucionais que buscaram trazer eficiência ao trato da coisa pública e, bem assim da constatação do transporte público enquanto direito fundamental, chegou-se, utilizando da hermenêutica constitucional concretizadora, às seguintes considerações:

I) O novo paradigma de eficiência imprimido à Administração Pública, bem assim a necessária tutela do interesse público, tornam juridicamente impossível de se ignorar tecnologias que transformaram a realidade social e que apresentam preços competitivos.

II) Tendo por base alinhamento da temática à hermenêutica concretizadora é certo que o intérprete da norma não pode ignorar a opção do legislador – no caso, a consideração do direito ao transporte enquanto direito fundamental. Assim, a legislação e a realidade devem, enquanto norma concreta, ser construídas a partir de um movimento hermenêutico a partir desse filtro constitucional, que inclui, necessariamente, o direito ao transporte. É nesse sentido que se admite que os aplicativos de transporte devem, não apenas ser permitidos – a proporcionalidade sob uma perspectiva de vedação ao excesso (Übermassverbot) – mas ainda, devem ser incentivados – proporcionalidade enquanto vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

III) Como consectário lógico do aventado no tópico anterior, se os aplicativos devem ser tolerados e até mesmo incentivados pelo Estado, não há impedimento para a Administração Pública em contratá-los, mostrando-se a contratação adequada aos imperativos que norteiam a atuação do Estado, não encontrando empecilho na legalidade pública.

IV) Correta a manifestação do Tribunal de Contas da União no sentido de que os aplicativos de transporte representam fenômeno social, que cambiou significativamente os aspectos de mobilidade urbana de sorte que impedir a sua participação em certames de contratação configuraria restrição indevida à concorrência.

V) Por fim, passa a ser dever da Administração Pública, a partir de tudo já considerado, a realização de prévio orçamento de preços e realização de contratações sempre levando em conta a hipótese dos aplicativos de transporte, a fim de verificar se estes atendem ao melhor interesse público, visto que hialina a possibilidade jurídica de contratação de aplicativos de transporte pela Administração pública

[1] Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada (MELLO, 2016. p. 79).

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Christian Mendez. Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia na administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. *In:* **Constituição, Economia e Desenvolvimento***:* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 24-49.

ALVES, Jaime Leônidas Miranda Alves; MARISCO, Francele Moreira. **O novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais.** Curitiba: CRV, 2015.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado***.* 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2011,

BARROSO, Luiz Roberto***. O direito constitucional e a efetividade de suas normas:*** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERRO, Maria Priscila Soare; BORIN, Roseli. Breves reflexões sobre o princípio da eficiência como meio de combate à corrupção na administração pública. *In:* **Direito administrativo e gestão pública I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/1ppyi8tz/a81d4OFwI2tF508C.pdf. Acesso em: 25 mar. 2018.

BOMFIM, Mariana. **Uber, Netflix, WhatsApp: por que fazem sucesso, mas têm perdas e dívidas?***.* Disponível em: ttps://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/06/empresas-tecnologia-gigantes-valorizadas-mercado-prejuizo-dividas.htm. acesso em: 25 mar 2018.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *In:* **Direitos Fundamentais e Justiça.** n.º 3, abril/junho2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 19. Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Democrático***.* 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direito ao Transporte como Direito Fundamental Social. In: **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília v.2, n.1, p.196-216, jan.-jun. 2016

COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos. A evolução do constitucionalismo no Brasil e a atuação contemporânea dos Tribunais de Contas. In**: Revista Eletrônica Direito e Política.** v. 10, p. 1906-1934, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 41. ed. São Paulo: Gen, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo Malheiros, 2016;

NICOLA, Rafaela Mariane de. **A ordem econômica:** apontamentos sobre constituições centralizadas e descentralizadas e suas origens. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3016.pdf acesso em: 29 abr. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras.** 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **In: Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento.** Brasília, maio de 1996. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf. acesos em: 25 mar. 018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 58.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed. Minas Gerais: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional** positivo. São Paulo: Malheiros. 2015.

O PAPEL PARADIGMÁTICO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE SOCIOAMBIENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Autores: Elson Pereira de Oliveira Bastos*

Fabrine Felix Fossi Bastos**

*Graduado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (2001). Especialista em Direito Tributário. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

**Graduada em Administração pela Faculdade de Porto Velho – FIP (2005). Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO (2010). Especialista em Direito Tributário e Direito Constitucional. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada.

RESUMO

É preciso reconhecer que os Tribunais de Contas, a partir da Constituição de 1988, assumem um papel destacado na concretização do princípio da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública. Seguindo o método fenomenológico, com base na pesquisa bibliográfica e apoio em doutrina de autores influentes do Direito Constitucional e do Direito Ambiental, propõe-se analisar os fundamentos teóricos e normativos que justificam os Tribunais de Contas a exercerem um controle de legitimidade da Administração Pública, orientando e fiscalizando o ajuste da atuação pública ao princípio da sustentabilidade. O estudo baseia-se na compreensão do constitucionalismo contemporâneo e do princípio da sustentabilidade. O artigo demonstra que já há iniciativas relevantes na área da fiscalização ambiental pelos Tribunais de Contas, como é o caso das auditorias ambientais, mas conclui que é preciso avançar mais, na direção de um controle forte em relação ao cumprimento, pela Administração Pública, do princípio da sustentabilidade e das normas ambientais vigentes, o que se daria por meio do controle operacional segundo o parâmetro de legitimidade.

Palavras-chaves: Tribunais de Contas; Constitucionalismo Contemporâneo; Sustentabilidade; Controle de Legitimidade.

INTRODUÇÃO

As questões ambientais há muito têm sido objeto das preocupações científicas e políticas em todo o mundo. A confirmação de que o ser humano está destruindo a natureza e contribuindo decisivamente para o colapso do planeta é não apenas teórica, mas real. O clima, o ar, as florestas, os mares, as cidades, a diversidade biológica como um todo têm revelado a face perversa do modo de vida moderno – a degradação ambiental. No século XIX Karl Marx já aludia à falha metabólica que resultaria do modo de produção capitalista, reconhecendo, nisso, os limites da natureza. Hoje essa ideia expandiu-se para todas as facetas da vida moderna, havendo uma compreensão bastante disseminada de que a natureza não apenas tem limites, mas que esses limites estão muito próximos de serem ultrapassados.

Essa problemática, dada a sua relevância, tem impactado igualmente o mundo jurídico. No plano interno e internacional, surgiram inúmeros instrumentos jurídicos regulando o comportamento dos entes públicos e privados em matéria ambiental. Paralelamente, houve um claro desenvolvimento teórico sobre os fundamentos e premissas que devem orientar a interpretação normativa nessa área, sendo um deles, talvez o mais importante, a ideia de sustentabilidade.

A sustentabilidade situa-se no paradigma socioambiental que tem diversas dimensões (ambiental, política, ética, social, jurídica etc.). Neste ensaio ela é analisada como princípio jurídico. Para bem compreendê-la sob essa perspectiva, faz-se necessário situá-la no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que tem uma característica marcadamente transformadora da realidade. Nesses termos, o artigo propõe que o constitucionalismo contemporâneo é a chave para a compreensão do princípio da sustentabilidade, através da qual se lhe confere força normativa e aptidão para influenciar a realidade.

Firmada essa premissa, desenvolve-se a repercussão que a sustentabilidade, dado que implica uma nova forma de pensar o meio ambiente, tem sobre a atuação da Administração Pública. Isso porque a sustentabilidade, como princípio constitucional, cria para o Estado brasileiro, conformado sob o modelo de Estado Democrático de Direito, tarefas e dever de proteção. Daí a centralidade da posição dos Tribunais de Contas em relação ao controle externo da Administração Pública, que entendida no contexto do constitucionalismo contemporâneo e sob o paradigma socioambiental, tem importância paradigmática para encaminhar o Poder Público na direção do desenvolvimento sustentável.

Por fim, defende-se que o controle exercido pelos Tribunais de Contas ganhe fôlego para

além do foco no resultado, convolando-se num controle de legitimidade, através do qual não estariam excluídas as outras dimensões (conformidade e resultado), mas passaria a ser foco de preocupação a efetiva vinculação e compromisso da Administração Pública com o princípio da sustentabilidade.

1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PARADIGMA DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

O momento atual de desenvolvimento da Teoria do Estado tem estreita relação com a evolução da ideia do que se convencionou chamar de constitucionalismo contemporâneo. Trata de uma compreensão que sofre a influência de diversos eventos históricos e mudanças no pensamento teórico que alcançaram a Teoria do Direito no século XX e que constitui a base para o entendimento do paradigma do Estado Socioambiental de Direito. Adiante serão expostas as ideias centrais que permitem entender o constitucionalismo contemporâneo e, em seguida, o paradigma socioambiental[1].

1.1 Contextualizando o constitucionalismo contemporâneo

O Estado constitucional de direito emerge como resultado histórico que teve como antecedente o Estado pré-moderno e o Estado legislativo de direito[2]. Sua característica central é a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, o que faz com que a validade da lei desloque apenas da forma de sua produção, passando a considerar a sua compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais[3].

O constitucionalismo moderno não é um modelo estanque e homogêneo. Sua configuração e conformação estão associadas à experiência histórica vivenciada nos diversos países em que o modelo floresceu. Normalmente as suas características principais são localizadas na história constitucional do Reino Unido, dos Estados Unidos da América, da França e da Alemanha[4].

O constitucionalismo não está necessariamente associado à existência de uma Constituição escrita. Esse é o caso do modelo institucional inglês que pôde prescindir de um documento assim concebido, não obstante a existência de documentos relevantes de natureza constitucional[5]. Embora as constituições tenham sido uma marca bastante significativa no desenvolvimento do que passamos a chamar de Estado Democrático de Direito, o significado último desta concepção está associado a eventos históricos, mudanças na forma de pensar e compreender o mundo e, por conseguinte, as transformações teóricas que germinaram nesse novo panorama social.

---

[1] O termo "socioambiental" é empregado no sentido "da necessária convergência das 'agendas' social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano". Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 99. Alguns autores referem-se a essa mesma ideia sob a perspectiva do socioambientalismo. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e o Socioambientalismo. In: FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes [Org.]. **Tomo 01 Sustentabilidade e suas Interações com a Ciência Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 26-48. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?-type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

[2] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

[3] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

[4] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32-64.

[5] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

Com efeito, os eventos e mudanças ocorridas após a consolidação do Estado moderno (século XIX), também conhecido como Estado de direito, cujos pilares eram a repartição e limitação do poder, o que abrangia a proteção dos direitos individuais em face do Estado, foram os ingredientes que, ao longo do século XX, viabilizaram a construção do Estado Democrático de Direito, no qual são problematizados os aspectos sobre quem decide (fonte de poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações)[6].

