

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

**O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

**Maceió
2014**

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

Maceió
2014

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

R696p Rodrigues, Ricardo Schneider.
O papel dos tribunais de contas no controle de políticas públicas: a efetivação do direito fundamental à educação / Ricardo Schneider Rodrigues. – Maceió, 2014.
181 f.

Orientadora: Andreas Jubert Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2014.

Bibliografia: f. 169-181.

1. Direito Fundamental. 2. Tribunais de Contas – Controle. 3. Políticas Públicas.
4. Educação. I. Título.

CDU: 342.7:35(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

"O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ANDREAS JOACHIM KRELL

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Profª. Drª. Fábio Lins (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (UFBA)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: Ricardo Maurício Freire Soares

Maceió, 22 de agosto de 2014.

[Assinatura]
Sara Regina A. França
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940799

A Melissa e Mariana, simplesmente tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, por terem dado o suporte necessário e compreendido a importância da dedicação a este trabalho, em detrimento de um maior convívio nos últimos tempos.

Aos amigos do Ministério Público de Contas, pela paciência e ajuda nos últimos dois anos, fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Aos professores e servidores da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, em especial ao meu orientador Andreas J. Krell, pela inestimável ajuda durante toda a pesquisa e elaboração da dissertação.

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

*BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF, v. 30, n. 82, p. 254, out./dez. 1999.*

Desde 1934, a função de julgar contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as re julgasse depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julgava, ou não julgava. [...]

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 251.

RESUMO

Nesta dissertação é analisado o papel do Tribunal de Contas no controle de políticas públicas e a repercussão desta atividade na efetivação de direitos fundamentais, especificamente do direito à educação. O objetivo foi estabelecer como estas Cortes podem exercer o controle sobre políticas públicas esse tal controle repercute na concretização de direitos fundamentais. O método utilizado correspondeu ao estudo da legislação pertinente, em especial dos textos constitucionais revogados e do atual, pesquisa qualitativa da doutrina relacionada ao tema, além do exame de dois casos concretos. Inicialmente, foi demonstrado o tratamento conferido às Cortes de Contas nos textos constitucionais brasileiros, examinando-se, em seguida, a natureza jurídica desses tribunais e de seus julgados, o controle de sua atuação pelo Poder Judiciário, a sua função, competência e atribuições, as críticas comumente dirigidas a elas, propostas de aperfeiçoamento e o Ministério Público de Contas. Delimitado o papel dos Tribunais de Contas, no capítulo seguinte foi estudada a definição da expressão políticas públicas, as críticas direcionadas ao seu controle e as espécies de controle possíveis, na perspectiva do Poder Judiciário, usualmente considerada pela doutrina. Ao final de cada tópico foi elaborada nova análise, relacionando os temas pertinentes ao controle de políticas públicas à atuação dos Tribunais de Contas. Com isso buscou-se relacionar a atuação destes Tribunais no sistema jurídico brasileiro, objeto do capítulo 2, ao controle de políticas públicas estudado no capítulo 3, para compreender como o controle externo repercute – ou deveria repercutir – sobre as políticas públicas, em comparação com o controle judicial, indicando suas vantagens. Foi ressaltado, ainda, que o direito à educação tem *status* de direito fundamental, possuindo em relação a diversos aspectos a qualidade de direito público subjetivo à prestação positiva do Estado, como na hipótese do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais. A partir do estudo de dois casos concretos, relativos a auditorias operacionais realizadas pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal na área da educação, foi demonstrado como os Tribunais de Contas podem influenciar positivamente na concretização de direitos fundamentais. A primeira auditoria dedicou-se à qualidade das instalações das escolas públicas e a segunda à avaliação do acesso e da qualidade da educação infantil pública de 0 a 3 anos. A conclusão indica que a Constituição Federal dotou os Tribunais de Contas de competência e instrumentos destinados ao controle de políticas públicas, conferindo-lhes papel de destaque na referida atividade. A atuação dos Tribunais de Contas é mais adequada ao controle amplo e contextualizado das políticas públicas, além de ser eficaz na (re)condução do próprio gestor público ao exercício de sua atividade de definir e implementar políticas públicas. Como decorrência, os Tribunais de Contas podem – e devem – exercer sua fiscalização sobre as políticas públicas, em especial às relacionadas à concretização de direitos fundamentais, porquanto sua atuação propicia a efetivação de tais direitos.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Políticas Públicas. Controle. Direito Fundamental. Educação.

ABSTRACT

The dissertation examines the role of the Court of Accounts in control of public policies and the impact of this activity on the realization of constitutional rights, specifically the right to education. The purpose is to determine whether these courts exercise control over public policy and, if so, whether such control affects the realization of fundamental rights. Study was drawn from laws and qualitative research of related doctrine, and case study. Initially, it was demonstrated the treatment given to the Courts of Accounts in Brazilian constitutional texts, examining, then the legal nature of these courts and its decisions, the control over their actions by the judiciary, its function, competence and attributions, the criticisms commonly directed at them, proposals for improvement and the role of public prosecution in the Courts of Accounts. In the next moment, was delimited the meaning of the term public policy, the role of the studied species of control over public policies and criticisms related to this control, when elaborated by the Judiciary. Then, was related to the role of the Courts of Accounts in the Brazilian legal system, the subject of chapter 2, the control of public policy, the subject of chapter 3, examining how the performance of external control over public policy is compared to judicial review, indicating its advantages. It was also demonstrated that the right to education is a fundamental right status, having in several respects the quality of public subjective right to positive action by the State, as in the case of free primary education in official establishments. From the study of two specific cases, related to operational audits performed by the Court of the Federal District in educational area, it was shown how the Courts of Accounts may positively influence the achievement of fundamental rights. In the first audit was examined the quality of the facilities of public schools and in the second the evaluation of access and quality of public early childhood education from 0 to 3 years. The conclusion indicates that the Federal Constitution has endowed the Court of Accounts of competence and instruments aimed to the control of public policies, giving them a prominent role in that activity. , the performance of the Court of Accounts is more appropriate to the comprehensive and contextualized control of public policies, besides being effective in leading public officer to exercise their activity to define and implement public policy itself. As a result, the Court of Accounts can - and should - exercise its oversight of public policies, especially those related to the implementation of fundamental rights, because his performance favors the realization of such rights.

Keywords: Courts of Accounts. Public Policies. Control. Constitutional Rights. Education.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AMPCON– Associação Nacional do Ministério Público de Contas
- ATRICON– Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
- CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
- EC – Emenda Constitucional
- FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
- FUNDEB– Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
- LAI – Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11)
- LC – Lei Complementar
- LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
- LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96)
- LOA – Lei Orçamentária Anual
- LODF – Lei Orgânica do Distrito Federal
- LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101/00)
- LO/TCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/92)
- MEC – Ministério da Educação
- MPC – Ministério Público de Contas
- MS – Mandado de Segurança
- PEC – Projeto de Emenda à Constituição
- PNE – Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001)
- PPA – Plano Plurianual
- PPIAN – Percentual Ponderado de Itens Avaliados Negativamente
- RI/TCU – Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
- TC – Tribunal de Contas
- TCDF – Tribunal de Contas do Distrito Federal
- TCE – Tribunal de Contas Estadual
- TCU – Tribunal de Contas da União
- SUS – Sistema Único de Saúde

STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL	15
2.1	O Tribunal de Contas nas Constituições do Brasil	15
2.1.1	Constituições anteriores a 1988.....	16
2.1.2	Constituição de 1988	21
2.1.3	A evolução normativa dos Tribunais de Contas nos textos constitucionais	26
2.2	A Natureza Jurídica do Tribunal de Contas	27
2.3	A Natureza Jurídica dos Julgamentos Realizados pelo Tribunal de Contas e seu Controle pelo Judiciário	35
2.4	Função, Competências e Atribuições dos Tribunais de Contas: enfoque no controle de políticas públicas	48
2.5	Críticas aos Tribunais de Contas e Propostas de Aperfeiçoamento	60
2.6	O Ministério Público de Contas	71
3	POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	79
3.1	Definição de Políticas Públicas	79
3.1.1	Políticas públicas e o direito público.....	80
3.1.2	Um conceito jurídico de políticas públicas	84
3.1.3	Metodologia jurídica de análise de políticas públicas e fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.....	89
3.1.4	Teoria jurídica das políticas públicas	92
3.1.5	Outros estudos relevantes sobre a definição de políticas públicas.....	93
3.1.6	Definição de políticas públicas: considerações finais	97
3.2	Controle de Políticas Públicas	104
3.2.1	Críticas ao controle de políticas públicas	107
3.2.1.1	Crítica da teoria da constituição	109
3.2.1.2	Crítica filosófica	110
3.2.1.3	Crítica operacional.....	112

3.2.1.4	Análise das críticas ao controle judicial de políticas públicas a partir da perspectiva do controle pelos Tribunais de Contas	113
3.2.2	Objetos e modalidades de controle judicial de políticas públicas	115
3.2.2.1	Controle da fixação das metas e prioridades (em abstrato) e do resultado final esperado (em concreto).....	115
3.2.2.2	Controle da quantidade de recursos a ser investido.....	117
3.2.2.3	Controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público	117
3.2.2.4	Controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos	118
3.2.2.5	Controle judicial por modalidade: individual, coletivo e abstrato	119
3.2.2.6	As críticas no contexto das formas de controle de políticas públicas	120
3.2.2.7	Análise do controle judicial de políticas públicas a partir da perspectiva do pelos Tribunais de Contas	122
4	CONTROLE EXTERNO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS.....	132
4.1	Concretização de Direitos Fundamentais pelos Tribunais de Contas	132
4.2	Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas de Educação: estudo de casos.....	136
4.2.1	Auditoria operacional no ensino	140
4.2.1.1	Auditoria operacional para análise da qualidade das instalações das escolas públicas do Distrito Federal em 2011 – TCDF.....	140
4.2.1.2	Auditoria operacional para avaliação da educação infantil pública de 0 a 3 anos no Distrito Federal – TCDF.....	144
4.2.2	Considerações sobre as auditorias operacionais no ensino analisadas	151
5	CONCLUSÃO	157
	REFERÊNCIAS	169

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a judicialização das políticas públicas é tema bastante estudado no campo acadêmico, discutindo-se até que ponto o Poder Judiciário pode avançar na concretização de direitos sociais declarados na Constituição Federal.¹ Esta preocupação reflete o atual estágio do pensamento jurídico, fortemente influenciado pelos ideais pós-positivistas, disseminados ao término da Segunda Grande Guerra.

Nos últimos anos, diversos trabalhos foram dedicados à eficácia dos direitos fundamentais. A doutrina passou a buscar respostas para o problema da concretização de tais direitos, à medida que, após 1988, foram amplamente previstos no texto constitucional. A posição de centralidade dos direitos fundamentais no sistema constitucional, o reconhecimento da normatividade das disposições constitucionais, abrangendo regras e princípios, além da submissão dos poderes públicos à Constituição conduziram à busca dos mecanismos ao alcance do direito para transformar os direitos fundamentais em realidade.

Neste cenário, houve, naturalmente, uma dedicação maior ao tema das políticas públicas, dado que por meio delas o poder público decide, planeja e implementa o direito a saúde, educação, moradia, segurança, trabalho, alimentação, dentre vários outros.² O controle sobre a atuação e a omissão do poder público pelo Poder Judiciário e Ministério Público provocou acesas discussões, relacionadas aos limites de atuação diante das esferas de competências tradicionalmente delimitadas entre os Poderes e à capacidade do Estado para atender a um amplo rol de direitos, num cenário de grande demanda e recursos limitados.

O presente trabalho não teve como escopo aprofundar o exame do controle realizado pelo Poder Judiciário, mas direcionar os esforços para a compreensão da atuação de outro personagem constitucional neste contexto.

O papel atribuído às Cortes de Contas nos textos constitucionais cresceu desde a sua previsão original no art. 89 da Constituição da República de 1891. A partir de 1988, o rol de competências e a abrangência do enfoque de sua fiscalização foram potencializados como nunca antes se viu.