O constitucionalismo contemporâneo, assim, não se contenta com o sentido meramente formal do Estado de direito, que se satisfaz com algum tipo de ordem legal, mas descortina o seu desdobramento substancial, questionador da origem e do conteúdo da legalidade, em última análise, sua legitimidade e sua justiça[7]. A noção de democracia também passa a exercer decisiva influência sobre a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, agora desprendida de sua dimensão predominantemente formal, que concerne à ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, assumindo um perfil material que leva a uma perspectiva superior ao governo da maioria e passa a ser encarada como o governo para todos (inclusive das minorias e grupos de menor expressão política).[8]

Isso introduziu desafios hercúleos ao Direito Constitucional Contemporâneo, instado a lidar com novas perspectivas históricas, filosóficas e teóricas[9]. Nesse sentido, merece destaque, para os fins deste trabalho, a mudança paradigmática em relação ao caráter normativo da Constituição.

A força normativa da Constituição refere-se ao seu valor deontológico, significando que ela passa a ser tratada como um documento jurídico e não meramente político. Compreendendo-se, assim, que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, passando a influir sobre a realidade[10], convertendo em um dever de realização daquilo que anteriormente eram meras promessas ou conselhos.

São os desafios da vida atual, desenvolvida em um ambiente dialético, plural e diversificado, no qual há um constante perguntar pela legitimidade do exercício do poder e de suas finalidades, cada vez mais associada às efetivas capacidades para a realização de um projeto de vida digna, que devem orientar a pré-compreensão das análises que serão empreendidas mais adiante, onde a Constituição encontra o seu lugar transformador.

1.2 A sustentabilidade como necessidade humana e como princípio constitucional

A sustentabilidade em primeiro lugar é uma necessidade humana, pois a continuidade das culturas e das sociedades sempre esteve condicionada à manutenção dos sistemas ecológicos[11]. A partir da compreensão de que a sustentabilidade é imperiosa para o desenvolvimento da própria vida e para a sua preservação, é que essa ideia converte-se em um princípio jurídico.

Modernamente a sustentabilidade é trabalhada sob a perspectiva do desenvolvimento

---

[6] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

[8] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

[9] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265-288.

[10] Konrad Hesse foi um dos primeiros a sistematizar do ponto de vista teórico a ideia de força normativa da Constituição, quando se opôs à visão de Ferdinand Lassalle que a comparava a um "pedaço de papel". Em suas palavras, "A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social". HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

[11] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

VII FÓRUM DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ADMINISTRATIVO
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

sustentável. O nome em si não é o mais importante, senão o conteúdo que dele é possível extrair. Klaus Bosselmann adverte que "o conceito de desenvolvimento sustentável apenas é significativo quando relacionado com a ideia central de sustentabilidade ecológica"[12].

O desenvolvimento sustentável foi a síntese do relatório Nosso Futuro Comum (Relatório Brundtland), datado de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. Esse foi o documento que marcou o surgimento de um novo paradigma desenvolvimentista irmanado com a proteção ambiental[13]. O ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável traduz uma proposta de desenvolvimento socialmente desejável, economicamente viável e ambientalmente prudente[14].

Essa é uma perspectiva que pensa além do bem-estar individual e social, marcas do Estado Social. Também reconhece que a humanidade é dependente de um bem-estar ambiental, o que exige a conformação de um Estado Socioambiental de Direito[15], que tem em sua base a consagração de um direito a um ambiente equilibrado ou saudável como direito humano e fundamental[16]. Essa compreensão tem por base a dimensão ético-jurídica da dignidade humana, "pedra basilar da edificação constitucional do Estado (social, democrático e ambiental) de Direito brasileiro"[17].

Tiago Fensterseifer alude à dimensão ecológica da dignidade humana[18]. Essa dimensão considera a qualidade ambiental como elemento integrante do conteúdo do princípio da dignidade humana[19]. Não é possível pensar em dignidade humana isolando o ser humano da vida planetária e recortando o seu destino ao presente. Por isso é que o mesmo autor adverte que é "chegado o momento histórico de o ser humano humildemente assumir as suas limitações existenciais e reconhecer o valor inerente ao ambiente que o abriga e lhe dá as bases naturais para a sua existência digna e saudável"[20].

A despeito dos avanços obtidos na produção de normas domésticas e internacionais que

[12] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

[13] "A noção de desenvolvimento sustentável, se as palavras e sua história têm algum significado, é bastante clara. Ele convoca para o desenvolvimento baseado na sustentabilidade ecológica a fim de atender às necessidades das pessoas que vivem hoje e no futuro. [...] A qualidade jurídica do conceito de desenvolvimento sustentável firma-se quando a sua ideia central é compreendida". Bosselmann, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

[14] XAVIER, Laércio Noronha. Reinterpretação conceitual do desenvolvimento sustentável em face do planejamento urbano e da economia circular. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 233-266, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17691, p. 241.

[15] Outras expressões para a mesma ideia: Estado Pós-social; Estado Constitucional Ecológico; Estado de Direito Ambiental, Estado Sustentável, entre outras.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

[17] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Ambiental e sua Ligação com o Princípio da Dignidade Humana e com os Direitos Fundamentais. In: DEMARCHI, Clovis; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel [Org.]. **Direito, Estado e sustentabilidade [livro eletrônico]**. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. cap. 4, p. 63-83. Disponível em:<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

[18] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21-92.

[19] "[...] é preciso relacionar a dignidade humana com a dimensão ambiental, a qual objetiva ampliar o conteúdo da dignidade para um padrão de qualidade e segurança ambiental (e não apenas de existência ou sobrevivência biológica)". GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Ambiental e sua Ligação com o Princípio da Dignidade Humana e com os Direitos Fundamentais. In: DEMARCHI, Clovis; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel [Org.]. **Direito, Estado e sustentabilidade [livro eletrônico]**. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. cap. 4, p. 63-83. Disponível em:<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

[20] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

procuram dar densidade ao princípio da sustentabilidade, a lúgubre paisagem atual de degradação e crise ambiental insiste em que devemos fazer mais, que é preciso ultrapassar do plano da retórica para o plano da concretude e da efetividade.

Os modelos econômicos que prevaleceram até recentemente, não importando a ideologia subjacente, liberal ou social, não foram capazes de atenuar a crise ambiental global. Karoline Strapasson e Danielle Anne Pamplona explicam que as escolhas públicas são orientadas predominantemente por dois vetores ideológicos, o social ou o neoliberal, mas ainda assim sofremos com a pobreza extrema[21] e, acrescenta-se, com a destruição do ambiente natural em que vivemos. É o sinal de que a sustentabilidade precisa ser levada a sério e encontrar o seu lugar cimeiro de princípio nuclear do Estado Democrático de Direito, que passa a ser compreendido como Estado Socioambiental de Direito. Só assim terá efetivamente a carga necessária para atuar como comando jurídico transformador da realidade, como exigência própria da faticidade e da existência[22].

Laércio Noronha Xavier acredita que o desenvolvimento sustentável representa uma ideologia eficaz. Mas para isso "não pode mascarar a utilização de velhas teorias e práticas que imprimem o crescimento econômico sem afugentar a maior externalidade negativa do processo produtivo: a degradação ambiental"[23]. Propõe, então, a seguinte fórmula que estreitaria o desenvolvimento sustentável com as exigências impostas pelo cenário global atual de pobreza e destruição ambiental: DS= (CD + AE + PA + ICT) x JS, onde DS significa Desenvolvimento Sustentável, CD corresponde a Cenários Democráticos, AE equivale a Atividades econômicas, PA representa Prudência Ambiental, ICT refere a Inovação Científico-Tecnológica e JS é igual a Justiça Social[24].

Desse modo, o desenvolvimento sustentável, como vetor capaz de corresponder às necessidades impostas pelo estágio atual de degradação ambiental, não pode ser tratado como uma simples proposta que se preocupa com o social e o ambiental ao lado do econômico, mas como um modelo efetivo de transformação do modo de produção e consumo contemporâneo, bem como da atuação do Estado em relação ao mercado e ao agir da própria Administração.

1.3 O constitucionalismo contemporâneo e o paradigma socioambiental

A crise do Estado Liberal no final do século XIX e início do século XX, devido ao esgotamento do modelo liberal-burguês, centrado numa igualdade formal que ignorava a realidade de exploração do trabalho e o descalabro das condições sociais da época, e cujo ideal de liberdade voltava-se primacialmente para a proteção da propriedade privada, fez emergir o constitucionalismo social.

O Estado assume um perfil interventor tanto na esfera econômica quanto social, de modo que passa a atuar mais intensamente sobre o mercado[25] e a disciplinar as relações sociais. O constitucionalismo social, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, "não renega os elementos positivos do liberalismo – a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder – mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo".[26]

[21] STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. **A Escolha Pública Econômica para Erradicar a Pobreza no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, jul./dez. 2014.

[22] GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 38-39.

[23] XAVIER, Laércio Noronha. Reinterpretação conceitual do desenvolvimento sustentável em face do planejamento urbano e da economia circular. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 233-266, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17691, p. 246.

[24] XAVIER, Laércio Noronha. Reinterpretação conceitual do desenvolvimento sustentável em face do planejamento urbano e da economia circular. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 233-266, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17691, p. 246.

[25] "A economia de mercado, sem amarras, se mostrava incompatível com o desenvolvimento econômico e com a estabilidade social. A crise culmina com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929. A crise demandava, para o seu enfrentamento, a enérgica atuação estatal, e não a sua abstenção". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 81.

[26] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82.

VII Fórum de Direito Constitucional & Administrativo
OS AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS 30 ANOS DA CF/88

Assim, o ideário constitucionalista é enriquecido, pois passa a se preocupar com as condições concretas de vida das pessoas, o que leva a uma perspectiva inclusiva, "no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade".[27]

A despeito da influencia neoliberal estimulada pela globalização, em que a redução do tamanho do Estado, a limitação dos gastos sociais e a desregulamentação econômica passam a constituir o núcleo do debate econômico, o constitucionalismo social, ao contrário do que alguns anunciaram, não foi superado, como o demonstrou a atual crise econômica mundial, causada não pelo excesso de regulamentação, mas pela falta dela.

Assim, ainda que se entenda que o modelo do Estado Social tenha se alterado em razão das práticas neoliberais das últimas décadas, não é verdade que isso tenha lançado às favas os direitos sociais e o ideal da igualdade material. Como assinalam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento

> No que toca aos direitos sociais, o fim do constitucionalismo social seria moralmente inaceitável em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, caracterizados por grande injustiça social e desigualdade material. Não há, em contextos como o nosso, como subtrair do constitucionalismo um conteúdo social, que imponha, por cima das deliberações da política ordinária, o dever do Estado e da sociedade de reduzirem a miséria e a desigualdade, e possibilitarem a fruição efetiva de direitos fundamentais pelos integrantes dos setores mais vulneráveis da sociedade.[28]

É bem por isso que Lenio Luiz Streck faz incisiva crítica ao direito e ao Estado no contexto brasileiro, apontando que a Constituição, a despeito do seu direito de perfil transformador, não tem alcançado a plenitude de sua força normativa, uma vez que sua interpretação tem ficado refém de posturas que repelem o paradigma do Estado Social, quando já avançamos, ao menos teoricamente, para uma dimensão superior em relação àquele, traduzida na noção de Estado Democrático de Direito[29].

Com efeito, o modelo de Estado Democrático de Direito traduz uma ideologia que é um *plus* normativo em relação ao modelo do *Walfere State*[30]. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, "O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais".[31]

O constitucionalismo contemporâneo, portanto, não é uma concepção meramente ideológica, nem uma fórmula retórica para fins unicamente argumentativos. Tem um sentido histórico transformador da realidade, centrado na dignidade humana em todas as suas dimensões e constitutivo de um direito comprometido com a efetiva realização das promessas da modernidade, isto é, a concretude da construção de uma sociedade livre, justa e solidária[32].

Nesse sentido Lenio Luiz Streck fala de rupturas paradigmáticas ocorridas no século XX, implicadas no seguinte processo: "do modelo de constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização deste, que agora possui um papel de

---

[27] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82.
[28] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.
[29] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.
[30] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.
[31] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 25.
[32] Art. 3°, I, da Constituição Federal.

transformação da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social"[33].

O papel do Estado e das suas instituições assume significativa relevância nesse cenário. Se o direito passou a se preocupar com a promoção da dignidade humana em todos os seus vieses e se o Estado é não apenas a fonte da produção normativa, mas também o seu primeiro destinatário, é irrecusável que o constitucionalismo contemporâneo, a partir do elo histórico do Estado Democrático de Direito, de nítido perfil compromissário, dirigente e vinculativo, "constitui-a-ação do Estado".[34]

Daí que as instituições estatais estão todas elas vinculadas ao paradigma socioambiental que emerge a partir da relevância das questões ambientais no contexto do Estado Democrático de Direito, que nesse sentido, conforme já exposto, é compreendido como Estado Socioambiental de Direito.

Trata-se, por isso, de paradigma conformador a atuação estatal em uma perspectiva multidimensional (social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental), todas elas operando de modo entrelaçado na formatação de um princípio-síntese que determina a proteção do direito ao futuro[35].

Denise Schmitt Siqueira Garcia estabelece uma íntima relação entre os objetivos do desenvolvimento sustentável e o socioambientalismo. Para ela

> O socioambientalismo desenvolveu-se a partir da concepção de que, em geral um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade ambiental, ou seja, a sustentabilidade das espécies, ecossistemas e processos ecológicos, como também a sustentabilidade social, ou seja, deve contribuir também para redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores de justiça social e equidade.[36]

Portanto, não está na disposição (ou agir discricionário) da Administração Pública dar ou não concretude ao paradigma socioambiental, pano de fundo da sustentabilidade. Sendo uma concepção imanente ao Estado Democrático de Direito, a sustentabilidade precisa ser assimilada também na sua dimensão jurídico-política (além da social, ambiental e econômica), assim como na sua dimensão ética[37], capaz de gerar novas obrigações e compromisso com a presente e futura gerações. Nas palavras de Juarez de Freitas, "a sustentabilidade não é princípio abstrato ou de obediência protelável: vincula plenamente e se mostra inconciliável com o reiterado descumprimento da função socioambiental de bens e serviços".[38]

Em suma, o constitucionalismo contemporâneo impõe que se realize plenamente o modelo histórico do Estado Democrático de Direito e, com isso, que seja levado a sério, isto é, que seja dada concretude ao princípio da sustentabilidade e ao paradigma socioambiental, disso decorrendo um compromisso impostergável das instituições estatais com o desenvolvimento sustentável, o que torna emblemático pensar o papel dos Tribunais de Contas nesse ambiente transformador da realidade.

[33] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.
[34] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.
[35] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55-76.
[36] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e o Socioambientalismo. In: FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes [Org.]. **Tomo 01 Sustentabilidade e suas Interações com a Ciência Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 26-48. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.
[37] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.
[38] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39.

2 OS INFLUXOS DO PARADIGMA SOCIOAMBIENTAL NO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado continua desempenhando um relevante papel para a organização social e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo que as mudanças provocadas pelo processo de globalização levem a um questionamento da sua necessidade e durabilidade[39]. Essa relevância é ainda maior em países em desenvolvimento como o Brasil, marcado profundamente pela desigualdade e mais suscetível às injunções do capitalismo global.

Não por outra razão é que o Estado continua sendo o principal ator do processo de desenvolvimento nacional, desenvolvimento este que urge ser pensado e praticado à luz do princípio da sustentabilidade, o qual reclama e conclama a todos, mormente o Poder Público, um atuar voltado para a proteção ambiental.

A concretização do Estado Socioambiental de Direito requer que os órgãos e agentes públicos tenham um agir voltado para o meio ambiente, com o fim de protegê-lo não apenas para a presente, mas igualmente para as futuras gerações.

Michael Kloepfer, escrevendo sobre o Estado Ambiental Alemão, alude a dois aspectos da compreensão do papel do Estado na proteção do meio ambiente. O primeiro é a proteção enquanto "tarefa" do Estado, o segundo a proteção enquanto "dever" do Estado[40]. Neste caso, para além da tarefa de proteger as bases naturais da vida, regulando o acesso e o aproveitamento dos bens ambientais, o Estado teria um verdadeiro dever de proteção do meio ambiente.

Essa mudança de compreensão resulta em um aprofundamento do compromisso do Estado com a proteção ambiental, expandindo a tutela do meio ambiente em relação aos atos de terceiros. Assim, "na medida em que os efeitos fáticos de ações relevantes ao meio ambiente forem suficientemente prognosticáveis e delas resultarem riscos para futuras gerações, existe um dever do Estado de contrapor-se (hoje) a esses riscos"[41].

Nesse sentido, passa-se a enxergar um grave compromisso do Estado com as questões ambientais, tornando-se depositário da esperança de perpetuação das fontes naturais para as gerações futuras. Nas palavras de Michael Kloepfer

> Na medida em que não há uma efetiva concorrência entre atividades privadas e estatais de proteção do meio ambiente, o Estado é praticamente o único a ser convocado a proteger as bases naturais da vida. Isso fundamenta um monopólio de fato do Estado para o âmbito da preservação ambiental com perspectiva de longo prazo.[42]

---

[39] FERNANDES, António Teixeira. **A Crise do Estado nas Sociedades Contemporâneas**. Porto: Conselho Diretivo da F. L. U. P., 1993, 37 f. (Conferência da Faculdade de Letras do Porto).

[40] KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.43-48.

[41] KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.47.

[42] KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.47.

A Constituição brasileira d e 1988 é claramente compromissória em relação à tutela do meio ambiente. Em seu art. 225, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Induvidosamente o Estado brasileiro vinculou-se ao paradigma da sustentabilidade, disso exsurgindo um verdadeiro dever de proteção do meio ambiente. Essa vinculação, compreendida em face do desenvolvimento histórico e significação do Estado Democrático de Direito, cuja opção foi inscrita no art. 1° da Constituição Federal de 1988, sobreleva a importância do papel do Estado brasileiro no terreno da tutela do meio ambiente[43].

Os órgãos estatais, portanto, não têm a opção de conformarem ou não a sua atuação em consonância com o paradigma da sustentabilidade. Trata-se na verdade de uma irretorquível vinculação, pois a sustentabilidade assume a característica de um verdadeiro princípio constitucional e, como tal, espraia a sua força cogente para toda a ordem jurídica, erigindo-se em comando obrigatório para a Administração Pública.

Dado que a atuação da Administração Pública deve ser pautada pelo paradigma da sustentabilidade e, portanto, suas ações refletirem a busca permanente pelo desenvolvimento sustentável, não é difícil apreender que os Tribunais de Contas, no desempenho de sua missão constitucional de controle externo da Administração Pública, hão de dedicar tempo e esforço para fiscalizar o comprometimento da Administração com a proteção ambiental.

Desse modo, todas as funções desempenhadas pelos Tribunais de Contas devem estar orientadas segundo as diretrizes e comandos emanados do princípio da sustentabilidade e o controle exercido voltado para que o Poder Público seja um efetivo agente do desenvolvimento sustentável.

3 O CONTROLE EXTERNO PARA ALÉM DO FOCO NO RESULTADO

Aceitando-se o argumento de que o princípio da sustentabilidade impele a Administração Pública a um agir marcadamente orientado para a promoção do meio ambiente, impondo tarefas e um dever de proteger as bases naturais da vida, é preciso pensar de que forma os Tribunais de Contas podem exercer a sua atividade de controle em compasso com esse mandamento constitucional.

Há iniciativas relevantes na área[44], mas de uma maneira geral com um foco predominantemente formalístico. É como se o avanço da fiscalização externa na área ambiental sofresse ainda de uma pálida timidez ou houvesse uma postura de contenção ou deferência dos Tribunais de Contas em relação aos órgãos controlados.

Luiz Henrique Morais de Lima escreveu uma pioneira tese de doutorado versando sobre o controle externo da gestão ambiental. Nela se extrai que o controle externo da gestão ambiental pública é essencialmente de natureza patrimonial e operacional. O controle operacional está relacionado à efetividade das políticas públicas ambientais. Nesse ponto, embora reconheça que o critério da legalidade esteja sempre presente, "na área ambiental ganham relevo os exames da legitimidade e da economicidade".[45]

[43] "[...] a proteção ao ambiente deve ser visto como um Direito Fundamental e sendo assim deve ter uma proteção mais efetiva". GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Ambiental e sua Ligação com o Princípio da Dignidade Humana e com os Direitos Fundamentais. In: DEMARCHI, Clovis; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel [Org.]. **Direito, Estado e sustentabilidade [livro eletrônico]**. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. cap. 4, p. 63-83. Disponível em:<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

[44] Por exemplo, o Manual de Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas da União.

[45] LIMA, Luiz Henrique Morais de. **O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental**. 2009, 342 f.. Tese (Doutorado em Planejamento Ambiental) – Programa de Planejamento Energético, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 102.

Para Luiz Henrique Morais de Lima o controle de legitimidade significa

> (...) ir além do exame da legalidade, da conformidade ao ordenamento jurídico positivo, envolvendo a formulação de um juízo de valor, uma avaliação das circunstâncias em que o ato foi praticado, sua adequação aos princípios da moralidade e da razoabilidade e uma ponderação da prioridade relativa entre a despesa efetuada e as outras necessidades da comunidade.[46]

A dimensão ambiental da atuação dos Tribunais de Contas envolve múltiplos aspectos, dentre os quais o exame da legalidade, economicidade e eficácia da gestão dos órgãos do Sisnama; a fiscalização de entes públicos com atividades de impacto ambiental; além do controle da conformidade na aplicação de recursos repassados e de financiamentos a particulares e renúncia de receitas.

A fiscalização operacional pelos Tribunais de Contas encontra atualmente amplo desenvolvimento teórico e prático. Sua atenção volta-se aos processos e resultados de um programa, atividade ou organização, o que se traduz numa avaliação de desempenho da gestão pública. Os conceitos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade são extremamente relevantes nessa modalidade de fiscalização.