¹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 99-106; BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conteúdo jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

Os Tribunais de Contas são responsáveis pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de todos os entes públicos, quanto a diversos aspectos como legalidade, legitimidade e economicidade. Cumpre-lhes, ainda, o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como dos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Se antes a atribuição da competência de julgar aos Tribunais de Contas já era tida por juristas como Pontes de Miranda como exercício do poder jurisdicional,³ com a utilização de tais conceitos indeterminados parece não haver dúvida de que o julgamento exercido por tais Cortes permite um controle muito mais amplo da Administração Pública.

Diante disso, o foco do estudo recaiu sobre o papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, especialmente para compreender como essa atuação ocorre e se poderia contribuir para a efetivação de direitos fundamentais. Destarte, representa um estudo da atividade dos Tribunais de Contas no controle externo de políticas públicas, tendo em vista o rol de competências estabelecidas no texto constitucional. O método utilizado correspondeu ao estudo da legislação pertinente, em especial dos textos constitucionais revogados e do atual, pesquisa qualitativa da doutrina relacionada ao tema, além de estudo de dois casos concretos.

Análises iniciais demonstram que os Tribunais de Contas desempenham importante papel na fiscalização da administração pública em geral, inferindo-se que, potencialmente, também têm grande relevância no controle de políticas públicas e, por conseguinte, para a concretização de diversos direitos fundamentais.

Não obstante, é necessário aprofundar a compreensão desta atuação, em especial quanto ao controle de políticas públicas, porque a literatura dedicada ao tema concedeu maior ênfase ao controle judicial. Ademais, a grande contribuição dos estudos relacionados à definição das políticas públicas, às críticas ao seu controle e à forma como poderia ser exercido, no contexto judicial, sugere a reavaliação dessas questões a partir do ponto de vista das Cortes de Contas.

Desta forma, inicialmente a pesquisa recaiu sobre os próprios Tribunais de Contas. A partir da análise da conformação conferida pelos textos constitucionais brasileiros e da doutrina especializada, buscou-se compreender a natureza jurídica das Cortes de Contas, de seus julgados e o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre seus atos. Em seguida, voltou-

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 246-259.

se à sua função, suas competências e atribuições, de modo a identificar quais instrumentos ao seu alcance poderiam ser dedicados ao controle de políticas públicas. Outros aspectos relevantes abordados foram as críticas comumente dirigidas à sua atuação, as propostas de aperfeiçoamento diante das críticas apontadas e a atuação do Ministério Público de Contas que atua junto a estas Cortes.

No capítulo seguinte, buscou-se delimitar o conceito de políticas públicas, cujo sentido ultrapassa o âmbito jurídico. A dificuldade em se obter conceito preciso decorre do seu caráter multifacetado e da inexistência de padrões assumidos pelo poder público ao estabelecer políticas públicas. Não obstante, a dedicação ao tema confere ao intérprete instrumentos para recortar, dentre os atos e normas utilizados, aqueles que conferem a modelagem da política pública.

Posteriormente, voltou-se ao exame das críticas dirigidas ao controle judicial sobre políticas públicas para, em seguida, avaliar a pertinência delas quando o controle passa a ser exercido pelos Tribunais de Contas e como são respondidas em face das peculiaridades destas Cortes. Em seguida, foram analisadas as espécies possíveis de controle, quando operado pelo Poder Judiciário, para verificar de que maneira os Tribunais de Contas podem atuar em relação a cada uma delas. No Capítulo 3 almejou-se, portanto, compreender o funcionamento dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, a sua relação com as críticas comumente direcionadas ao controle e as espécies de controle possíveis.

No capítulo 4, o exame recaiu sobre a concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais de Contas. O método de análise foi o exame de dois casos concretos de atuação do Tribunal de Contas do Distrito Federal no controle de políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à educação, por meio de auditorias de natureza operacional. O objetivo foi verificar a partir de casos reais se o controle exercido pelos Tribunais de Contas poderia repercutir na efetivação de tais direitos, em especial do direito à educação.

O trabalho conclui não apenas ser possível, mas inerente aos Tribunais de Contas o controle sobre políticas públicas, consistindo numa atividade relevante, pois reflete positivamente na concretização de direitos fundamentais.

2 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

No presente tópico pretende-se explorar o papel dos Tribunais de Contas no Brasil, apresentando a conformação jurídica conferida pelas Constituições brasileiras a partir do advento da República, a natureza dessas Cortes, o alcance e os limites de suas decisões, além da função do Ministério Público de Contas que atua junto a elas. Serão examinadas algumas críticas comumente direcionadas a eles, bem como algumas propostas voltadas ao seu aperfeiçoamento.

Não obstante o enfoque amplo que será adotado neste capítulo, seu objetivo principal é permitir compreender como atuam os Tribunais de Contas no contexto das políticas públicas, tema a ser enfrentado nos capítulos seguintes, para definir se e de que forma podem exercer o seu controle, contribuindo para a efetividade de direitos fundamentais.

2.1 O Tribunal de Contas nas Constituições do Brasil

É indispensável discorrer sobre o tratamento conferido aos Tribunais de Contas no plano dos textos normativos constitucionais. Não apenas no texto de 1988, mas também nos anteriores, por algumas razões. Primeiro, porque muitos autores, embora tenham examinado as competências dos Tribunais de Contas à luz de textos passados, elaboraram observações que ainda são relevantes, sendo, pois, proveitosa a comparação do contexto da época com o atual. Segundo, para permitir um enfoque histórico do desenvolvimento das Cortes, trazendo para a interpretação do texto a compreensão de como se deu a evolução das atribuições deferidas a esses Tribunais. Por fim, no intuito de possibilitar ao intérprete conhecer as normas jurídicas pertinentes e compreender o regime jurídico ao qual as Cortes de Contas estão submetidas, extraindo as suas possibilidades de atuação no contexto das políticas públicas, abordadas no capítulo seguinte.

Conforme afirmou Pontes de Miranda, nos seus comentários à CF de 1967/1969, “o Tribunal de Contas é instituição de 1891, 1934, de 1937, de 1946 e de 1967. Cumpre, porém, atendermos a que instituição, que se mantém, se mantém conforme a estrutura que lhe dão o *todo* da Constituição e as novas atribuições que lhe são conferidas”.⁴

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 249-250.

2.1.1 Constituições anteriores a 1988

A Constituição Imperial de 1824⁵ não previa a existência dos Tribunais de Contas. Em seu capítulo dedicado à Fazenda Nacional, no Título relativo à “Administração e Economia das Províncias”, previa a existência de um Tribunal denominado “Thesouro Nacional”, encarregado da Receita e Despesa da Fazenda Nacional (art. 170).

Com a República, a Constituição de 1891⁶ trouxe pela primeira vez a previsão de um Tribunal de Contas em seu Título V, relativo às “Disposições Gerais”. Sua atribuição era a de liquidar as contas da receita e despesa, verificando a legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional (art. 89). Ao Congresso Nacional competia privativamente orçar a receita e fixar a despesa anualmente, bem como tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro (arts. 31 e 34). Os membros do Tribunal eram nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, somente perdendo os cargos por sentença (art. 89). Até aquele momento não havia, em nível constitucional, a previsão da competência para julgamento pelos TCs nem a atribuição de regime jurídico semelhante ao do Poder Judiciário em relação aos seus membros e à organização da Corte.

Em 1934, o texto constitucional⁷ manteve e passou a dar tratamento pormenorizado ao Tribunal de Contas na Seção II do Capítulo VI, relativo aos “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, onde, na Seção I, se previu também o Ministério Público. Ao menos topologicamente não integravam os Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Além da atribuição de acompanhar a execução orçamentária, previu-se expressamente e pela primeira vez a competência para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos (art. 99). Foi estabelecida, ainda, a atribuição de elaborar o parecer prévio, em trinta dias, sobre as contas do Presidente da República, que eram prestadas anualmente à Câmara dos Deputados (arts. 102 e 60, 2º), a quem competia o julgamento mediante voto secreto (arts. 29, 38 e 40).

⁵ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**, Brasília, DF, p. 7. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, fl. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

⁶ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

⁷ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934, republicado em 19 dez. 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

Além de permanecer a escolha a cargo do Presidente da República, mediante aprovação do Senado, conferiram-se aos Ministros do Tribunal de Contas as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema (arts. 100 e 90, “a”), inclusive o foro por prerrogativa de função (art. 76, inc. I, “b”) e a inelegibilidade (art. 112, inc. I, “b”). A organização da Corte de Contas, quanto ao Regimento Interno e Secretaria, também passou a ter “as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários” (art. 100, parágrafo único).

Logo em seguida, em 1937, a Constituição⁸ ditatorial do Estado Novo (conhecida como “polaca”) também dispôs sobre o Tribunal de Contas, no capítulo destinado ao Poder Judiciário. Foi estabelecida a atribuição de acompanhar a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos, bem como as mesmas garantias dos Ministros do STF aos seus membros (art. 114), inclusive o foro por prerrogativa de função junto à Suprema Corte (art. 101, inc. I, “b”).

Com a restauração da ordem democrática, a Constituição de 1946⁹ deu tratamento pormenorizado ao Tribunal de Contas na Seção VI, relativa ao “Orçamento”, do Capítulo II, pertinente ao “Poder Legislativo”. Embora topologicamente inserido no Capítulo do Poder Legislativo, formalmente não compunha tal Poder, exercido pelo Congresso Nacional, composto apenas pela Câmara dos Deputados e Senado Federal (art. 37). Contudo, foi a partir do texto de 1946 que se passou a afirmar que a administração financeira, em especial a execução do orçamento, seria fiscalizada na União pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios na forma do que for estabelecido em suas Constituições estaduais (art. 22).

Ademais, foi estabelecida a jurisdição do Tribunal de Contas em todo o território nacional (art. 76), a sistemática de escolha pelo Presidente da República mediante aprovação pelo Senado Federal e a atribuição dos mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juízes do Tribunal Federal de Recursos (art. 76, § 1º, e 63, inc. I), além do foro por prerrogativa de função no STF (art. 101, inc. I, “c”) e a vitaliciedade (art. 187). À Corte se estenderam as mesmas atribuições atinentes aos Tribunais judiciais, no tocante à eleição de seus Presidentes e órgãos de direção, elaboração de Regimentos Internos e

⁸ BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937, republicado em 11 nov. 1937, 18 nov. 1937 e 19 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

⁹ BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 set. 1946, republicado em 25 set. 1946 e 15 out. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

organização dos serviços auxiliares, propondo ao Poder Legislativo a criação ou extinção de cargos e fixação dos respectivos vencimentos, bem como conceder licença e férias aos seus membros e aos imediatamente subordinados (arts. 76, § 2º, e 97).

Quanto às competências, definiu-se o acompanhamento ou fiscalização da execução do orçamento, o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos, e dos administradores das entidades autárquicas, além de julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (art. 77, inc. I, II e III). Foi estabelecida também a atribuição de elaborar o parecer prévio, em sessenta dias (em 1934 eram trinta dias), sobre as contas do Presidente da República, que eram prestadas anualmente ao Congresso Nacional (art. 77, § 4º), a quem competia exclusivamente o julgamento (art. 66, inc. VIII). Não prestadas as contas relativas ao exercício anterior, pelo Presidente da República, no prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 87, XVII), cumpria à Câmara dos Deputados a tomada de contas (art. 59, II).

Em 1967,¹⁰ durante o governo militar ditatorial instaurado em 1964, não ocorreu o recuo das atribuições do Tribunal de Contas como observado no texto constitucional da ditadura de 1937. Ao contrário, em certos pontos houve avanços.

A previsão do Tribunal de Contas permaneceu no Capítulo destinado ao Poder Legislativo (VI), especificamente na Seção VII, relativa à “Fiscalização Financeira e Orçamentária”, mas sem compor formalmente o referido Poder (art. 29).

Tal como em 1946 (art. 22), era previsto que o controle – externo – do Congresso Nacional seria exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, compreendendo 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 (art. 71, § 1º), mediante levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo da realização de inspeções (art. 71, § 4º), inclusive em relação às autarquias (art. 71, § 5º). As contas do Presidente da República deveriam ser prestadas anualmente, sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 83, inc. XVIII), sob pena de serem tomadas pela Câmara dos Deputados (art. 42, inc. II) e o respectivo parecer prévio das contas ser emitido pelo Tribunal de Contas,

¹⁰ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jan. 1967, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

também em sessenta dias (art. 71, § 2º). O julgamento das contas anuais do Presidente da República era de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 47, inc. VIII).

Da mesma forma que no regime anterior, a Corte tinha jurisdição em todo o território nacional (art. 73) e o Tribunal exercia as mesmas atribuições previstas para os Tribunais do Poder Judiciário, no tocante à eleição de Presidente e órgãos de direção, elaboração dos regimentos internos, organização dos serviços auxiliares, provimento dos cargos na forma da lei, detendo a iniciativa para a criação e extinção de cargos, além da fixação dos vencimentos, bem como para conceder férias e licenças a membros e subordinados (arts. 73, § 1º, e 110, inc. I, II e III).

Importante avanço no texto normativo foi a previsão da realização de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para tal fim, deviam enviar ao Tribunal de Contas as respectivas demonstrações contábeis, cabendo à Corte realizar as inspeções que considerasse necessárias (art. 71, § 3º). Merece destaque a mudança significativa que representou a substituição da sistemática anterior do controle prévio ou do registro prévio (1934, art. 101; 1946, art. 77, §§ 1º e 2º) pelo sistema de auditoria (1967, art. 71, §§ 1º, 3º e 4º). O modelo do controle prévio, de origem italiana e belga, recebia críticas no tocante à presteza e rapidez da ação administrativa.¹¹

Além disso, diante de ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, a Corte deveria, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, assinar prazo razoável para que o órgão responsável adotasse as providências necessárias ao cumprimento da lei (art. 73, § 5º, “a”). Caso não atendida a determinação, deveria sustar a execução do ato, exceto contrato (art. 73, § 5º, “b”), cuja suspensão e outras medidas necessárias deveriam ser solicitadas ao Congresso Nacional (art. 73, § 5º, “c”) e sobre as quais deveria deliberar em trinta dias. Findo o prazo sem manifestação do Poder Legislativo, considerava-se insubsistente a impugnação (art. 73, § 6º). Quantos aos atos, admitia-se a execução, a despeito da ilegalidade apurada pelo Tribunal de Contas, mediante ordem do Presidente da República, *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, § 7º).

¹¹ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175815/000451494.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 mar. 2013.

Em relação aos membros da Corte, escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (art. 45, inc. I), gozando das mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, além da vitaliciedade (art. 98), passou-se a exigir também ser brasileiro, maior de 35 anos, ter idoneidade moral e possuir notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública (art. 73, § 3º). Foi previsto o foro por prerrogativa de função e a competência para apreciar os respectivos mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal (art. 114, inc. I, “b” e “i”).

Com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, a Constituição de 1967 sofreu diversas mudanças.¹² No entanto, quanto ao Tribunal de Contas foram mantidas as regras anteriores com algumas mudanças pontuais. De menor relevância, a Corte passou a ser denominada, em nível constitucional, como Tribunal de Contas da União (art. 72). Mais importante foi a ampliação dos poderes do Presidente da República, no sentido de poder ordenar não apenas a execução de atos dos quais decorram despesas reputadas ilegais pelo TCU, mas também o registro dos atos de aposentadoria, reformas e pensões tidos também por ilegais, *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 72, § 8º, com redação pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977).

No plano dos Estados, foi prevista a aplicação aos Conselheiros das vedações aplicáveis aos magistrados (art. 114, inc. I, II e III), assim como a limitação do quantitativo de membros dos Tribunais de Contas a sete (art. 13, inc. IX).

Nos Municípios, foi definido que a fiscalização financeira e orçamentária seria exercida mediante o controle externo da Câmara Municipal e controle interno do Executivo municipal (art. 16). O controle externo da Câmara Municipal seria exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual com essa incumbência (art. 16, § 1º). Importante avanço foi a previsão de que somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixaria de prevalecer o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas ou órgão estadual sobre as contas que o Prefeito deveria prestar anualmente (art. 16, § 2º). Aos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal foi definido foro por prerrogativa de função no Tribunal Federal de Recursos (art. 122, “b”).

¹² BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out. 1969, p. 8865. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

2.1.2 Constituição de 1988

A Constituição de 1988¹³ superou em larga escala todas as demais quanto ao número de dispositivos relativos ao Tribunal de Contas, bem como em relação à ampliação das suas competências. Diversas normas foram mantidas paralelamente a inúmeras novidades que fortaleceram sobremaneira o controle externo. Nota-se, como se verá, o ímpeto constituinte para consolidar o sistema de controle externo brasileiro por meio dos Tribunais de Contas, incorporado desde a República (Constituição de 1891), conferindo-lhe maiores poderes.

Inicialmente, observa-se que foi mantida a tradição surgida em 1946, ao tratar do Tribunal de Contas (da União, a partir de 1969), topologicamente, no capítulo destinado ao Poder Legislativo. O Tribunal de Contas da União encontra a sua disciplina, portanto, na Seção IX – “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” – do Capítulo I – “Do Poder Legislativo” – do Título IV – “Da Organização dos Poderes”. Contudo, de igual modo, não integra formalmente o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional e composto apenas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 44).

Dentre as novidades de 1988, há a ampliação do enfoque, competindo ao Congresso Nacional, mediante controle externo, e ao sistema de controle interno de cada Poder, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, incluindo a administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*). Percebe-se que à fiscalização financeira e orçamentária do regime anterior acrescentou-se ao texto a fiscalização contábil, operacional e patrimonial. Mais relevante ainda foi agregar ao aspecto da legalidade, citado desde 1891 (art. 89), a legitimidade e a economicidade, padrões abertos importantíssimos na interpretação a respeito das competências das Cortes de Contas.

Ficou estabelecido de modo nunca antes tão abrangente o dever geral de prestar contas por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a Administração Pública responda, ou que, em nome destes, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único). Nesse aspecto, importante destacar a redação conferida pela EC n. 19, de 1998, que estendeu tal obrigação às pessoas jurídicas privadas.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

Em seguida, foi definido um extenso rol de competências próprias do Tribunal de Contas da União, responsável por auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo (art. 71). Das competências tradicionais, tem-se a emissão de parecer prévio nas contas anuais do Presidente da República, em sessenta dias (inc. I); o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, incluindo-se administração direta e indireta, fundações e sociedades mantidas pelo Poder Público, além das contas de quem der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (inc. II); a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de aposentadoria, reforma e pensões (inc. III); a realização, por iniciativa própria ou provocação, de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, inclusive fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público (inc. IV); o ato de assinar prazo para adoção de providências necessárias ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade (inc. IX); a sustação, se não atendido o prazo, da execução de ato, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (inc. X); e a representação ao Poder competente sobre irregularidades e abusos apurados (inc. XI). As contas anuais do Presidente da República são julgadas pelo Congresso Nacional (art. 49, inc. IX) e, em caso de omissão, ultrapassado o prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, serão tomadas pela Câmara dos Deputados (art. 51, inc. II).

No caso de contrato, a sustação é adotada diretamente pelo Congresso Nacional, que solicita ao Poder Executivo as medidas cabíveis (§ 1º). Caso o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não efetivem as medidas previstas, em noventa dias, o TCU decide a respeito (§ 2º). Aqui, novamente, há alteração no texto constitucional. Passando da suspensão imediata em caso de ilegalidade (1946, art. 77, § 1ª), para a suspensão dependente de manifestação do Congresso em trinta dias (1967, art. 73, § 6º; 1969, art. 72, § 6º), até chegar ao modelo atual, em que a suspensão não é imediata, mas a inércia do Poder Legislativo não torna a impugnação insubsistente, competindo ao TCU decidir a respeito. Também foi eliminada a possibilidade de execução ou registro do ato reputado como ilegal pelo Tribunal de Contas por ordem do Presidente da República, *ad referendum* do Congresso Nacional (1934, art. 101, § 2º; 1946, art. 77, § 3º; 1967, art. 72, § 7º; 1969, art. 72, § 7º, e, após EC n. 7/77, art. 72, § 8º).

Importante destacar que o Congresso Nacional possui a competência exclusiva para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, inc. X), enquanto o TCU, como visto, possui

competência originária mais ampla, abrangendo todos os Poderes, podendo, inclusive, realizar auditorias e inspeções, de ofício, em unidades dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo (art. 71, inc. IV).

Retomando o rol de competências previsto no art. 70, há aquelas que não estavam previstas expressamente nos textos constitucionais anteriores. Há a atribuição para a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão (inc. III); fiscalização das contas das empresas multinacionais em cujo capital social o Poder Público tenha participação, de forma direta ou indireta (inc. V); fiscalização do repasse de recursos, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, da União para Estados, Distrito Federal ou Município (inc. VI); prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, suas Casas ou Comissões (inc. VII); e a aplicação das sanções previstas em lei aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, dentre elas a multa proporcional ao dano causado ao erário (inc. VIII).

Outro avanço importantíssimo foi atribuir, em nível constitucional, a eficácia de título executivo às decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa (art. 71, § 3º), facilitando sobremaneira a execução dos valores reconhecidos pela Corte como devidos. Importante destacar que, no plano infraconstitucional, desde a instalação do Tribunal de Contas, nos termos do Decreto n. 1.166, de 17.12.1892,¹⁴ que regulamentou o art. 89 da Constituição Republicana de 1891, as decisões definitivas da Corte gozavam da “força de sentença com execução aparelhada[sic]” (art. 28). As decisões eram consideradas exequíveis a favor ou contra os responsáveis e competia ao Diretor representante do Ministério Público promover a sua execução (art. 74, *caput*, e § 2º, do Decreto n. 1.166, de 17.12.1892).

Diante de tantas atribuições, foi estabelecido também o dever de o TCU encaminhar ao Congresso Nacional relatório, trimestral e anual, de suas atividades (art. 71, § 4º). Cumpre ao Tribunal, ainda, auxiliar Comissão mista permanente de Deputados e Senadores nos casos de indícios de despesas não autorizadas, pronunciando-se conclusivamente (art. 72).

Mais uma novidade diz respeito à forma de escolha dos Ministros do TCU, que passou a ter dois terços das indicações (seis Ministros) feitas pelo Congresso Nacional (art. 49,

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892. **Coleção de Leis do Brasil**, Brasília, DF, v.1, pt. 2, p. 1028, 1892. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

XIII).Nos textos anteriores as escolhas eram privativas do Presidente da República, atuando o Poder Legislativo apenas por meio do Senado Federal, que aprovava ou não as indicações.

Do terço restante (três Ministros), cuja escolha permaneceu com o Presidente da República, condicionada à aprovação pelo Senado Federal (art. 52, inc. III, “b”), duas indicações, alternadamente, devem recair sobre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice, segundo critérios de antiguidade e merecimento, restando a última vaga à livre escolha do Chefe do Poder Executivo (art. 73, § 2º).Essa inovação assegurou na composição das Cortes ao menos dois integrantes técnicos, oriundos de carreiras específicas, relacionadas às atividades das Cortes de Contas.

Além das referidas mudanças, foram ampliados os requisitos de ingresso nas Cortes, passando-se a exigir dos indicados ser brasileiro, ter idade mínima de 35 anos e máxima de 65; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos referidos (art. 73, § 1º). Aos membros foram asseguradas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens de Ministros do Superior Tribunal de Justiça e, a partir da EC n. 20, de 1998, o regime de aposentadoria e pensão relativo aos servidores públicos em geral (art. 73, § 3º).O foro por prerrogativa de função, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, manteve-se no STF (art. 102, inc. I, “c”).Em relação aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, foi definida a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente ações relativas a crimes comuns e de responsabilidade (art. 105, “a”), correspondendo ao foro anteriormente definido no Tribunal Federal de Recursos no texto de 1969 (art. 122, “b”).

Relevante mudança foi a elevação ao texto constitucional de garantias dos membros do Ministério Público de Contas, aplicando-se as disposições relativas a direitos, vedações e forma de investidura dos demais ramos do Ministério Público (art. 130).O Decreto n. 1.166, de 17.12.1892, por meio do qual efetivamente se instalou o Tribunal de Contas no Brasil, já previa, entre seus cinco membros, um representante do Ministério Público (art. 19), ao qual competia, por exemplo, manifestar-se em processos relativos a erro, omissão, falsidade ou

duplicata em prejuízo da Fazenda; nos quais fosse descoberta a existência de algum crime; nas impugnações e recursos contra julgamento do Tribunal etc. (art. 48, § 6º).¹⁵

Alteração a ser destacada também, que conferiu maior autonomia e independência aos responsáveis eventuais¹⁶ por decisões das Cortes, ainda que interinamente, foi o estabelecimento para o cargo de auditor, quando em substituição a Ministro, das mesmas garantias e impedimentos do titular, e quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal (art. 73, § 4ª). Observa-se, além dos termos “julgamento” e “jurisdição”, já utilizados nos textos constitucionais anteriores, a menção à “judicatura”, em relação às atividades dos Ministros e auditores.