Não há dúvida que as análises de conformidade e de resultado são necessárias e relevantes para o controle da Administração Pública, pois o exame da legalidade e o incentivo à boa gestão constituem passos imprescindíveis à legitimidade da governança. Mas é possível e urgente um passo ainda maior e que leve em consideração o exame de adequação ao paradigma da sustentabilidade em todos os aspectos da atuação da Administração.

Isso significa que o controle externo deve ir além do foco no resultado e investigar a própria correção ou coerência das políticas, programas, projetos e atividades, em todas as suas fases, com o paradigma da sustentabilidade.

Essa proposta confere um papel proativo aos Tribunais de Contas que está alinhado com a proeminência da sua posição como órgão de controle externo da Administração Pública. Isso se justifica porque as questões ambientais assumem uma posição de destaque na atual conjuntura socioeconômica, não podendo mais ser objeto de adiamento.

É urgente a conjugação de esforços para o enfrentamento dos problemas ambientais decorrentes do modelo econômico e de vida atual, e a cooperação mais ampla possível dos Poderes e órgãos públicos é a forma mais legítima e sensata para a consecução desse fim.

Os Tribunais de Contas e sua vocação especializada para o controle externo da Administração Pública não só têm ferramentas, estrutura e um corpo técnico que podem dar suporte a esse objetivo que se caracteriza como uma premência humana em busca de conservação, mas também legitimidade constitucional para fazê-lo.

O papel paradigmático dos Tribunais de Contas consiste em ser a instituição pública catalisadora das demandas ambientais no âmbito da Administração Pública. Isso porque a sua missão institucional, para além de um controle de legalidade (conformidade) e de economicidade (resultado), deve ser pensado em termos de legitimidade tanto do planejamento estratégico quanto da efetiva ação dos órgãos e agentes públicos.

Isso reforça o papel de controle dos Tribunais de Contas, que deve ser exercido em todas as etapas da gestão pública, isto é, de forma prévia, concomitante e posterior, predominando naquela o escopo preponderante de orientação da própria formatação das políticas públicas no campo ambiental. Daí o realce à função normativa dos Tribunais de Contas, enquanto órgãos incumbidos de fixar as diretrizes básicas para a atuação administrativa conforme os parâmetros de legitimidade delineados na Constituição Federal.

---

[46] LIMA, Luiz Henrique Morais de. **O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental**. 2009, 342 f.. Tese (Doutorado em Planejamento Ambiental) – Programa de Planejamento Energético, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Com efeito, a noção de controle assume uma perspectiva muito mais ampla no contexto do Estado Democrático de Direito, com a superação de uma ótica claramente passiva, no sentido da atuação essencialmente corretiva (conformidade), para a consolidação de uma postura ativa, a partir da compreensão de que a Constituição não quer apenas exortar a comunidade política e os órgãos executivos estatais, mas, ciente de que há um déficit de conquista civilizatória, influir sobre a realidade, transformando-a para que os direitos fundamentais não sejam apenas utopias ou representações simbólicas do exercício do poder, mas verdadeiros trunfos dos cidadãos perante a comunidade política.

É certo que o controle focado no resultado, isto é, à luz dos critérios da economicidade, eficácia, eficiência e efetividade trouxe significativo avanço na área da gestão pública, dando mais racionalidade e melhorando o gasto público. Mas gastar bem não é o fim último e derradeiro da Administração, é preciso verificar se o gasto eficiente corresponde às efetivas demandas impostas pelo Estado Democrático de Direito. Isso importa uma reorientação da atuação administrativa fiscalizadora do Tribunal de Contas segundo o princípio da sustentabilidade e o objetivo do desenvolvimento sustentável.

Não há dúvida que o princípio da sustentabilidade exerce uma força imperativa sobre a leitura que se deve fazer sobre os deveres e as atribuições institucionais dos Tribunais de Contas. Daí que o seu papel de controle assume uma nova configuração, pois passa a ter que identificar o ajuste de todas as fases da atuação administrativa com a proteção socioambiental.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo contemporâneo, consoante se viu, não permite tratar a Constituição como um documento de exortação, antes lhe confere uma força transformadora da realidade, condição de possibilidade para a plena realização do Estado Democrático de Direito.

O princípio da sustentabilidade impõe um dever de respeito à natureza e um repensar de toda a atividade humana e pública em prol da conservação dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente. Daí não ser possível negar ou minar a sua força normativa, devendo ser compreendido na precisa extensão do seu conteúdo imperativo, que tem fundamento na necessidade de proteção das bases de sustentação e desenvolvimento da própria vida e, portanto, carrega em si a marca transformadora da realidade.

O Estado continua sendo o principal agente responsável pela tutela do meio ambiente, pois é a fonte de legitimidade do direito e detém o monopólio da força. Tem não apenas a tarefa de pautar-se de acordo com as normas ambientais, mas também o dever de proteger, preservar e promover o meio ambiente. Por isso, todos os órgãos, agências e agentes públicos estão definitivamente vinculados a tais compromissos.

Os Tribunais de Contas têm a missão constitucional de atuar no âmbito do controle externo da Administração Pública. Para desincumbir-se legitimamente desse papel que lhe é entregue pela própria Constituição Federal de 1988, deve ser fiel a ela própria, o que não se faz sem a atenção e respeito ao princípio da sustentabilidade.

O controle externo, em consonância com o paradigma socioambiental, deve mirar além da busca por bons resultados, pois o resultado ideal não é apenas aquele eficiente e eficaz de acordo com uma análise de custo benefício, mas o resultado que exprima a concretização das promessas constitucionais e expressem real ganho civilizatório para as pessoas.

Diante disso, o princípio da sustentabilidade faz emergir um novo paradigma de atuação pelos Tribunais de Contas, pois não basta apenas saber se o administrador cumpre as leis e executa uma boa gestão, mas igualmente se a atuação estatal como um todo é orientada para a consecução do elemento transformador que é imposto pela Constituição. Daí porque se afirma que os Tribunais de Contas devem dirigir esforços para dotar todas as fases do controle externo dos elementos

marcantes da sustentabilidade, traçando diretrizes, exercendo fiscalização e produzindo dados que vão subsidiar e compelir a Administração Pública ao cumprimento das condições que permitam alcançar o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, António Teixeira. **A Crise do Estado nas Sociedades Contemporâneas**. Porto: Conselho Diretivo da F. L. U. P., 1993, 37 f. (Conferência da Faculdade de Letras do Porto).

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e o Socioambientalismo. In: FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes [Org.]. **Tomo 01 Sustentabilidade e suas Interações com a Ciência Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 26-48. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Ambiental e sua Ligação com o Princípio da Dignidade Humana e com os Direitos Fundamentais. In: DEMARCHI, Clovis; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel [Org.]. Direito, Estado e sustentabilidade [livro eletrônico]. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. cap. 4, p. 63-83. Disponível em:<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30.03.18.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Luiz Henrique Morais de. **O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental**. 2009, 342 f.. Tese (Doutorado em Planejamento Ambiental) – Programa de Planejamento Energético, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. **A Escolha Pública Econômica para Erradicar a Pobreza no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

XAVIER, Laércio Noronha. Reinterpretação conceitual do desenvolvimento sustentável em face do planejamento urbano e da economia circular. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 233-266, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17691.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS NA DEFESA DO FEDERALISMO FISCAL: CENÁRIO E PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO PARA A EQUALIZAÇÃO DO REGIME DE PARTILHA COMPENSATÓRIA DO ICMS* DESONERADO DAS EXPORTAÇÕES

Autor: Vitor Gonçalves Pinho**

Coautor: João Batista de Camargo Júnior***

* Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, nomenclatura utilizada no art. 82, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

** Especialista, em nível de pós-graduação *lato sensu*, em Auditoria Governamental pela Universidade de Fortaleza, conclusão em 2012. Especialista, em nível de pós-graduação *lato sensu*, em Administração Pública, pelas Faculdades Integradas do Ceará, conclusão em 2011. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, conclusão em 2008. Graduando em Ciências Econômicas pela Fundação Unisul. Exerceu, entre outros cargos, os de Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e Auditor Federal de Controle Externo do TCU. Atualmente é Auditor Público Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

*** Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista, em nível de pós-graduação *lato sensu*, em Direito Público pelo Instituto Processus - Brasília/DF, conclusão em 2008. Especialista, em nível de pós-graduação *lato sensu*, em Orçamento Público pelo Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União (TCU), em parceria com o CEFOR, da Câmara dos Deputados, conclusão em 2006. Especialista, em nível de pós-graduação *lato sensu*, em Administração Estratégica de Sistemas de Informação pela Fundação Getúlio Vargas, conclusão em 2004. Bacharel em Direito pelo IESB - Brasília/DF, conclusão em 2008. Bacharel em Ciências da Computação, pela Unicamp - Campinas/SP, conclusão em 1986. Exerceu, entre outros cargos, os de Analista de Informática do Banco Central, Auditor Federal de Controle Externo do TCU e Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Alagoas. Atualmente é Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

Resumo: A denominada Lei Kandir, quando editada em 1996, foi emblemática em relação ao Federalismo Fiscal então vigente, pois equalizou, por parâmetros objetivos, entre os Estados cujas exportações eram desoneradas de ICMS, os respectivos repasses compensatórios efetuados pela União. No entanto, a desatualização desses parâmetros no tempo e o cunho não resolutivo do Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX) implicam, no cenário atual, externalidade negativa nefasta às finanças dos entes subnacionais. Este trabalho analisa, ante o panorama instalado, as perspectivas de atuação dos Tribunais de Contas no contexto do processo de concertação entre União e os entes subnacionais, em suas relações fiscais e financeiras afetas ao tema.

Palavras-chave: Lei Kandir; Federalismo Fiscal; FEX; Externalidade; Tribunais de Contas; União; Entes Subnacionais.

Introdução

Para tempos de crise fiscal, como a que ora assola – em maior ou menor escala – as finanças dos estados brasileiros, os governantes e suas equipes não têm outra alternativa senão a de, dentro do possível, incrementar receitas e diminuir despesas.

Muitas (e justificadas) são as críticas à primeira opção: aumentar receitas. É que o caminho mais usual utilizado pelos governos para incrementar as receitas públicas é aumentando ou criando tributos, escorchando ainda mais o setor produtivo e as famílias, que se encontram, muita das vezes, já combalidos pelos efeitos nocivos de uma eventual crise econômica associada (inflação, desemprego, diminuição de renda real).

Mas há, para os estados brasileiros, outra fonte significativa de incremento de suas receitas próprias, que, efetivada, poderá, suficientemente, conduzir as finanças subnacionais para um quadro mais confortável, sem que se precise aumentar a carga tributária sobre os contribuintes.

Para tanto, é imperioso que se regulamente o art. 91 do Ato das Declarações Constitucionais Transitórias (ADCT), o que fará, por conseguinte, atualizar o valor dos repasses compensatórios de ICMS desonerado das exportações, devidos aos estados pela União.

A sistemática atual de repasses compensatórios é regida pela Lei Kandir (Lei Complementar Federal nº 87/1996) e considera o volume de exportações, por estado, de aproximadamente quinze anos atrás[1], desestimulando o atual esforço exportador de muitos estados brasileiros, que evoluíram seus números nesse período.