O TCU teve seu colegiado fixado em nove membros, jurisdição em todo o território nacional, exercendo as atribuições dos Tribunais Judiciários, no que for cabível, tais como eleger seus órgãos diretivos, elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares, velar pelo exercício da atividade correicional, prover seus cargos, conceder férias, licenças e afastamentos a membros e subordinados, além da iniciativa de proposição de projeto de lei para criação e extinção de cargos, e fixação de remuneração (art. 73 c/c art. 96).

Foi definida, ainda, a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento do *habeas corpus* cujo paciente seja Ministro do TCU, mandado de segurança e *habeas data* contra ato do TCU e mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do TCU (art. 102, inc. I, “d” e “q”).

Uma previsão de suma importância não prevista nos textos passados consiste na possibilidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar, na forma da lei, irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º).

Ao final, foi estabelecida também uma disposição de simetria, sem paralelo nos textos anteriores, determinando a aplicação das normas da respectiva seção, relativas ao TCU, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892. **Coleção de Leis do Brasil de 1892**, Brasília, DF, v. 1, pt. 2, p. 1028. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

¹⁶ Destaque-se a salutar iniciativa de alguns Tribunais de Contas ao realizar a distribuição originária de processos aos auditores (Conselheiros substitutos) para relatoria, conferindo maior celeridade e qualidade aos seus julgados (ver ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil**: avaliação da qualidade e agilidade do controle externo: revisão por pares. Brasília, DF, 2013. p. 18). Nestes casos, as garantias e impedimentos equivalentes a dos Ministros e Conselheiros passam a ter caráter constante.

do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, repetindo a previsão anterior do limite de sete Conselheiros na composição do colegiado (art. 75). Tal previsão é importante pois define os contornos das demais Cortes de Contas com base nas linhas mestras estabelecidas para o Tribunal de Contas da União.

2.1.3 A evolução normativa dos Tribunais de Contas nos textos constitucionais

No plano dos textos normativos, pode-se concluir por uma crescente ampliação de disposições atribuindo cada vez mais importância às Cortes de Contas, seja pelo crescimento e detalhamento de suas atribuições, seja pela constitucionalização das prerrogativas dos membros do Ministério Público que atuam junto a tais Cortes – de onde se reforça a ideia de imprescindibilidade da presença do *Parquet* –, seja pelo *status* conferido aos seus membros e à própria estrutura organizacional da Corte, semelhante aos atribuídos ao Poder Judiciário (regime jurídico, foro especial, regimento interno, organização administrativa, competência do STF em sede de mandado de segurança e *habeas corpus* etc.). Tal crescimento apenas fora interrompido e até mesmo regrediu temporariamente no texto constitucional decorrente do período ditatorial de 1937, quando a maior parte das normas relativas à sua organização foi atribuída à regulamentação por lei (art. 114, parágrafo único).

Até nos textos nascidos durante a ditadura militar instaurada em 1964 observam-se avanços não vistos nos textos democráticos anteriores, como a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios em caso de omissão no dever de prestar contas (1967, art. 16, § 3º, “c”; 1969, art. 15, § 3º, “c”), a prevalência do parecer prévio das Cortes de Contas sobre as contas anuais dos Prefeitos, salvo decisão de dois terços dos vereadores (1969, art. 16, § 2º), a definição de requisitos mínimos para a escolha dos membros das Cortes (1967, art. 73, § 3º; 1969, art. 72, § 3º) e a previsão do controle interno (1967, art. 72; 1969, art. 71). A cada texto constitucional, ressalvado o de 1937, houve mais e mais avanços na ampliação do papel das Cortes de Contas.

É possível, portanto, afirmar que, em regra, o papel dos Tribunais de Contas nos textos constitucionais foi fortalecido progressivamente desde a sua efetiva instalação, em 1892 – mesmo sob o período ditatorial vigente entre 1964 e meados de 1980 –, atingindo o ápice em 1988.

Outra importante constatação diz respeito à pouca dependência de lei para regulamentar as competências e atribuições das Cortes de Contas, em grande parte estruturadas no próprio texto constitucional. Apenas no que se refere à definição de sanções

(art. 71, inc. VIII) e do procedimento de denúncia (art. 74, § 2º), o texto normativo de 1988 estabelece expressamente a necessidade de lei regulamentadora. Disso se pode concluir que, além de vastas atribuições, o constituinte optou por dar contorno prioritariamente constitucional às Cortes de Contas, definindo, quase à exaustão, suas competências.

2.2 A Natureza Jurídica do Tribunal de Contas

Nesta seção pretende-se examinar a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, se seriam órgãos judiciais, legislativos ou categoria *sui generis* que não se enquadra no esquema tradicional da repartição dos Poderes. As manifestações da doutrina a respeito da natureza dos Tribunais de Contas variam bastante e as divergências não são recentes, até porque, como visto, esse tipo de controle existe no Brasil há mais de um século. Longe de querer encontrar a solução para essa questão, que não é o objeto central deste trabalho, é importante analisar os entendimentos dissonantes, pois os argumentos invocados por diversos autores serão importantes para a compreensão do real papel das Cortes de Contas no Brasil. Esta análise, como se verá, repercutirá na conclusão a respeito do alcance do controle judicial sobre as decisões dos TCs.

Cretella Júnior, ao discorrer sobre a natureza dos Tribunais de Contas, ainda sob a égide da Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, defende que os Tribunais de Contas são órgãos administrativos independentes, pois “a Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes”. Para o autor, “todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa”, pela forma e conteúdo, assinalando que “o Tribunal de Contas é preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização orçamentária”.¹⁷

Embora anterior à Constituição de 1988, a obra mantém sua utilidade para o exame neste momento, pois o texto constitucional passado era bastante semelhante ao atual, em especial naqueles aspectos mencionados pelo autor em sua abordagem.

Na Constituição de 1967 com a redação conferida pela EC n. 1 de 1969¹⁸ havia a previsão de que o controle externo seria exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU (art. 70, § 1º); além de outras competências, a possibilidade de o Tribunal de Contas da

¹⁷ CRETILLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183, abr./jun. 1987.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out. 1969, p. 8865. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

União julgar (art. 70, § 4º); a menção ao termo jurisdição em todo o país, em relação à atuação do TCU (art. 72); o exercício, no que cabia, das competências dos Tribunais judiciais para eleger seu corpo diretivo, elaborar regimento interno e outras atinentes à administração da Corte (art. 72, § 1º, c/c 115); e, em relação aos seus membros, a aplicação do mesmo regime jurídico aplicável aos magistrados do Poder Judiciário (art. 72, § 3º). No texto constitucional atual as referidas disposições encontram-se, respectivamente, nos arts. 71, *caput* e inc. II, 73, *caput* e § 3º.

Cretella Júnior argumenta, para afastar a natureza judicante de qualquer atribuição conferida às Cortes de Contas, pela inexistência no Brasil do contencioso administrativo, mas do sistema de jurisdição una, não se equiparando as decisões dos TCs às sentenças, nem sendo seus membros magistrados. Deduz que a utilização de terminologia inadequada dos termos julgar, julgamento e jurisdição, no sentido vulgar ou popular, geraria a compreensão equivocada da natureza dos TCs.¹⁹

Para Hely Lopes Meirelles, os Tribunais de Contas seriam órgãos do Poder Legislativo, mas desempenhando funções jurisdicionais administrativas.²⁰ A obra referida por Cretella Júnior é datada de 1986. Em obra mais recente de Hely, cuja atualização vem sendo feita *post mortem*, os Tribunais de Contas são apontados como “órgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos”.²¹ Além disso, afirma-se que suas atividades expressam-se em funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas.

Segundo Alfredo Buzaid, o Tribunal de Contas seria órgão auxiliar do Congresso ao julgar a legalidade de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, mas seria corporação administrativa autônoma quando julga os responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos.²²

Pontes de Miranda enfrentou o tema detidamente. Sob a égide da Constituição de 1891, em que o Tribunal de Contas liquidava receita e despesa, verificando a legitimidade

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987, p. 185.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1986, *passim apud* CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 188-189.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 670-671.

²² BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 62, fasc. 2, p. 37-62, 1967, *apud* CRETELLA JÚNIOR, 1987, p. 189.

antes de serem prestadas ao Congresso Nacional, compreendia tratar-se de auxiliar do Congresso Nacional, que procedia em nome e por conta do legislador.²³

Na Constituição de 1934, o Tribunal de Contas seria órgão de cooperação nas atividades governamentais (Capítulo VI). Contudo, segundo Pontes de Miranda, com o acréscimo da atribuição de “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos” teria sido acentuado o elemento judiciário que já possuía, inclusive pela forma de composição e garantia de seus membros. Para o autor, o TC não era órgão do Poder Executivo, pois o fiscalizava, mormente por forçado art. 101, que acentuava seu caráter fiscalizador. A sua composição, afirma, seria, “não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100 e parágrafo único)”.²⁴ Por outra via, entendia que, em parte, também seria órgão do Poder Legislativo, especialmente da Câmara dos Deputados, por decorrência das atribuições que tinha desde 1891. As novas atribuições – de julgamento – o fariam também órgão do Poder Judiciário. Assim, seria órgão *sui generis* do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, “criação posterior à teoria da separação dos poderes [sic] e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da repartição”.²⁵

Dentre os dispositivos citados pelo autor, importante destacar o art. 100, *caput* e parágrafo único, da Constituição de 1934, que assegurava aos Ministros do Tribunal de Contas as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema e ao Tribunal de Contas, quanto à organização de seu regimento interno e secretaria, as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários. De forma semelhante e até mais abrangente, aproximando o TC ainda mais do Poder Judiciário em relação ao regime jurídico de seus membros e da própria organização das Cortes de Contas, é a disciplina da Constituição de 1988 (arts. 73 e §§ 3º e 4º).

Sob os ditames da Constituição de 1937, Pontes de Miranda entendia não ser o Tribunal de Contas integrante do Poder Executivo, pois fiscalizava a execução orçamentária e julgava contas de seus responsáveis, bem como a legalidade dos contratos firmados pela União. Também não integraria o Poder Legislativo, pois estaria longe de ser simples auxiliar da tomada de contas ao Poder Executivo. Via-o como pertencente ao Poder Judiciário como função, mas não como órgão. Reconhecia, em verdade, nas Constituições de 1934 e 1937 função judiciária ao Tribunal de Contas.²⁶

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 246.

²⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 248.

²⁵ *Ibidem*, p. 248.

²⁶ *Ibidem*, p. 248.

Na Constituição de 1946, Pontes de Miranda considerou o Tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo, mas com função de julgar. Para o autor, “no plano material, era corpo judiciário, no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional”.²⁷ Em 1967, a Constituição teria posto o Tribunal de Contas no Poder Legislativo.

O referido jurista defendia que a instituição Tribunal de Contas se mantinha conforme a estrutura conferida pelo todo da Constituição e as novas atribuições posteriores, de modo que a partir da Constituição de 1934 fora-lhe conferido o caráter de corpo de julgamento, que não poderia ser atribuído por lei. O Decreto n. 392, de 8 de outubro de 1896, que estabelecia o funcionamento do Tribunal de Contas como Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa, e a Lei Orçamentária de 1918, que lhe conferiu o caráter de Tribunal de Justiça, para o fim de julgamento das contas dos responsáveis, seriam, antes de 1934, inconstitucionais.²⁸

No texto normativo de 1967 com a alteração de 1969, Pontes de Miranda reconhecia que apesar de ter sido reduzida, a função judicialiforme do Tribunal de Contas se mantinha, pois julgava a regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis e julgava da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões (arts. 70, § 4º e 72, § 8º).²⁹

Segundo Odete Medauar, o Tribunal de Contas não integraria nenhum dos Poderes. Ao Executivo não pertenceria por diversas razões, até mesmo por não se cogitar de subordinação entre órgão controlador e controlado. Tampouco integraria o Judiciário, por não estar inserido no rol do art. 92, que define os órgãos judiciais. Além disso, caso fosse órgão judicial, não seria necessária a regra do art. 73 que determina a aplicação, no que couber, das normas do art. 96, relativas aos Tribunais judiciais. Ao Poder Legislativo também não se integraria, segundo Odete Medauar. Haveria equívoco ao se interpretar a expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas” como significativa de subordinação. Em nenhum momento se menciona órgão auxiliar, confundindo-se a função com a natureza do órgão. Teria, então, a função de auxiliar o Poder Legislativo, porém com a natureza de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes, configurando instituição estatal independente. Afasta o uso da qualificação “administrativa” para evitar a associação ao Poder Executivo.³⁰

²⁷ MIRANDA, *op. cit.*, p. 248.

²⁸ *Ibidem*, p. 249-250.

²⁹ *Ibidem*, p. 254.

³⁰ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p. 124, out./dez. de 1990.

Carlos Ayres Britto tem trabalho específico a respeito do regime constitucional dos Tribunais de Contas.³¹ Para o autor, o Tribunal de Contas da União não integraria o Poder Legislativo nem seria órgão do Congresso Nacional, por não estar previsto no art. 44, *caput*, da Constituição. Não integraria o Parlamento em sua estrutura orgânica ou formal. Além disso, o julgamento a cargo do Poder Legislativo estaria pautado por critérios de conveniência e oportunidade, enquanto as Cortes de Contas obedeceriam a padrões de ordem técnico-jurídica, a “parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais”.³²

Outrossim, afirma o autor, seria referência organizativo-operacional para os Tribunais de Contas o Poder Judiciário e não o Poder Legislativo, conforme leitura extraída do art. 96 da CF, a outorgar ao TCU, no que couber, as mesmas atribuições relativas aos Tribunais judiciais, bem como os seus ministros possuiriam como referencial os magistrados do Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 73, § 3º, da CF.³³

Britto assevera, ainda, não ser a Corte de Contas órgão subalterno, auxiliar ou hierarquicamente inferior ao Parlamento. Seria uma instituição autônoma, órgão da pessoa jurídica União, diretamente, não pertencendo a nenhum dos três Poderes Federais, tal qual o Ministério Público. O art. 71, *caput*, da CF ao mencionar “auxílio” o faria de forma semelhante ao tratamento conferido ao Ministério Público em relação ao Poder Judiciário. É dizer, não se permite o exercício da jurisdição senão com a participação do Ministério Público, existindo dois órgãos distintos destinados a servir a uma só função (jurisdicional), sem a preponderância de um em relação ao outro. Desta forma, não se permitiria o exercício da função de controle externo sem a participação obrigatória dos Tribunais de Contas.³⁴

Embora no âmbito da função legislativa tenha a última palavra, em relação ao círculo da função do controle externo, afirma Britto, o Parlamento não teria esse protagonismo. Exemplo disto seria a submissão das próprias unidades administradas do Poder Legislativo Federal à fiscalização do Tribunal de Contas da União (art. 71, inc. IV, da CF). Ademais, a Constituição teria restringido a atuação do Congresso Nacional, em matéria de controle externo, ao exercício das competências previstas no seu art. 49, é dizer, ao julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República e apreciação dos relatórios sobre execução dos

³¹ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005.

³² BRITTO, *op. cit.*, p. 2.

³³ BRITTO, *op. cit.*, p. 2.

³⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...].

planos de governo (inc. IX), bem como à fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo (inc. X). Excluídos, pois, as contas, os relatórios e os atos que não sejam oriundos do Poder Executivo. Para fiscalizar unidades administrativas, agentes públicos e pessoas privadas externas ao Poder Executivo, o Parlamento deveria recorrer ao Tribunal de Contas (art. 71, inc. IV, da CF).³⁵

Destarte, não se confundiriam as competências do Poder Legislativo com as do Tribunal de Contas, órgão independente que atua *a latere* do Congresso, junto dele, mas não do lado de dentro, conforme entendimento de Britto. Teriam a mesma função: o controle externo. No entanto, as competências seriam distintas. Parte das competências do Tribunal de Contas seria desempenhada em forma de auxílio ao Congresso Nacional, todavia o restante seria exercido independentemente dele.³⁶

Britto, portanto, assegura não serem os Tribunais de Contas singelamente tribunais administrativos, dado que seu regime jurídico é centralmente constitucional. Quase todo seu arcabouço normativo teria sido estabelecido pelo Poder Constituinte (competências, atribuições, regime jurídico de seus agentes). Haveria menção à lei infraconstitucional apenas em matéria atinente à previsão das sanções. No mais, a Constituição teria se valido de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.³⁷

Fernandes, ao tratar da posição institucional e natureza das funções dos Tribunais de Contas, assere que não haveria uniformidade em seus congêneres estrangeiros, ora integrando o Poder Legislativo, ora o Judiciário, ora como órgãos desvinculados dos Poderes. Em

³⁵ Corroborar a assertiva de Britto o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 849: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 849. Autor: Procurador-Geral da República. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 fev. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 23 abr. 1999.

³⁶ BRITTO, *op. cit.*, p. 4.

³⁷ BRITTO, *op. cit.*, p. 6-7.

Portugal, por exemplo, a Constituição de 1976, após a revolução de 25 de abril de 1974, teria estatuído o Tribunal de Contas como tribunal financeiro integrado no aparelho judiciário. No Brasil, assim como ocorreu com o Ministério Público, a posição nos textos constitucionais teria variado ao longo do tempo. O Ministério Público já teria sido previsto no capítulo correspondente ao Poder Judiciário (1891, 1937, 1946, 1967), aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (1934), Poder Executivo (1969) e, finalmente, às funções essenciais à Justiça (1988). O Tribunal de Contas já teria figurado no capítulo correspondente às disposições gerais (1891), aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (1934), ao Poder Judiciário (1937) e ao Poder Legislativo (1946, 1967, 1969 e 1988).³⁸

Para Fernandes, seguindo entendimento de Castro Nunes, seria o Tribunal de Contas instituto *sui generis* a permear os Poderes políticos Executivo e Legislativo, sem a eles se sujeitar. O auxílio dessas Cortes ao Poder Legislativo corresponderia ao exercício de uma função e não a mero assessoramento ou submissão.³⁹

De igual modo, Rui Barbosa, na exposição de motivos relativa à criação do Tribunal de Contas da União, já o concebia como “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura”. Para bem desenvolver o seu mister, deveria ser “colocado em posição autônoma, com atribuições[sic] de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil”.⁴⁰

Outra contribuição relevante, em sentido parcialmente contrário ao de Fernandes, Seabra Fagundes e Pontes de Miranda, é a posição de Marcos Nóbrega. Para o autor, os Tribunais de Contas não seriam subordinados hierarquicamente ao Poder Legislativo, nem integrariam a estrutura do Poder Judiciário. Seriam tribunais administrativos, órgãos de natureza constitucional com competências e atribuições próprias, dotados de autonomia e independência. Apesar de terem forte relação com o Poder Legislativo, não integrariam a estrutura de nenhum Poder, mas possuiriam capacidade judiciária. A competência de julgamento não corresponderia, a seu ver, a uma função jurisdicional nem conferiria às

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 138-147.

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 141.

⁴⁰ BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, DF, v. 30, n. 82, out./dez. 1999, p. 254. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055472.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

decisões força de decisão judicial, consistindo em mera deliberação de natureza administrativa, cabível a revisão em sede judicial.⁴¹

Já para Ricardo Lobo Torres, os Tribunais de Contas seriam órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além da comunidade e de seus órgãos de participação política. Em sua visão, a Corte de Contas “tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”.⁴²

A partir do panorama doutrinário apresentado, em relação à natureza das Cortes de Contas, criadas após a elaboração da teoria da separação dos poderes, defende-se a impossibilidade de seu enquadramento rígido como órgão integrante de um dos três poderes clássicos, conforme asseverava Pontes de Miranda.⁴³ São, dessarte, órgãos autônomos e independentes, tal como proposto por Cretella Júnior por fundamentos diversos,⁴⁴ ou, com outras palavras, instituição autônoma, órgão da pessoa jurídica União diretamente, não pertencendo a nenhum dos três Poderes, na linha defendida por Carlos Ayres Britto.⁴⁵

O fundamento para afastar a posição pela submissão ou atuação como mero auxiliar do Poder Legislativo decorre de suas competências próprias e exclusivas. O Poder Legislativo não compartilha das competências elencadas exclusivamente em favor dos Tribunais de Contas no art. 71 da Constituição. Em verdade, cada qual tem sua atuação delimitada no próprio texto constitucional, existindo, em certos aspectos, uma aproximação, tal como no julgamento pelo Parlamento das Contas do Presidente da República após a emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas, na realização de inspeções e auditorias por iniciativa da Câmara dos Deputados ou do Senado, ou na sustação de contratos pelo Congresso Nacional, caso verificada ilegalidade pela Corte, mas não há subordinação.

Nem administrativamente há subordinação, visto que dotados de autonomia financeira e orçamentária, sendo seu parâmetro institucional os tribunais judiciais e o parâmetro subjetivo, a carreira da magistratura.

Some-se a isso a competência geral para julgar contas, inclusive dos parlamentares e magistrados, quando no exercício de atividade administrativa (art. 70, parágrafo único, c/c 71,

⁴¹ NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 72-79.

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.

⁴³ MIRANDA, *op. cit.*, p. 248.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁵ BRITTO, *op. cit.*, p. 2.

inc. II, da CF), além de poder realizar por iniciativa própria inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 71, inc. IV).

Daí resulta a constatação de que se trata de órgão autônomo e independente, não enquadrado em nenhum dos três Poderes clássicos, tal como o Ministério Público. Embora suas disposições estejam localizadas no capítulo relacionado ao Poder Legislativo, a Constituição não o definiu como órgão do Parlamento, a teor do art. 44, *caput*, da CF. Nem mesmo formalmente se pode cogitar do TC como órgão integrante do Poder Legislativo.

Além de ser órgão *sui generis*, exerce competências relacionadas a funções típicas dos três Poderes. Tal como o Poder Judiciário, julga (ver 2.3), sendo-lhe possível aplicar sanções, constituir título executivo, emitir provimentos cautelares etc. Ademais, exerce a fiscalização, compartilhada, com o Poder Legislativo. No entanto, sua fiscalização é mais ampla, pois não encontra limites em relação ao seu objeto, exercendo sua atuação em relação a qualquer gestor público, independentemente do Poder ao qual pertença. Ao Congresso Nacional a fiscalização é restrita aos atos do Poder Executivo (art. 49, inc. X, da CF).

Como decorrência desse entendimento ora sustentado, tem-se por inadequado o enquadramento dos Tribunais de Contas como órgão do Poder Legislativo pela Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), em seu art. 20, § 2º, inc. II. Os TCs deveriam figurar como órgãos desvinculados dos demais Poderes, tal como se fez com o Ministério Público (art. 20, § 2º, inc. I).

2.3 A Natureza Jurídica dos Julgamentos Realizados pelo Tribunal de Contas e seu Controle pelo Judiciário

A discussão atinente à natureza dos julgamentos realizados pelos Tribunais de Contas guarda certa pertinência com o entendimento a respeito da natureza jurídica dessas Cortes. Via de regra, os autores contrários ao entendimento de que os TCs emitam provimentos jurisdicionais – é dizer, que efetivamente julguem contas – o fazem por não vislumbrarem a integração das Cortes de Contas ao Poder Judiciário. Isto porque partem da premissa de que apenas o Poder Judiciário exerceria a atividade de julgamento. Não obstante, considera-se que essa premissa não é verdadeira, sendo possível a existência de outros órgãos, definidos pelo constituinte originário, que exerçam parcela da jurisdição. Antes de dar continuidade a essa análise, necessário examinar a doutrina, agora no que se refere às decisões proferidas pelas Cortes de Contas.