Para suprir essa desatualização e seu nocivo impacto sobre as finanças dos estados exportadores, concebeu-se em 2004 o Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX), cujo volume financeiro repassado aos entes subnacionais está longe de lhes recompor as perdas em face da desoneração de ICMS nas exportações.

[1] Nos termos dos parâmetros constantes no subitem 1.5 do anexo referido no art. 31 da Lei Complementar Federal nº 87/1996, inseridos pela Lei Complementar Federal nº 115/2002.

Segundo dados da Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso[2], entre 1996 e 2016, no conjunto dos estados brasileiros, em valores atualizados pelo IGP/DI[3], as perdas de ICMS com a sistemática regida pela Lei Kandir, descontadas as respectivas transferências compensatórias e os repasses do FEX, atingiram o total R$ 537 bilhões. No contexto do Estado de Mato Grosso, importante exportador, essa cifra alcança os R$ 50,1 bilhões.

É esse o cenário sobre o qual incide o presente trabalho, em cujo transcorrer se procurará responder o seguinte problema de pesquisa: dadas as suas competências constitucionais e legais, quais as perspectivas e a modelagem jurídico-administrativa de atuação dos Tribunais de Contas subnacionais diante do quadro de perdas financeiras – para as respectivas unidades federativas – do ICMS desonerado das exportações?

O objetivo principal é demonstrar que os Tribunais de Contas subnacionais podem protagonizar, nas suas respectivas esferas de atuação ou conjuntamente, a um só tempo, ações de controle que (i) promovam o incremento de receitas afetas ao ICMS desonerado das exportações para os estados, amenizando para estes os efeitos sentidos pela atual crise fiscal e (ii) modifiquem o estado de coisas atual acerca do tema, equalizando as relações entre União e estados-membros, em resguardo do Federalismo Fiscal, valor de estatura constitucional.

Nesse ponto, justifica-se a pertinência e relevância do tema para o Sistema Nacional de Controle Externo, já que se aborda, aqui, novo e importante nicho de atuação dos Tribunais de Contas, plenamente aplicável pelas Cortes de Controle na realidade atual de crise fiscal posta aos entes subnacionais, considerado o arcabouço jurídico e normativo vigente.

A metodologia empreendida na consecução deste trabalho consiste em realizar pesquisa junto a normas, manuais, apresentações, cartilhas e artigos afetos ao tema, de sorte a instrumentalizar, com robustez, a resposta ao problema de pesquisa posto, em que pese o assunto ser ainda pouco debatido pela comunidade acadêmica.

O assunto ora introduzido será desenvolvido em três seções, interdependentes entre si.

Na primeira seção, apresentar-se-ão, criticamente, aspectos relacionados à atual sistemática (regida pela Lei Kandir) de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações enquanto externalidade negativa às finanças dos entes subnacionais.

Na segunda seção, apresentar-se-ão, criticamente, aspectos relacionados à evolução da sistemática de repasses do Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX), que, conforme números a serem apresentados, mostra-se, atualmente, medida ineficaz para suprir (ou pelo menos atenuar) a externalidade ao equilíbrio nas relações fiscais e financeiras entre União e entes subnacionais, derivada da defasagem dos parâmetros usados nos repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações, parâmetros esses constantes na Lei Kandir.

Na terceira seção, a ênfase será sobre o papel de protagonismo dos Tribunais de Contas na

[2] Números apresentados pelo Secretário da Fazenda de Mato Grosso em audiência pública ocorrida em 10 de julho de 2017. Disponível em <http://www5.sefaz.mt.gov.br/documents/6071037/7784879/LEI+KAN-DIR+E+FEX+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o+-+Julho+2017+-+07072017/00926458-828f-4b63-a876-96c940d6438f> Acesso em 19/3/2018.

[3] Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna.

busca da resolução – definitiva e não apenas paliativa – do problema da defasagem da sistemática de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações, veiculada na Lei Kandir.

1. A Defasagem da Sistemática de Repasses Compensatórios do ICMS Desonerado das Exportações

É pressuposto para os países serem competitivos comercialmente no cenário global a desoneração tributária sobre seus produtos exportados. Ciente disso, o legislador pátrio – constitucional, infraconstitucional e infralegal – previu a não incidência de tributos sobre mercadorias e serviços nacionais destinados ao exterior via exportações.

A natural perda de arrecadação tributária associada a essa desoneração é compensada de várias maneiras no campo macroeconômico, por meio (i) da melhoria do resultado da balança comercial, (ii) da manutenção e aumento do estoque de divisas e (iii) da obtenção de um maior nível de atividade econômica para os produtores nacionais.

Nesse contexto, a desoneração tributária do ICMS[4], bem como a respectiva compensação pelas perdas de arrecadação para Estados e Distrito Federal, foi inserida pelo Constituinte no art. 155, § 2º, incisos X e XII, da Carta Magna de 1988:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> (…)
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> (...)
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> (…)
> X - não incidirá:
> a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;
> (…)
> XII - cabe à lei complementar:
> (…)
> c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

A regulamentação federal do tema veio na Lei Complementar Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (LC 87/1996), conhecida como Lei Kandir, que, no art. 31, *in verbis*, concebeu uma espécie de "Seguro-Receita", no intuito de cobrir os riscos de eventual redução temporária das receitas estaduais de ICMS em decorrência das alterações promovidas pela norma na incidência e a arrecadação do tributo, quanto aos bens e serviços exportados.

> Art. 31. Até o exercício financeiro de 2002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive.
> § 1º Do montante de recursos que couber a cada Estado, a União entregará, diretamente:

[4] Imposto de competência estadual (art. 155, II, CF/88) de maior arrecadação no país. Em 2017, em valores correntes, o ICMS arrecadado no contexto nacional foi de aproximadamente R$ 439,6 bilhões, segundo dados do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Informação disponível em <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/boletim-do-icms/@@consulta_arrecadacao> Acesso em 29/3/2018.

> I - setenta e cinco por cento ao próprio Estado; e
> II - vinte e cinco por cento aos respectivos Municípios, de acordo com os critérios previstos no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal.

A Secretaria do Tesouro Nacional – STN (2014, p. 2)[5] esclarece como era operacionalizada essa sistemática do Seguro-Receita:

> Assim, o Seguro-Receita determinava a realização de cálculos mensais comparando a arrecadação média de ICMS da Unidade da Federação no período de julho de 1995 a junho de 1996 corrigida pelo IGP-DI, ampliada por um fator de crescimento e abatida das dívidas devidas à União e de parte do adiantamento concedido em outubro de 1996, com a arrecadação efetiva do mês em pauta; caso a arrecadação efetiva fosse menor que a média histórica calculada, a UF teria direito a receber a diferença, denominada valor de entrega (VE). Como visto anteriormente na transcrição da Lei, do montante total a ser entregue 75% ficavam com o Estado e 25% eram distribuídos a seus Municípios, segundo os coeficientes de partilha do ICMS vigentes. A soma das quantias repassadas às UFs estava limitada a um valor máximo anual (R$ 3,6 bilhões em 1996 e 1997 e R$ 4,4 bilhões a partir de 1998).

Ainda informa a STN na obra citada que os repasses na forma inicialmente definida foram realizados até o ano 2000, quando os Estados pleitearam a substituição das regras vigentes, no que foi então publicada a Lei Complementar Federal nº 102, de 11 de julho de 2000 (LC 102/2000), que alterou as premissas originais.

Segundo as novas diretrizes legais, previstas no Anexo da LC 102/2000, as transferências efetuadas pela União seriam proporcionais a coeficientes individuais de participação por Unidade Federativa (UF), fixados para o exercício de 2000 e com revisão pelo CONFAZ para os exercícios de 2001 e 2002. No novo regramento foram estipulados também os montantes globais de entrega pela União para 2000 (R$ 3,864 bilhões) e 2001/2002 (R$ 3,148 bilhões por ano, estes corrigidos pelo IGP-DI).

Observa-se que as mudanças introduzidas pela LC 102/2000 alteraram de forma sensível o perfil do mecanismo de entrega de recursos até então vigente. Estava extinta a sistemática original do Seguro-Receita, sob a alegação, da União, de que o crescimento da arrecadação do ICMS ao longo dos anos (1996-2000), desde a concepção da Lei Kandir, implicava, naquele momento, a ausência de perda de receita do imposto para os entes subnacionais, o que justificava o fim desse tipo de transferência compensatória.

Apesar disso, a LC 102/2000 manteve os repasses da LC 87/1996, que, por decisão unilateral da União, não mais seriam parametrizados ao volume de ICMS desonerado das exportações (como à época do Seguro-Receita), mas transformados num simples (porque simbólico) instrumento de transmissão de recursos da União para os Estados e Municípios, sem correspondência com o esforço exportador dos entes subnacionais, que, inequivocamente, quanto mais exportam bens e serviços, mais têm frustradas, pela imunidade tributária de ICMS sobre as exportações, suas arrecadações.

Nessa linha arbitrária adotada pela União (pois não amparada em dados científicos), de desvincular os repasses compensatórios da efetiva desoneração de ICMS das exportações, houve-

[5] Cartilha – Lei Kandir. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_lei_kandir.pdf> Acesso em 29/3/2018.

se que, a partir de 2003, os valores consignados aos Entes Federados passaram a obedecer ao disposto na Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002 (válida até hoje), que, alterando o Anexo Único da Lei Kandir, fixou os coeficientes individuais de participação das UF e o montante para o ano de 2003. Para os anos de 2004 a 2006 mantiveram-se os mesmos coeficientes e estabeleceu-se que o montante global a ser distribuído seria definido na correspondente Lei Orçamentária Anual (LOA) da União.

A seguir, apresentam-se os coeficientes veiculados na Lei Complementar (LC) 87/1996 (Anexo Único, subitem 1.5), com a redação dada pela LC 115/2002, usados até hoje para parametrizar os repasses compensatórios considerados devidos pela União aos entes subnacionais, para supostamente recompor, a estes, as correspondentes perdas derivadas da desoneração do ICMS das exportações.

> 1.5. A parcela pertencente a cada Estado, incluídas as parcelas de seus Municípios, será proporcional aos seguintes coeficientes individuais de participação:

AC	0,09104%	PB	0,28750%
AL	0,84022%	PR	10,08256%
AP	0,40648%	PE	1,48565%
AM	1,00788%	PI	0,30165%
BA	3,71666%	RJ	5,86503%
CE	1,62881%	RN	0,36214%
DF	0,80975%	RS	10,04446%
ES	4,26332%	RO	0,24939%
GO	1,33472%	RR	0,03824%
MA	1,67880%	SC	3,59131%
MT	1,94087%	SP	31,14180%
MS	1,23465%	SE	0,25049%
MG	12,90414%	TO	0,07873%
PA	4,36371%	TOTAL	100,00000%

A sistemática narrada é nociva aos entes subnacionais sob dois ângulos, à revelia do princípio do Federalismo Fiscal[6].