Para Cretella Júnior, a função jurisdicional seria “a aplicação da lei ao caso concreto, em decorrência de situação contenciosa”⁴⁶, e não a aplicação da lei de ofício. O processo corresponderia a uma forma de composição de litígios, dependendo sempre de provocação do interessado, sem a atuação espontânea do Poder Judiciário. Além disso, na atividade administrativa, o Estado agiria em nome de interesses seus, enquanto na jurisdição, para a satisfação de interesses de duas partes, que conflitam. Desta forma, o Tribunal de Contas não exerceria jurisdição penal, pois sua atuação não teria por objeto a apuração de crimes, nem a jurisdição civil, caracterizada pela iniciativa da parte, desenvolvendo-se depois por impulso oficial, contrastando a inércia do Judiciário com o dinamismo inicial da administração.⁴⁷

Assevera, ademais, que o requisito formal da jurisdição seria a existência de órgão integrante do Poder Judiciário. Por tal razão, o Tribunal de Contas exerceria apenas atividade administrativa, não havendo no exercício de suas atribuições autor, réu, propositura de ação, provocação para obter prestação jurisdicional, inércia inicial, órgão integrante do Poder Judiciário ou julgamento de crimes contra a administração. Conclui que “toda uma série de traços externos, de ‘aparência’, epidérmicos, é que têm levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional, quando esta (...) é privativa do Poder Judiciário”.⁴⁸

Cretella Júnior menciona também outros autores que se manifestaram sobre o tema. Segundo Miguel Seabra Fagundes, haveria delegação da função de julgar a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, como aos Tribunais de Contas, que apreciariam certas situações individuais, mas apenas no aspecto contábil, embora com reflexos nas esferas penal e civil.⁴⁹ Castro Nunes afirma que os Tribunais de Contas praticariam atos jurisdicionais da administração.⁵⁰ Já para Themistocles Brandão Cavalcanti, as decisões dos Tribunais de Contas teriam natureza administrativa, podendo ser apreciadas quanto à legalidade.⁵¹

⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 185, abr./jun. 1987.

⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 185-186, abr./jun. 1987.

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 198, abr./jun. 1987.

⁴⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário *apud* CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 186, abr./jun. 1987.

⁵⁰ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 5. ed. Forense, 1956, p. 170 *apud* CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 186-187, abr./jun. 1987.

⁵¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. v. 2, p. 192-205 *apud* CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 193, abr./jun. 1987.

Pontes de Miranda, ao tratar da competência de julgamento da legalidade dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reformas e pensões, prevista na Constituição de 1967 com a EC n. 1/69 (art. 72, § 8º, na redação original), defendia competir ao Tribunal de Contas interpretar a Constituição, definitivamente, e julgar da constitucionalidade das leis, regulamentos e atos do Poder Executivo. Tanto na atribuição ligada à execução orçamentária quanto na de julgamento, havendo a necessidade de analisar a constitucionalidade de regra jurídica, competia ao TC fazê-lo.⁵²

O autor criticava os óbices à aceitação do Tribunal de Contas como julgador, muitas vezes sob o argumento da unidade jurisdicional, a impedir duas Justiças (*una lex, una iurisdictio*), mencionando a “impenetrabilidade da mentalidade de alguns juízes, forrada de princípios de direito civil e de direito processual comum”.⁵³ Asseverava que desde 1937 “a função de julgar contas estava, claríssima, no texto constitucional”. Desta forma, não admitia interpretar que o Tribunal de Contas julgasse e outro juiz re julgasse posteriormente. Seria, a seu ver, “absurdo *bis in idem*”, “ou o Tribunal de Contas julgava, ou não julgava”.⁵⁴

Acrescentou, ainda, o jurista alagoano que, à luz da Constituição de 1891, discutia-se a respeito das consequências dos julgamentos das contas dos responsáveis, em especial por não se prever na legislação ordinária a competência para execução de suas sentenças. Mencionou que no Congresso Jurídico de 1908 intentou-se delimitar essa estrutura cindindo a função julgadora da função de execução, definindo-se que a sentença do Tribunal de Contas deveria ser executada perante a Justiça federal como “execução de sentença judicial proferida por tribunal federal, que, na espécie, procede como órgão do Poder Judiciário, independente e autônomo”.⁵⁵ Concluiu o autor tratar-se da proclamação da eficácia executiva à decisão condenatória do Tribunal de Contas, de eficácia mediata, visto que a ação seria perante os juízes.⁵⁶

Veja-se que há mais de um século se discutia a força executiva das decisões dos Tribunais de Contas, como decorrência natural de sua função julgadora. Essa questão restou

⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 249.

⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 250.

⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 252.

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 252.

⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 252.

pacificada, em nível constitucional, a partir do texto normativo de 1988, que passou a considerar expressamente como título executivo as decisões dos Tribunais de Contas relativas à imputação de débito e multas (art. 71, § 3º).

Outro aspecto interessante a respeito da atuação do Tribunal de Contas é a afirmação de Pontes de Miranda a respeito da possibilidade de prisão dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Entendia que, no plano constitucional, considerando o texto de 1946 – bem menos dádioso com o Tribunal de Contas do que o de 1988 –, não havia óbice para que a lei regulamentasse a detenção provisória dos responsáveis, sendo essa a tradição do direito administrativo brasileiro, conforme previsto na Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no Decreto n. 392, de 8 de outubro de 1896, e no Decreto n. 15.770, de 1º de novembro de 1922.⁵⁷ Apenas ressalvava que tal condenação não poderia ter caráter definitivo.⁵⁸

Odete Medauar, por sua vez, não vislumbra na competência de julgamento do Tribunal de Contas, nem em qualquer outra, natureza jurisdicional, acompanhando, segundo afirma, o entendimento de Cretella Júnior e de José Afonso da Silva, no sentido de proferir apenas decisões administrativas. Defende ainda que o exame das contas pelos TCs não poderia adentrar no mérito (conveniência e oportunidade), pois seria privativo da autoridade decidir a respeito dos recursos públicos. A análise das Cortes ficaria restrita ao âmbito da legalidade, compreendendo a verificação da ocorrência dos fatos justificadores ou de sua autêntica conformação.⁵⁹

Aos argumentos de Cretella Júnior, Odete Medauar acrescenta que, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, nenhuma lesão a direito poderia ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário, de modo que qualquer decisão do Tribunal de Contas, inclusive as relativas à apreciação de contas, pode ser submetida a reexame pelo Poder Judiciário, ausente nelas o caráter de definitividade ou imutabilidade.⁶⁰

⁵⁷ “Art. 31. Compete ao Tribunal de Contas, **como Tribunal de Justiça**; (...) III. **Ordenar a prisão** dos responsáveis que, com alcance julgado em sentença definitiva do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre o alcance, verificado em processo corrente de tomada de contas, procurarem ausentar-se furtivamente, ou abandonarem a função, o emprego, comissão ou serviço, de que se acharem encarregados ou houverem tomado por empreitada.” (Grifo nosso). BRASIL. Decreto n. 15.770, de 1º de novembro de 1922. **Diário Oficial da União**, 2 nov. 1922. Seção 1, p. 20532. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15770-1-novembro-1922-517652-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 254.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas, Brasília, DF, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p. 121, out./dez. de 1990.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas, Brasília, DF, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p. 125, out./dez. de 1990.

Ao ver de Carlos Ayres Britto, as Cortes de Contas também não exerceriam função jurisdicional, pois essa seria exclusiva do Poder Judiciário. Isto porque, além de não integrarem tal Poder (art. 92 da CF), também não formariam o rol das instituições essenciais a essa função (art. 127 e segs. da CF). Deve ser observado que o autor não se vale do disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – invocado por Medauar –, nem do argumento da prevalência da jurisdição una – mencionado por Cretella Júnior –, para sustentar sua posição. A rigor, entende que o comando proibitivo do referido dispositivo constitucional seria dirigido ao autor dos atos legislativos do art. 59, *caput*, da CF. É dizer, a referida regra não seria uma autolimitação aos ditames da própria Constituição, mas à atividade legislativa.⁶¹

Em verdade, seu entendimento pela exclusividade do exercício da função jurisdicional decorre de sua concepção de função, como atividade típica de um órgão. Contudo, Britto reconhece que certas características da jurisdição permeiam os julgamentos dos TCs, na medida em que tais Cortes julgam sob critério objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção), além de o fazerem com força ou irretratabilidade própria das decisões judiciais com trânsito em julgado, quanto ao mérito das avaliações pertinentes à gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não obstante, relativamente aos direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos nos processos de contas, prevaleceria a competência judicante do STF para processar e julgar *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (art. 102, inc. I, “d”, da CF), bem como das Cortes estaduais em situações análogas, sem embargo da possibilidade de os interessados se defenderem em juízo por meio de ação ordinária. Em suma, Britto compreende ser a jurisdição atividade-fim do Judiciário porque para ele julgar é tudo, enquanto os Tribunais de Contas fazem do julgamento um dentre vários meios ou competências para desenvolver sua atividade-fim do controle externo. Além disso, os processos instaurados pelos TCs teriam ontologia própria, não correspondendo a processos parlamentares, judiciais ou administrativos, mas a processos de contas.⁶²

O autor destaca, ainda, que os TCs não julgariam a própria atividade *externa corporis* – como o fazem os órgãos administrativos –, mas a de outros órgãos, agentes públicos, pessoas. Assim, atuariam como consequência de um proceder prévio (administrativo) e não de um proceder originário, ou seja, não tirariam competências da lei para agir, mas verificariam se

⁶¹ BRITTO, *op. cit.*, p. 5-6.

⁶² BRITTO, *op. cit.*, *passim*.

quem tirou as competências da lei para agir tinha autorização para tanto e atuou dentro dessa medida.⁶³

Outro ponto de vista relevante, decorrente da obra de Jacoby Fernandes, consiste no entendimento de que no modelo constitucional positivo atual, o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas teria ficado indelevelmente definido. Para o autor não seria possível afirmar ter agido o constituinte displicentemente por ignorância ou descuido, mas teria atentado ao rigor científico da terminologia empregada, delimitando a diferenciação da finalidade de cada competência, valendo-se em certos casos do termo apreciar, noutros fiscalizar, em outras realizar inspeção e auditoria, e numa única situação, julgar.⁶⁴

Por força dessas assertivas, o autor defende, na análise das competências dos TCs, a utilização do sentido técnico e próprio de cada vocábulo escolhido pelo constituinte, para concluir que, via de regra, o Tribunal de Contas não possui competência para dizer o direito no caso concreto de modo definitivo e com força de coisa julgada, mas, por exceção, prevista no art. 71, inc. II, da CR, possuiria essa competência, que constitui matéria de apreciação e julgamento privativo. A definitividade ou inalterabilidade seria, para Fernandes, decorrência lógica, jurídica e inafastável da jurisdição, cuja competência (de julgamento) fora textualmente atribuída a órgão estatal constitucional.⁶⁵

Fernandes também invoca a lição de Seabra Fagundes, para quem, à luz da Constituição de 1946, a Constituição teria estabelecido duas exceções ao monopólio do Poder Judiciário, consistindo uma delas no julgamento da regularidades das contas pelos Tribunais de Contas. Para ele – Fagundes – o teor jurisdicional de suas decisões não decorreria do emprego do vocábulo julgamento, mas do sentido definitivo da manifestação do Tribunal de Contas, rejeitando a possibilidade de serem reapreciados os seus julgamentos. Caso fosse isso possível, entendia que o pronunciamento dos TCs seria mero e inútil formalismo, aderindo ao posicionamento de Pontes de Miranda, contrário ao rejuízo por vê-lo como um absurdo *bis in idem*.⁶⁶

Eduardo Carone, igualmente citado por Fernandes, também traz relevante contribuição ao afirmar que não competiria ao Poder Judiciário rever as decisões quanto ao mérito,

⁶³ BRITTO, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 147-157.

⁶⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 147-152.

⁶⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 153-154.

admitindo a revisibilidade judicial apenas se violar a garantia do devido processo legal ou se contiver a decisão manifesta ilegalidade.⁶⁷

Fernandes afirma, ainda, ser essa a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, atuando apenas nos casos em que os TCs não asseguram a ampla defesa.⁶⁸ Seria secular a posição do STF no sentido de assegurar a decisão das Cortes de Contas, citando como exemplo o Acórdão n. 7.280 em mandado de segurança, nesse sentido: “ao apurar o alcance dos responsáveis por dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insubstituível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta”.⁶⁹

Bugarin, citando diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do extinto Tribunal Federal de Recursos, aponta o caráter restritivo do poder revisional exercido pelo Judiciário, em relação aos aspectos substanciais/ materiais – mérito – do juízo constitucional de contas, decorrente da competência privativa dessas Cortes. Tal revisão estaria limitada aos aspectos formais e de manifesta ilegalidade. De mais a mais, sustenta o autor não ser cabível, também, o exame do mérito por ocasião do processamento de embargos de devedor direcionados contra execução lastreada em título executivo decorrente de decisão de Corte de Contas. Justifica asseverando que se não compete ao Poder Judiciário tal revisão em sede de processo de conhecimento, nos termos da jurisprudência das Cortes Superiores; de igual modo, não seria cabível por meio dos embargos do devedor, cuja natureza também seria cognitiva.⁷⁰

Para Marcos Nóbrega, conforme já indicado anteriormente (ver 2.2), a competência de julgamento não corresponderia a uma função jurisdicional nem conferiria às decisões força de

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. **As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal**: distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre as contas anuais dos Prefeitos. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 39, n. 2, abr./jun. 2001, p. 110 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 155.

⁶⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 155-156.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão n. 7.280 em mandado de segurança. Relator: Ministro DAvila. **Revista do Supremo Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 30, p. 395, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 156.

⁷⁰ BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74-82.

decisão judicial, consistindo em mera deliberação de natureza administrativa, cabível a revisão em sede judicial.⁷¹

Devidamente considerados os argumentos apresentados pela doutrina, acima elencados, não convence a tese de que as expressões jurisdição, julgar e judicatura, utilizadas pelo constituinte de 1988, representariam terminologia inadequada e expressariam o sentido vulgar ou popular do termo, de modo a afastar, efetivamente, a atribuição de função jurisdicional com caráter de definitividade às Cortes de Contas. Conforme se pôde perceber a partir da análise dos textos normativos constitucionais anteriores e da doutrina, tais expressões não foram uma novidade apresentada em 1988. Desde 1934 se atribui às Cortes de Contas a competência de julgar. As polêmicas em torno do sentido dessa competência também não são novas, sendo mencionadas por diversos autores, como Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Cretella Júnior em obras anteriores ao atual texto constitucional. Disso resulta que é mais razoável supor ter sido deliberada, e em sentido técnico, a utilização de tais expressões pelo constituinte, do que fruto da inaptidão ou do mero acaso. O Tribunal de Contas não é uma instituição nova; existe há mais de cem anos e passou pelo crivo de diversos governos, constituintes e juristas. O que se tem hoje no texto constitucional é certamente fruto dessa evolução ao longo do tempo, representando a Constituição de 1988 o ápice do controle externo, se comparada sua conformação atual com as pretéritas.

Não obstante, além dessa perspectiva histórica, tem-se que, ao dispor sobre as competências asseguradas às Cortes de Contas, o constituinte foi cuidadoso e técnico, valendo-se de expressões específicas e claras em cada um dos incisos do art. 71 da Constituição. Conferir à expressão julgar um sentido diverso do comumente aceito, compreendida como atividade relacionada à jurisdição, não encontra amparo no texto constitucional. Conforme bem destacado, não se pode, nessa interpretação, querer dar ao art. 5º, inc. XXXV, da CF elasticidade suficiente a condicionar a interpretação do próprio texto constitucional. Repita-se, tal vedação é dirigida ao legislador. Por outra via, como já defendia Seabra Fagundes, o constituinte pode estabelecer exceções ao monopólio da jurisdição.⁷² Trata-se de uma opção política do constituinte originário restringir ao Judiciário a função jurisdicional. Como é cediço, na França há o contencioso administrativo com atribuição para

⁷¹ NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 72-79.

⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 139 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 150.

julgar matérias cuja atuação é vedada ao Poder Judiciário. No Brasil não se pode afirmar que os Tribunais de Contas integram uma espécie de contencioso administrativo, longe disso. Apenas se está a afirmar que o próprio texto constitucional estabeleceu exceções ao exercício da função jurisdicional, em relação a determinadas questões em que ao Judiciário é vedado atuar. Os exemplos são o julgamento pelo Senado Federal dos crimes de responsabilidade em relação às autoridades mencionadas no art. 52, inc. I e II, e o julgamento pelo TCU das contas dos responsáveis mencionados nos arts. 70, parágrafo único, e 71, inc. II, da CF.

Nesses casos excepcionais é vedado ao Judiciário substituir ou reformar o juízo privativo atribuído ao Senado ou ao Tribunal de Contas. É dizer, não pode o Judiciário condenar ou absolver as autoridades acusadas de crime de responsabilidade, nem julgar regulares ou irregulares as contas dos responsáveis submetidos à fiscalização do TCU. Não obstante, é plenamente possível ao Poder Judiciário apreciar determinados aspectos dessas decisões, relacionados ao atendimento às formalidades legais estabelecidas ou à preservação de direitos e garantias individuais dos interessados, para anular decisões viciadas, cumprindo ao órgão competente o reexame sem incidir nas falhas detectadas pelo Judiciário. No caso das Cortes de Contas isto também é decorrência expressa do disposto no art. 102, “d”, da CF, ao assegurar o manejo, dentre várias medidas, do mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.

O poder constituinte poderia ter instituído no Brasil modelo semelhante ao francês, de jurisdição dupla, estabelecendo um contencioso administrativo. Tal deliberação não seria vedada ao constituinte originário, mas uma possibilidade, uma escolha política legítima. Reconhecido isso, observa-se que no texto constitucional atual essa opção ampla não foi contemplada, mas mantida a tradição da jurisdição una, como regra. Não obstante, admitindo-se o mais – a possibilidade de se estabelecer um sistema de jurisdição dupla –, é preciso reconhecer também a possibilidade de se estabelecer, por vontade do constituinte originário, uma solução intermediária, menos contundente que a instituição do contencioso administrativo. A opção intermediária desejada em 1988 foi justamente a de manter a competência jurisdicional da Corte de Contas, entre várias, excepcionado essa atuação do Poder Judiciário. Se não foi essa a intenção, como deveria ter o constituinte originário expressado tal opção? Não seria da forma como se acha redigida atualmente a Constituição?

Esse raciocínio foi traçado com o objetivo de demonstrar que para conferir à expressão julgar outro sentido que não o usualmente aceito em relação ao Poder Judiciário, assumir-se-ia a tese de que o poder constituinte originário não poderia ter feito essa opção. É dizer, a jurisdição una seria um dogma intransponível mesmo para o constituinte originário. Isto

porque, a partir do exame minucioso do texto constitucional, depreende-se, à saciedade, todo um contexto voltado ao exercício dessa função jurisdicional, não apenas pelo uso deliberado das expressões julgar, jurisdição e judicatura, paralelamente a outras expressões tecnicamente corretas como apreciar contas (Presidente da República), apreciar a legalidade, realizar inspeções e auditorias, fiscalizar contas, prestar informações etc., mas também pelo próprio regime jurídico assemelhado ao Poder Judiciário, estabelecido em relação ao Tribunal e a seus membros, com prerrogativas equivalentes, inclusive dotando-o expressamente de um Ministério Público (de Contas) específico. O fato de o Ministério Público ser função essencial à Justiça e ter as Cortes de Contas obrigatoriamente um *Parquet* funcionando junto a elas reforça essa aproximação dos TCs aos órgãos do Judiciário.

Dessarte, retirar dessa escolha política legítima o sentido das expressões utilizadas, sem amparo algum no texto constitucional ou em normas constitucionais implícitas, senão pela mera afirmação de que há o monopólio da jurisdição porque há ou que, em verdade, não se queria afirmar no texto o que consta desde 1934 (competência de julgar), ininterruptamente, não parece ser a melhor trilha a ser percorrida.

Apenas se fosse vedado ao constituinte originário estabelecer tal opção – competência de julgamento a órgão estranho ao Poder Judiciário – seria possível conferir outro sentido à expressão julgar. Haveria, nesse caso, a sua redução a uma mera decisão administrativa, semelhante a tantas outras levadas a cabo diariamente pela burocracia estatal, pelos seus mais singelos servidores e passível de ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário. Esse seria o tratamento a ser conferido à deliberação prevista expressamente no art. 71, inc. II, da CF, como competência de um corpo técnico de estatura constitucional e especializado nessa atividade.

Ainda que se afaste o entendimento de que se trata de competência material de julgamento deferida às Cortes de Contas, a posição reducionista, no sentido de que se trataria de mero ato administrativo, não permite, igualmente, concluir pela ampla revisibilidade dos seus julgados pelo Poder Judiciário.

Isto porque, ao controlar as decisões dos Tribunais de Contas, o Judiciário deve levar em consideração diversas questões funcionais na definição do grau de intensidade de sua atuação. Dentre elas, destacam-se o caráter eminentemente técnico da atuação desses órgãos, sua estatura constitucional, a atuação especializada voltada exclusivamente ao controle da administração pública, sob diversos prismas que não apenas o jurídico, e a existência de estrutura orgânica e funcional cercada de prerrogativas incomuns aos órgãos administrativos ordinários.

É o que se depreende do ensinamento de Krell, para quem a construção doutrinária mais bem aceita sobre o tema do controle da discricionariedade na Alemanha seria a “teoria da transferência normativa de poderes” (*normative Ermächtigungslehre*), que, a partir de aspectos de estrutura normativa e competência jurídica, tem por escopo delimitar em que medida o poder de decisão final foi transferido pelo legislador à Administração Pública. Essa teoria enfatiza a função da lei no contexto da separação dos poderes e analisa a posição institucional do órgão administrativo técnico, modo de trabalho, independência etc. Tal corrente doutrinária teria elementos da “teoria funcional” da Corte Constitucional alemã, no sentido de que “todas as decisões estatais devem ser tomadas de forma mais correta possível”. Essa assertiva significa a decisão tomada pelos respectivos órgãos mais capacitados para tal fim, conforme sua organização, composição, função e procedimento. Nesse sentido, o grau de controle dependeria da análise desse conjunto de aspectos relacionados à legitimidade, possibilidade de sanções pelo responsável pela decisão, estrutura técnica, capacidade de atuação, condições e efeitos das decisões e as peculiaridades da área material.⁷³

Ademais, segundo Krell, o “enfoque jurídico-funcional” (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*) teria ganho maior adesão nos debates doutrinários, partindo da premissa de que o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido como princípio da divisão de funções, conferindo relevo à importância de controle, fiscalização e coordenação entre os órgãos do Estado Democrático de Direito, reciprocamente.⁷⁴

Para o autor, a vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade seria não dissecar o processo decisório em parte a fim de separar os aspectos relativos à cognição e à vontade, mas questionar se o órgão é adequado para a tomada da decisão, considerando aspectos como a sua composição, legitimação, procedimento decisório e capacidade para trabalhar os problemas relacionados.⁷⁵ Conforme defende o autor, uma elevada tecnicidade da matéria decidida por órgãos dotados de expertise e experiência reduz o grau de controle do ato.⁷⁶

De igual modo, Binenbojm defende que ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos, é imperioso estabelecer critérios de uma dinâmica distributiva, adequada funcionalmente, levando em consideração não apenas

⁷³ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-71.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 75-83.

a programação normativa do ato (estruturas dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares), mas ainda a idoneidade específica da estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., antes de definir o grau de revisão judicial da decisão administrativa.⁷⁷

Para o autor, é relevante que a interpretação considere a capacidade institucional do responsável pela decisão e elementos como a forma de atuação, a composição funcional, modo de provimento dos cargos e garantias e a capacidade de aferição dos reflexos das decisões. Destarte, dentre os parâmetros (*standards*) propostos pelo autor para uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial, assevera que “quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de *expertise* e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial”. Segundo Binjenbojm, tal aspecto “privilegia os valores da especialização funcional e da eficiência na organização e funcionamento dos órgãos do Estado”.⁷⁸

A partir das lições de Krell e de Binjenbojm a respeito do controle judicial da discricionariedade, percebe-se a importância de se considerar outros fatores na definição dos limites da revisibilidade pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelos Tribunais de Contas. Ainda que se afaste a ideia de exercício de jurisdição pelos TCs, deve influenciar em favor de uma menor intervenção judicial a especialização dessas Cortes no exercício do controle externo da administração pública – constitucionalmente estabelecida –, em especial quanto à fiscalização realizada sobre os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração pública. Somado a isso, o fato de possuírem estrutura organizacional dotada de garantias especiais, assemelhadas à dos membros da magistratura, além de contarem com a atuação de um Ministério Público especial, reduz a margem de atuação judicial quanto à revisibilidade de suas manifestações no exercício do controle externo. Ao considerar as decisões dos TCs meros atos administrativos, deve-se, portanto, ter cautela no exercício do controle judicial, pois, via de regra, são manifestações de índole técnica emitidas por órgão especializado.