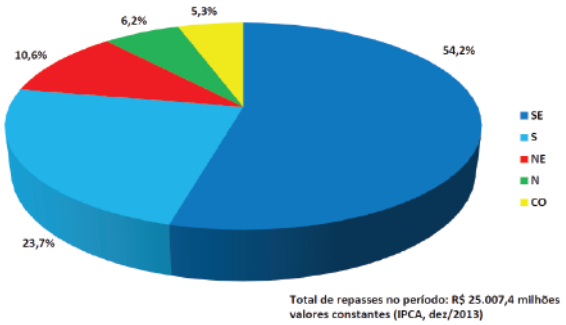
Num primeiro enfoque, há o desequilíbrio de forças entre os entes subnacionais, por conduta da União, pois os coeficientes de participação nas exportações de cada UF, supracitados, concebidos em 2002 (aproximadamente quinze anos atrás), ficaram estanques no tempo desde então, a despeito de o volume de exportações desoneradas de ICMS ter variado, para mais ou para menos, em relação a cada ente subnacional, de 2002 para 2017.

Para comprovar a afirmação, tome-se, por exemplo, o caso da região Centro-Oeste, composta por Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Goiás (GO) e Distrito Federal (DF) e considerada, em termos reais e potenciais, celeiro exportador brasileiro.

[6]"(…) a relação entre Constituição e Tributação revela grandes temas relativos ao federalismo fiscal, na medida em que a capacidade de autonomia, autogoverno e auto-organização dos entes federados – sem as quais não se pode falar em uma forma federalista de Estado – apenas se mostra concretamente existente quando subsidiada por recursos financeiros que permitam o seu efetivo exercício".
Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-e-tributacao/reforma-tributaria-e-federalismo-fiscal-22092017> Acesso em 30/3/2018.

Na soma dos coeficientes dos quatro entes subnacionais mencionados (MT, MS, GO e DF), obtém-se 5,3%[7] de participação, da região Centro-Oeste, no montante global de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações, efetuados pela União com base na LC 87/1996 (Anexo Único, subitem 1.5).

Tanto que, de 2004 a 2013, do total de recursos financeiros transferidos pela União aos entes subnacionais a título de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações[8], à região Centro-Oeste coube a exata proporção de 5,3%, supramencionada. É o que se observa no gráfico a seguir, colhido de publicação institucional da STN (2014, p. 8)[9].



Distribuição regional dos recursos da LC 87/1996 no período 2004 a 2013 – valor descontado de FUNDEF/FUNDEB.

Para evidenciar que o índice de participação da região Centro-Oeste está, sob os primas legal e financeiro, desatualizado, por exemplo, em relação a 2013, colaciona-se a seguinte tabela, extraída de obra institucional do Banco Central do Brasil – BACEN (2014, p. 85)[10], em que se vê, para o referido exercício financeiro, que a participação percentual da mencionada região no total de exportações brasileiras foi de 11,64%[11], mais do que o dobro do índice manifestamente defasado. Veja-se:

Balança comercial regional – FOB

US$ bilhões

Região	Exportações		Importações		Saldo	
	2012	2013	2012	2013	2012	2013
Total	242,6	242,2	223,2	239,6	19,4	2,6
Norte	17,7	19,1	15,7	16,1	2,0	2,9
Nordeste	18,8	17,3	26,0	27,8	-7,2	-10,5
Sudeste	133,5	121,9	119,0	131,1	14,5	-9,2
Sul	44,0	52,0	49,3	50,9	-5,3	1,1
Centro-Oeste	25,5	28,2	13,0	13,6	12,5	14,7
Outros[1/]	3,1	3,6	0,2	0,2	2,9	3,4

Fonte: MDIC/Secex

1/ Referem-se a operações não classificadas regionalmente.

Num segundo enfoque, há o desequilíbrio de forças entre o conjunto dos entes subnacionais

[7] Resultante da soma dos coeficientes 1,94 (MT), 1,23 (MS), 1,33 (GO) e 0,80 (DF), constantes do Anexo Único (subitem 1.5) da LC 87/1996, em sua redação atual.

[8] R$ 25.007,4 milhões, em valores constantes, atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_lei_kandir.pdf> Acesso em 30/3/2018.

[9] Cartilha – Lei Kandir. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_lei_kandir.pdf> Acesso em 30/3/2018.

[10] Boletim Regional publicado pelo BACEN em janeiro de 2014. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/boletimregional/port/2014/01/br201401c6p.pdf> Acesso em 30/3/2018.

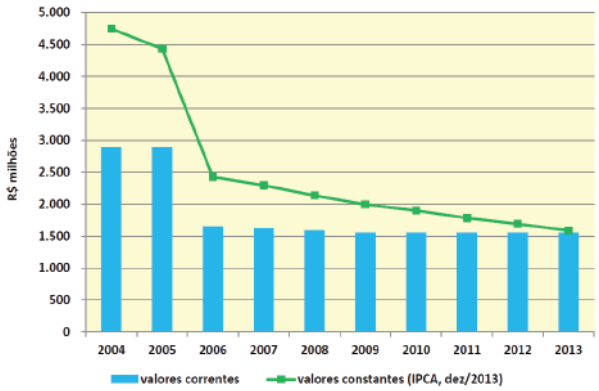
[11] Índice percentual obtido do quociente entre o total de exportações da região Centro-Oeste (US$ 28,2 bilhões) e o total das exportações brasileiras (US$ 242,2 bilhões), para o ano de 2013.

e a União, que, no interstício 2007-2013, a despeito do crescimento vertiginoso das exportações brasileiras, praticamente congelou, para o mesmo período, aos entes subnacionais, o valor global dos repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações.

É o que se extrai do confronto entre a série histórica de exportações brasileiras (2007-2017), disponibilizada pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC)[12], e a evolução anual das transferências intergovernamentais efetuadas à conta da LC 87/1996 (valores descontados de FUNDEF/FUNDEB), disponibilizada pela Secretaria do Tesouro Nacional (2014, p.8)[13].

Exportações brasileiras 2007-2017

Fonte: MDIC/SECEX



Evolução anual das transferências intergovernamentais da LC 87/1996 – valores descontados de FUNDEF/FUNDEB.

Em vista do exposto, constata-se que a União, sem amparo científico para tanto, no contexto da última atualização normativa da Lei Kandir, instabilizou as relações de equilíbrio fiscal e financeiro estabelecidas entre União e entes subnacionais e entre as próprias Unidades Federativas.

A atual sistemática de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações, efetuada pela União aos entes subnacionais, é defasada e simbólica, bem como deteriora, silenciosa e paulatinamente, as finanças das Unidades Federativas de maior esforço exportador que, por conseguinte, arcam com maior carga de frustração de receitas de ICMS, em face da imunidade

[12] Disponível em <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/comex-vis/frame-brasil> Acesso em 30/3/2018.
[13] Cartilha – Lei Kandir. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_lei_kandir.pdf> Acesso em 30/3/2018.

inserta no art. 155, X, “a”, da CF/88.

2. A Não Resolutividade do FEX para Recompor aos Entes Subnacionais o ICMS Desonerado das Exportações

Além da sistemática dos repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações veiculada na Lei Kandir e constatada na seção precedente como teleologicamente infrutífera, o Governo Federal concebeu uma nova – e congênere – modalidade de entrega de recursos denominada Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX).

Assim, por intermédio da Medida Provisória nº 193, de 24 de junho de 2004[14], foi instituído o FEX para o ano de 2004, no montante de R$ 900.000.000,00, a serem distribuídos aos entes subnacionais na razão de um doze avo a cada mês, condicionado ao envio de informações pelos Estados e Distrito Federal sobre a efetiva manutenção e aproveitamento do montante do ICMS cobrado nas operações anteriores à efetivação de exportações, desoneradas do mencionado imposto, tudo com base no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a”, da Constituição Federal.

Nos anos seguintes, os recursos do FEX foram incluídos em rubrica exclusiva da respectiva LOA federal e liberados aos entes subnacionais em época apropriada por intermédio de Medida Provisória ou Lei Ordinária. Esse é o procedimento até hoje adotado pela União.

Segundo a STN (2014, p. 4)[15], os coeficientes de repartição do FEX para os Estados e Distrito Federal são definidos anualmente no âmbito do CONFAZ, órgão que congrega todas as Secretarias Estaduais de Fazenda, e incluídos no respectivo documento legal de liberação de recursos. A divisão do montante devido a cada UF vem sendo mantida em 75% para o Estado e 25% para seus Municípios. Para os Municípios, os coeficientes individuais de repartição são os mesmos vigentes para o rateio do ICMS.

Informa a STN que, normalmente até março, o CONFAZ lhe envia ofício comunicando os coeficientes de partilha acordados para aquele exercício. Ato contínuo, conforme a época definida para a liberação de recursos, a STN prepara um Projeto de Medida Provisória ou um Projeto de Lei que será encaminhado às instâncias competentes, projetos esses que incorporam os coeficientes informados pelo CONFAZ. A Tabela a seguir apresenta esses índices, acordados no CONFAZ, para o ano de 2013.

Coeficientes de repartição do FEX para 2013.

UF	Particip. %	UF	Particip. %	UF	Particip. %
Acre	0,08121	Mato Grosso	16,99826	Rio Gr. do Norte	0,37594
Alagoas	1,07184	Mato Grosso do Sul	2,54831	Rio Grande do Sul	7,67589
Amapá	0,06247	Minas Gerais	21,64855	Rondônia	0,96492
Amazonas	0,96210	Pará	9,13343	Roraima	0,02051
Bahia	5,28169	Paraíba	0,34686	Santa Catarina	3,12103
Ceará	0,31295	Paraná	5,31750	São Paulo	4,18978
Distrito Federal	0,00000	Pernambuco	0,52518	Sergipe	0,29931
Espírito Santo	6,19852	Piauí	0,32005	Tocantins	0,91160
Goiás	6,57702	Rio de Janeiro	3,32889	TOTAL	100,00000
Maranhão	1,72619				

Fonte: Memorando nº 538/2013/CONFAZ/MF-DF, de 21 de maio de 2013, do CONFAZ para o Min. da Fazenda

[14] A Medida Provisória nº 193/2004 foi posteriormente convertida na Lei nº 10.966, de 9 de novembro de 2004.
[15] Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_fex.pdf> Acesso em 31/3/2018.

Vale frisar, nesse tocante, a ausência de critérios – objetivos e transparentes à pesquisa ora realizada – utilizados pelo CONFAZ para calcular os coeficientes de cada ente subnacional, para fins de recebimento, *pro rata*, dos respectivos repasses do FEX. Essa assimetria informacional é extremamente danosa, na medida em que potencializa riscos de repasses compensatórios do FEX baseados em parâmetros circunstanciais/casuísticos, não fidedignos, portanto, ao esforço exportador de cada UF, à revelia de princípios básicos de governança e indevidamente hipertrofiando a politização desse macroprocesso compensatório das finanças subnacionais.

Para ilustrar os riscos de hipertrofia da politização dos repasses do FEX, em detrimento do princípio do Federalismo Fiscal, transcreve-se, na sequência, trecho de notícia veiculada no sítio eletrônico do Senado Federal em 13/12/2017, onde se observa que um Estado fortemente exportador como São Paulo não recebeu quaisquer recursos do FEX para 2017, segundo os cálculos elaborados pelo CONFAZ.

> O Plenário do Senado aprovou nesta quarta-feira (13) o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 163/2017, do Poder Executivo, que libera R$ 1,91 bilhão a estados e municípios para fomentar as exportações. A medida, que agora segue para sanção da Presidência da República, complementa a distribuição de recursos prevista na Lei Kandir devido à isenção de ICMS para produtos exportados.
> Como já ocorreu em anos anteriores, desde 2004, o dinheiro será usado para compensar parcelas de dívidas de estados e municípios com a União já vencidas ou, por acordo, daquelas a vencer.
> Do total a receber, primeiramente serão deduzidas as dívidas junto à União e depois aquelas com garantia federal, inclusive externas. Depois disso, devem ser descontadas as dívidas junto a entidades da administração indireta. Se sobrarem recursos depois das compensações, o dinheiro será creditado em conta bancária do beneficiário em parcela única em dezembro deste ano.
> A distribuição será realizada proporcionalmente a coeficientes individuais de participação de cada unidade federada definidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), conforme entendimentos havidos entre os governos estaduais.
> Entre os estados que mais receberão recursos por meio desse projeto estão Mato Grosso (26%), Minas Gerais (13,3%) e Rio Grande do Sul (9,69%). Amapá, Distrito Federal e São Paulo não receberão cotas nesse rateio definido pelo Confaz. [grifou-se]

A politização do estabelecimento dos coeficientes do FEX – e por conseguinte dos respectivos repasses – pode inclusive acarretar riscos maiores às finanças dos entes subnacionais (gestão casuística da dívida passiva com a União) ou da própria União (gestão casuística de empréstimos e garantias concedidos aos Estados/DF), pois, como visto, do total a receber por cada ente subnacional, primeiramente são deduzidas as dívidas junto à União e depois aquelas com garantia federal, inclusive externas.

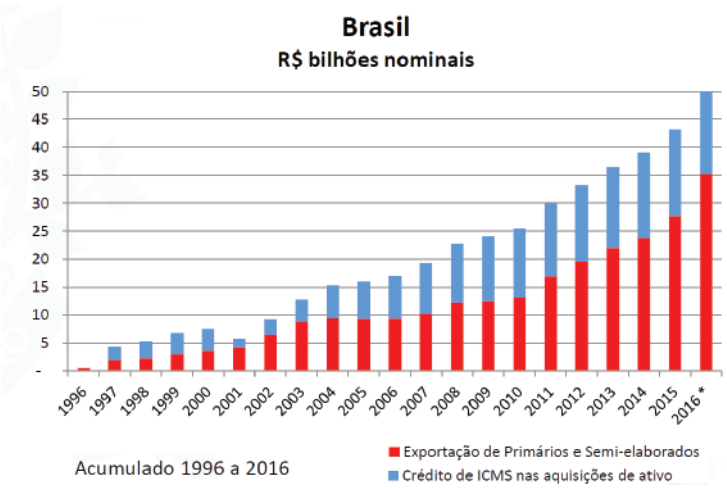
A ausência de critérios objetivos e transparentes utilizados pelo CONFAZ para calcular os coeficientes de cada ente subnacional repercute na assunção de nítido risco de manipulação do valor do FEX destinado a cada UF, valor esse que pode estar sendo afetado, para mais ou para menos, por interesses circunstanciais da União (de receber ou adiar o recebimento de dívidas atrasadas de uma ou outra UF) e/ou de Estados/DF (de amortizar, em maior ou menor volume, seus passivos perante a União).

Afora esse assunto, que põe em risco o Federalismo Fiscal vigente e por isso reclama a atenção dos Tribunais de Contas, conforme se detalhará na seção adiante, há que se debruçar sobre o insucesso do instituto do FEX como medida criada para resolver o problema das perdas dos entes subnacionais em face do ICMS desonerado das exportações.

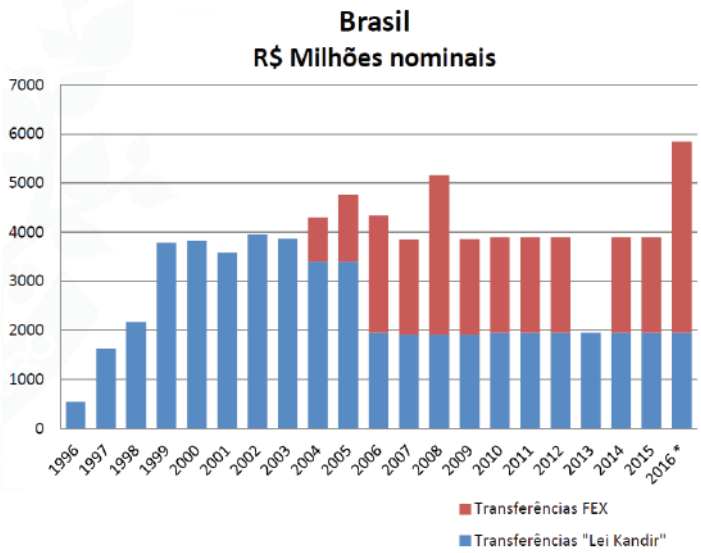
Após sua concepção, em 2004, até 2016, o FEX não conseguiu, somado aos repasses regidos pela Lei Kandir, compensar, de forma resolutiva, os entes subnacionais pelas suas perdas de arrecadação afetas ao ICMS desonerado das exportações.

Em verdade, o volume financeiro dos repasses compensatórios (Lei Kandir e FEX) crescem proporcionalmente muito pouco, ano a ano, distanciando-se, cada vez mais, do volume financeiro das perdas do ICMS desonerado das exportações para o conjunto das UF. É o que se visualiza do cotejo dos dois gráficos a seguir, apresentados em estudo técnico da Secretaria da Fazenda de Mato Grosso (SEFAZ MT) em julho de 2017[16].

Perdas



Compensações



Em valores nominais, as perdas anuais de ICMS desonerado das exportações para o conjunto das UF saiu, em 2004 (ano de criação do FEX), de aproximadamente R$ 10 bilhões, para em torno de R$ 35 bilhões em 2016 (crescimento acumulado de 250%). Por sua vez, o volume dos repasses

[16] Disponível em <http://www5.sefaz.mt.gov.br/documents/6071037/7784879/LEI+KANDIR+E+FEX+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o+-+Julho+2017+-+07072017/00926458-828f-4b63-a876-96c940d6438f> Acesso em 31/3/2018.

compensatórios (Lei Kandir e FEX) para o conjunto das UF saiu, em 2004, de aproximadamente R$ 4 bilhões, para em torno de R$ 6 bilhões (crescimento acumulado de 50%).

Seja em termos absolutos ou relativos, os repasses do FEX, ainda que somados aos repasses defasados regidos pela Lei Kandir, como demonstrado nos gráficos, não são efetivos nem resolutivos, desde sua concepção em 2004 até o ano de 2016, para recompor, aos entes subnacionais, as suas perdas de arrecadação do ICMS desonerado das exportações. Muito pelo contrário: após sua instituição (do FEX), as perdas líquidas (deduzidos os repasses compensatórios do FEX e da Lei Kandir) para as UF só têm aumentado, desequilibrando, a nível alarmante, o pacto federativo, sob os ângulos fiscal e financeiro.

3. Perspectivas de Atuação para os Tribunais de Contas

A defasagem da sistemática dos repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações regida pela Lei Kandir, aliada ao insucesso do FEX enquanto medida reparatória do esforço exportador dos entes subnacionais, repercutem valiosa oportunidade de incremento, com governança e previsibilidade, de receitas públicas para as Unidades Federativas. Essa oportunidade pode e deve ser explorada por vários flancos de atuação. Dado o escopo deste trabalho, restringir-se-á ao papel desempenhável pelas Cortes de Contas na busca de soluções para o histórico problema.

Como já afirmado, a Emenda Constitucional nº 42/2003 constitucionalizou, de forma expressa, a imunidade de ICMS nas operações que destinem mercadorias ao exterior (art. 155, X, '"a", da CF/88). Em face de tal comando afetar diretamente a arrecadação de uma das principais fontes de recursos públicos dos Estados, com reflexos imediatos nos orçamentos dos Municípios, essa mesma Emenda Constitucional incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Tributárias (ADCT) o art. 91, pelo qual também se constitucionalizou um mecanismo de compensação mediante repasses devidos pela União entes subnacionais, em função das perdas decorrentes da desoneração de ICMS nas exportações.

Para tanto, deixou-se à lei complementar a definição dos montantes a serem repassados e dos critérios e condições para seu cálculo. Na ausência de edição dessa lei complementar – que equacionaria as perdas de arrecadação das UF exportadoras por meio de um Fundo de compensação, de estatura constitucional e balizado por critérios objetivos –, têm-se aplicado os parâmetros (defasados) constantes no subitem 1.5 do anexo referido no artigo 31 da Lei Complementar nº 87/1996, modificada pela Lei Complementar 115/2002.

A prática adotada, a despeito de prejudicar as finanças das UF, encontra amparo normativo, pois, para evitar uma situação de vácuo normativo, o próprio art. 91 do ADCT determinou a continuidade da aplicação dos critérios trazidos pelo Anexo da LC nº 87/1996, com a redação dada pela LC nº 115/2002, até que fosse editada a lei que traria os novos (e objetivos) parâmetros de cálculo das compensações. Entretanto, como já assentado, passados aproximadamente 15 anos da edição da EC nº 42/2003, ainda não foi editada a lei complementar a que se refere o art. 91 do ADCT.

Com isso, na prática, os critérios trazidos pela LC nº 115/2002 continuam sendo aplicados, a despeito de não refletirem as reais perdas de arrecadação das UF exportadoras, no cenário atual.

Diante desse quadro de omissão legislativa ofensiva ao Federalismo Fiscal vigente, o Supremo Tribunal Federal (STF), provocado pelo Estado do Pará, decidiu, nos autos da ADO[17] 25, nos seguintes termos:

> Ementa
> Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. [grifou-se]

A decisão teve sua ata de julgamento publicada em 14/12/2016. Seu teor foi oficiado e comunicado por fax aos Chefes de Poderes e órgãos em 6/12/2016. O trânsito em julgado e a publicação do Acórdão, no entanto, ocorreram somente em agosto de 2017. É o que se vê na página do processo, no *site* do STF[18].

Ocorre que até o momento, 2/4/2018, o Congresso Nacional não editou a Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT.

Igualmente, não foi fixado ou calculado pelo Tribunal de Contas da União (i) o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT e (ii) o valor das quotas a que cada um dos Estados-membros fará jus, considerando os entendimentos realizados pelas unidades federativas no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

A situação apresentada é de ilegalidade ofensiva às finanças dos entes subnacionais, o que atrai a competência dos respectivos Tribunais de Contas subnacionais para, construtivamente, atuar.

O primeiro ponto a ser enfrentado é o de estabelecer o marco temporal inicial a partir do qual produziu efeitos a decisão expedida pelo STF nos autos da ADO 25. É a data de publicação da ata de julgamento (14/12/2016) ou a data da publicação do Acórdão (18/8/2017)? Ou, ainda, a data de envio, pelo STF, dos ofícios e/ou fax às autoridades envolvidas na omissão legislativa?

A depender disso, ter-se-á, respectivamente, para o presente momento (2/4/2018), descumprimento, ou não, da decisão do STF, considerado o prazo de um ano conferido ao Congresso Nacional para editar a lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT, prazo esse que, findo, impõe ao Tribunal de Contas da União (TCU), a emissão de atos de controle externo que, por parâmetros objetivos e assim previsíveis, supram a omissão legislativa prejudicial às finanças dos entes subnacionais.

[17]Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.
[18] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964> Acesso em 31/3/2018.

A questão levantada é resolvida via interpretação da Lei Federal 9.868/1999, do Regimento Interno do STF (RISTF) e de precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte.

Estatui a Lei Federal 9.868/1999, em seu art. 12-H:

> Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
> Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). [grifou-se].

Verifica-se que a norma não vincula a adoção de providências pelo Poder omisso à publicação do Acórdão. O vocábulo utilizado pelo legislador é "ciência", gênero do qual é espécie a publicação e também outras formas processuais aptas a dar conhecimento à parte interessada. O termo "ciência" está em sentido amplo. Não se fala em publicação de acórdão em imprensa oficial na norma em apreço.

Ora, a decisão foi comunicada (cientificada) pelo STF, via fax, ao Chefe de cada Poder ou órgão envolvidos, em dezembro de 2016. Assim, é razoável o entendimento de que o prazo para cumprimento do *decisum* se conta desse mês e não da publicação do acórdão, que ocorreu somente em agosto de 2017.

Além disso, verifica-se haver no RISTF dispositivo que autoriza interpretar nessa linha, ou seja, de que a produção de efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal opera a partir da correspondente notificação da parte via qualquer "modo eficaz de telecomunicação" (inclusive por fax/ofício como se fez em relação à decisão expendida na ADO 25). Assim dispõe o art. 81 do RISTF:

> Art. 81. A critério do Presidente do Tribunal, dos Presidentes das Turmas ou do Relator, conforme o caso, a notificação de ordens ou decisões será feita:
> I – por servidor credenciado da Secretaria;
> II – por via postal ou por qualquer modo eficaz de telecomunicação, com as cautelas necessárias à autenticação da mensagem e do seu recebimento. [grifou-se]

Ainda que não se adotasse essa linha interpretativa, de conferir efeitos a decisões a partir de sua ciência pelos interessados via fax/ofícios, ter-se-ia, por respeito à jurisprudência do STF, que seguir o raciocínio de que o marco inicial para a produção de efeitos decisórios é contado da publicação da ata de julgamento, que, no vertente caso, ocorreu também em dezembro de 2016 (14/12/2016).

Neste sentido, é importante lembrar que o STF tem aplicado como termo inicial para produção de efeitos do acórdão a data da publicação da ata de julgamento, independentemente da data da publicação do acórdão. Nesse sentido: ADI 3.609, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/10/14; Rcl 6.999, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 07/11/13.

> Ementa (ADI 3.609)
>
> EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. EC nº 38/2005 do Estado do Acre. Efetivação de servidores públicos providos sem concurso público até 31 de dezembro de 1994. Violação do art. 37, II, CF. Precedentes. 1. Por força do art. 37, inciso II, da CF, a investidura em cargo

> ou emprego públicos depende da prévia aprovação em concurso público, sendo inextensível a exceção prevista no art. 19 do ADCT. Precedentes: ADI nº 498, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 9/8/96; ADI nº 208, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19/12/02; ADI nº 100, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 1/10/04; ADI nº 88, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 8/9/2000; ADI nº 1.350/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1/12/06; ADI nº 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/3/07, entre outros. 2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para se darem efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. [grifou-se]
>
> Ementa (Rcl 6.999)
>
> Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. CONSTITUCIONALIDADE. DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. PRODUÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. PRECEDENTES DA CORTE. RECLAMAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADI 3.089 (DJe de 01/08/2008), decidiu, com eficácia vinculante e efeitos retroativos, serem constitucionais os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que tratam da tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais. 2. As decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em regra, passam produzir efeitos a partir da publicação, no veículo oficial, da ata de julgamento. 3. Agravo regimental desprovido. [grifou-se]

Assim, considerando a tese defendida, expirou em dezembro de 2017 o prazo para atuação do Congresso Nacional, visando suprir a omissão legislativa ofensiva ao pacto federativo, à segurança jurídica e, sobretudo, às finanças dos entes subnacionais.

Cabe, agora, tratar das ações que estão ao alcance dos Tribunais de Contas ante a questão posta, consideradas suas competências constitucionais e legais.

Pois bem, o art. 71, XI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), assim dispõe:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> […]
> XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

A ilegalidade a ser combatida pelas Cortes de Contas subnacionais está no fato de o TCU, ante a inércia do Congresso Nacional em editar a lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT, não ter até o momento realizado as ações de sua alçada – estabelecidas pelo STF na decisão emanada na ADO 25 –, em prejuízo das finanças estaduais, tesouro público, objeto de controle natural do controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas subnacionais.

Assim, os Tribunais de Contas têm o poder/dever de representar, junto ao TCU, no sentido de que aquela Corte Federal exerça na plenitude a competência estabelecida pelo STF, tendo em vista que o Congresso Nacional ainda não editou a Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT.

Vale destacar que o Regimento Interno do TCU alberga a possibilidade de recebimento, por aquela Corte, de Representações endereçadas por Tribunais de Contas estaduais (art. 237, IV).

Oportuno se faz, igualmente, que as Cortes de Contas intentem representação – isolada

ou conjuntamente – junto ao CONFAZ para que este colegiado fiscal esclareça e dê transparência aos parâmetros utilizados para calcular os coeficientes de cada ente subnacional, para fins de recebimento, *pro rata*, dos respectivos repasses do FEX, que, não custa enfatizar, enquanto receitas incorporáveis ao patrimônio das UF, restam caracterizados como objeto do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas subnacionais.

Os fatos e argumentos expostos configuram como não conforme a ausência de atuação de órgão administrativo (TCU), que, não supriu, no limite de sua atribuição, os efeitos da omissão legislativa delineada pelo STF na ADO 25.

Assente a ofensa à gestão fiscal dos entes subnacionais, que estão a receber os correspondentes repasses compensatórios (Lei Kandir e/ou FEX) – pela desoneração do ICMS das exportações – de forma subestimada, sem segurança jurídica, sem previsibilidade e sem base em parâmetros objetivos.

A atuação dos Tribunais de Contas subnacionais, nesse contexto, constitui-se em autêntico poder-dever, pois vazada no art. 71, XI, da Constituição Federal de 1988. A ação vislumbrada tem o condão de, a um só tempo, garantir o incremento de receitas para cada UF e, no quadro geral, contribuir para a concreção do Federalismo Fiscal, hoje alquebrado pela omissão legislativa tratada na ADO 25.

Conclusão

Este trabalho visou demonstrar que os Tribunais de Contas subnacionais podem protagonizar, nas suas respectivas esferas de atuação ou conjuntamente, ações que (i) promovam o incremento de receitas afetas ao ICMS desonerado das exportações para os estados, amenizando para estes os efeitos sentidos pela atual crise fiscal e (ii) modifiquem o estado de coisas atual acerca do tema, equalizando as relações entre União e estados-membros, em resguardo do Federalismo Fiscal, valor de estatura constitucional.

Comprovou-se que a atual sistemática de repasses compensatórios do ICMS desonerado das exportações, veiculada na LC 87/1996 e efetuada pela União aos entes subnacionais, é defasada e simbólica, bem como deteriora, silenciosa e paulatinamente, as finanças das Unidades Federativas de maior esforço exportador que, por conseguinte, arcam com maior carga de frustração de receitas de ICMS, em face da imunidade inserta no art. 155, X, “a”, da CF/88.

Os repasses do FEX, ainda que somados aos repasses defasados regidos pela Lei Kandir não são resolutivos para recompor, aos entes subnacionais, as suas perdas de arrecadação do ICMS desonerado das exportações.

O quadro apresentado impõe aos Tribunais de Contas subnacionais o poder/dever de representar, junto ao TCU, com fulcro no art. 71, XI, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que aquela Corte Federal exerça na plenitude a competência estabelecida pelo STF, tendo em vista que o Congresso Nacional ainda não editou a Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT.

Logo, restou respondido o problema de pesquisa inicialmente proposto: é viável e imperiosa

a atuação dos Tribunais de Contas subnacionais diante do quadro de perdas financeiras – para as respectivas unidades federativas – do ICMS desonerado das exportações.

No tocante às limitações encontradas na feitura deste trabalho, cita-se a escassez de bibliografia nacional especializada na temática.

Quanto à aplicação prática do presente estudo, propõe-se que a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) delibere e emita diretrizes às Cortes de Contas brasileiras no intuito de instrumentalizá-las, com estratégia, de meios aptos a potencializar os resultados de suas atuações voltadas a suprir da omissão legislativa versada na ADO 25, nefasta ao Federalismo Fiscal pátrio e às finanças dos entes subnacionais.

Por derradeiro, sugere-se, para fins de subsídio a futuras pesquisas na área, estudar e propor modelagem técnica e jurídica de atuação das Cortes de Contas subnacionais de forma conjunta e sistêmica, em temas que sejam de interesse comum de uma ou mais entidades federativas, a exemplo da questão da ausência de critérios – objetivos e transparentes – utilizados pelo CONFAZ para calcular os coeficientes de cada ente subnacional, para fins de recebimento, *pro rata*, dos respectivos repasses do FEX.

Referências Bibliográficas

ARABI, Abhner Youssif Mota; VIEIRA ALVES, Raquel de Andrade. Reforma tributária e federalismo fiscal. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-e-tributacao/reforma-tributaria-e-federalismo-fiscal-22092017> Acesso em 30/3/2018.

Boletim de finanças públicas regional publicado pelo BACEN em janeiro de 2014. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/boletimregional/port/2014/01/br201401c6p.pdf> Acesso em 30/3/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº. 87 de 13 de setembro de 1996. Brasília, em 13 de setembro de 1996; 172º da Independência e 108º da República.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MATO GROSSO. SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. Audiência pública ocorrida em 10 de julho de 2017. Disponível em <http://www5.sefaz.mt.gov.br/documents/6071037/7784879/LEI+KANDIR+E+FEX+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o+-+Julho+2017+-+07072017/00926458-828f-4b63-a876-96c940d6438f> Acesso em 19/3/2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA, SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais – Lei Complementar 87/1996. Brasília, 2014.

MINISTÉRIO DA FAZENDA, SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais – Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações – FEX. Brasília, 2014.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Exportações, Importações e Balança Comercial. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/comex-vis/frame-brasil> Acesso em 30/3/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Há 35 anos em defesa da supremacia do interesse social

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-64505-14-8
9 788564 505148