Por outra via, caso a capacidade institucional do Tribunal de Contas não seja observada no caso concreto, de modo a evidenciar a sua *expertise* em relação ao tema objeto de julgamento, o raciocínio passa a ser inverso e a possibilidade de revisibilidade deve ganhar

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 226-241.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 239.

maior relevo. Caso a decisão do Tribunal de Contas não esteja fundada em elementos técnicos mínimos, não se pode invocar pura e simplesmente a impossibilidade de sua revisão judicial. Além do grau de tecnicidade da matéria, é preciso verificar se, no caso concreto, o órgão era dotado de expertise para atuar, especialmente a partir da análise do procedimento adotado e dos fundamentos invocados como razão de decidir. Essa advertência se justifica pelos diferentes níveis de desenvolvimento institucional que se observa entre os 34 Tribunais de Contas no Brasil. A título ilustrativo, em estudo realizado pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, abrangendo 85% das Cortes de Contas do país, verificou-se que 64% delas, ou seja, 18 Tribunais, atendem apenas parcialmente ao modelo de composição de seu colegiado estabelecido pela Constituição desde 1988. Esta deficiência ocorre por ainda não possuírem Conselheiros indicados entre os auditores e membros do Ministério Público de Contas/ou por não possuírem um MPC integrado apenas por Procuradores concursados e/ou por outras falhas que os afastam do modelo constitucional.⁷⁹

Em síntese, deve-se compreender a competência de julgamento dos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. II, da CF, como expressão de parcela da jurisdição, de modo que seu mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário para, por exemplo, reformar eventual julgamento pela rejeição de contas para julgamento pela aprovação de contas. Admite-se, contudo, a revisão de aspectos relacionados à violação de formalidades legais inobservadas pela Corte de Contas ou à preservação de direitos e garantias individuais dos interessados atingidos pelo julgado. Nesses casos, deve-se anular o ato e determinar a edição de nova manifestação livre de máculas. Por ocasião da revisão de julgados e demais decisões dos TCs pelo Judiciário, devem-se observar também, na definição do grau de intensidade dessa atuação, outros aspectos como o caráter eminentemente técnico da atuação daqueles órgãos, sua estatura constitucional, a atuação especializada voltada exclusivamente ao controle da administração pública, sob diversos prismas que não apenas o jurídico, e a existência de estrutura orgânica e funcional cercada de prerrogativas incomuns aos órgãos administrativos ordinários. No que se refere às demais competências, não relacionadas ao julgamento, em especial as atinentes ao mero exame de legalidade, tais como as de registro dos atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, e os de admissão de pessoal (art. 71, inc. III, da CF), o controle exercido pelo Judiciário pode ser mais amplo.

⁷⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil**: avaliação da qualidade e agilidade do controle externo (revisão por pares). Brasília, DF, 2013. p. 15-17.

2.4 Função, Competências e Atribuições dos Tribunais de Contas: enfoque no controle de políticas públicas

Inicialmente, esclarece-se que nesta seção, além do texto constitucional, recorreu-se à Lei Orgânica e ao Regimento Interno do TCU como parâmetro, por duas razões. A primeira, pela regra do art. 75 da CF, segundo a qual as normas estabelecidas na Constituição relacionadas à organização, composição e fiscalização do TCU aplicam-se, no que couber, aos demais Tribunais de Contas. O segundo motivo, porque nos Estados, Distrito Federal e Municípios a regulamentação das respectivas Cortes aproxima-se, em larga escala, das normas do TCU. Desta forma, justifica-se a restrição do objeto de análise ao parâmetro federal, até porque não é necessário ao escopo do presente trabalho o exame das especificidades contidas na regulamentação da atuação de cada Tribunal de Contas no Brasil. Além disso, não serão abordadas todas as competências das Cortes de Contas, mas restringir-se-á o enfoque àquelas pertinentes à proposta do presente trabalho, voltado ao controle de políticas públicas.

Carlos Ayres Britto traz interessante distinção entre função, competências e atribuições. De acordo com o asseverado anteriormente (ver 2.2), o Parlamento e o Tribunal de Contas exercem função em comum: o controle externo. A função seria a atividade típica do órgão, que o movimenta, a sua justificativa imediata, a atividade-fim. As competências seriam variadas e viriam posteriormente. Correspondem aos poderes instrumentais à função, os meios para alcançar a finalidade específica. As atribuições mencionadas no art. 73 da CF, igualando o TCU aos Tribunais judiciais, representariam, para Britto, as prerrogativas deferidas ao TCU como condições propícias para o melhor desempenho de suas funções. De igual modo seriam as prerrogativas outorgadas aos seus Ministros.⁸⁰

O autor destaca, ainda, que o prestígio conferido ao controle externo é reflexo direto do princípio republicano segundo o qual se impõe responsabilidade jurídica pessoal a todos que tenham por competência cuidar do que é de todos, implicando o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Disso resultaria a obrigatoriedade de comprovar o estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais exigidos, a começar

⁸⁰ BRITTO, *op. cit.*, p. 4-5.

pela prestação de contas das gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.⁸¹

Britto, com arrimo no art. 34, inc. VII, “d”, da CF, afirma que a prestação de contas teria sido positivada na sobranceira posição de princípio, cuja efetividade está assegurada por atos de intervenção da União nos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como dos Estados nos Municípios (art. 35, inc. II, da CF). Tal responsabilidade jurídica pessoal demandaria um aparato orgânico-funcional de controle externo, sendo peça-chave o Tribunal de Contas.⁸²

O dever geral de prestar contas decorre do art. 70, parágrafo único, da CF e alcança toda pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o poder público responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. A partir da EC n. 19/98, o referido dever se tornou ainda mais abrangente, alcançando, também, qualquer pessoa jurídica, pública ou privada.

Em contrapartida, dentre várias atribuições, cumpre aos Tribunais de Contas o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, inc. II, da CF).

Apenas os Chefes dos Poderes Executivos (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) não têm as suas prestações de contas anuais submetidas ao julgamento pelas Cortes de Contas. Neste caso, o procedimento compreende a emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas e o julgamento pelos respectivos Poderes Legislativos. Em se tratando de Prefeito, o parecer prévio do TC só deixa de prevalecer por voto de dois terços dos parlamentares da Câmara Municipal (art. 31, § 2º, da CF).

Ressalte-se, por oportuno, a distinção entre as contas de governo e as contas de gestão ou, ainda, entre contas na qualidade de Chefe do Poder Executivo (agente político) e as contas como mero ordenador de despesa – autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos do ente público ou pela qual este responda (art. 80, § 1º, do Decreto-lei n. 200/67).

⁸¹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005, p. 7-8.

⁸² BRITTO, *op. cit.*, p. 7-8.

Nas contas de governo (art. 71, inc. I, da CF) o gestor (Presidente da República, Governador ou Prefeito) presta as contas globais de sua administração ante determinado ente federativo. Expressam o resultado da atuação governamental no exercício financeiro correspondente, submetendo-as, obrigatoriamente, a um parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas. A Corte analisará a gestão sob uma perspectiva ampla, demonstrando o cumprimento do orçamento, o atendimento das metas estabelecidas, o cumprimento dos planos e programas de governo, o respeito aos limites de gastos mínimos ou máximos (ex.: saúde, educação, pessoal etc.), o nível do endividamento público, os balanços gerais da Lei n. 4.320/64, entre outros aspectos.⁸³

Nesta análise o foco não está nos atos administrativos vistos isoladamente, mas na conduta do gestor no exercício das funções políticas de planejamento, organização, direção e controle das políticas públicas concebidas nas leis orçamentárias (LOA, LDO e PPA). As formalidades legais perdem espaço em favor do exame da eficácia, eficiência e efetividade das ações governamentais.⁸⁴

A instrução do processo deve recair sobre a compatibilidade entre os programas previstos na LOA, no PPA e na LDO, assim como sobre o exame de tais programas à luz legalidade, legitimidade, economicidade e do alcance das metas estabelecidas. Caldas Furtado destaca nessa avaliação a importância das auditorias operacionais “como instrumento de mensuração da legitimidade da atuação do agente político”.⁸⁵

No exame das contas anuais dos Chefes do Poder Executivo, a Corte de Contas deve verificar, também, o equilíbrio fiscal e a repercussão da administração financeira e orçamentária no desenvolvimento econômico e social do ente federativo, especialmente nas áreas da saúde, educação, emprego, renda, meio ambiente, segurança, infraestrutura e assistência social, além de aferir o cumprimento das exigências da LRF no aspecto da transparência da gestão fiscal.⁸⁶

As contas de gestão ou contas dos ordenadores de despesas (art. 80, § 1º, do Decreto-lei n. 200/67), por sua vez, estão submetidas a outro regime jurídico, previsto no artigo 71, inc. II, da CF. Neste caso, o Tribunal de Contas não emite parecer, mas, efetivamente, julga as

⁸³ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 7, mar./abr. 2007.

⁸⁴ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 7, mar./abr. 2007.

⁸⁵ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 7, mar./abr. 2007.

⁸⁶ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 7, mar./abr. 2007.

contas apresentadas pelo gestor público (ordenador de despesa). Aqui o enfoque é diverso. Analisam-se os atos de administração e gerência de recursos públicos, tais como arrecadação de receitas e ordenamento de despesas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, realização de licitações, contratações, empenho, liquidação e pagamento de despesas.⁸⁷

No julgamento das contas de gestão não serão analisados os macro efeitos da gestão pública, objeto das contas de governo, mas, “separadamente, cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade”⁸⁸, e os atos relativos às aplicações das subvenções e renúncias de receita.

Submetem-se ao julgamento das respectivas contas, por exemplo, os Presidentes da Assembleia Legislativa,⁸⁹ das Câmaras Municipais, do Tribunal de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça, além dos demais ordenadores de despesa de cada órgão, tais como Secretários de Estado e Municipais, Diretores/Presidentes de Fundações e Autarquias etc.⁹⁰

Importante destacar que o foco da fiscalização a cargo dos Tribunais de Contas é amplo, abrangendo os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, não apenas na dimensão da legalidade estrita, mas também da legitimidade e da economicidade (art. 70, *caput*, da CF).

⁸⁷ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 8-9, mar./abr. 2007.

⁸⁸ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 42, p. 9, mar./abr. 2007.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 849. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 fev. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 23 abr. 1999.

⁹⁰ Em relação ao julgamento das contas dos Presidentes dos Tribunais de Contas, cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. Quem julga as contas prestadas pelos administradores dos Tribunais de Contas? **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 45-47, mar. 2007.

A fiscalização financeira é relativa à apuração da regularidade dos registros de receita arrecadada e despesa realizada. Compreende a entrada e saída de recursos e o equilíbrio fiscal, revalorizado a partir da LRF, ao conferir cuidado especial no controle de metas e resultados relacionados a receitas e despesas, e com a renúncia de receitas, os gastos com pessoal e seguridade social, a dívida pública e as operações de crédito.⁹¹ Os controles contábil, orçamentário e patrimonial, respectivamente, representam a fiscalização sobre a adequação às normas de escrituração contábil, demonstrando fielmente a situação de bens, direitos e obrigações do ente público; a regularidade na elaboração e execução do orçamento; e a proteção dos bens públicos contra a má aplicação, conservação, alienação e compra.⁹²

A legalidade, a legitimidade e a economicidade pautam os julgamentos e as fiscalizações realizadas, em relação aos atos de gestão, às despesas decorrentes, à aplicação de subvenções e renúncia de receitas (art. 1º, § 1º, da LO/TCU), inclusive naquela exercida sobre atos de que resultem receita ou despesa e contratos (art. 41, *caput*, e art. 43, inc. I e II).

No parecer prévio sobre as contas anuais do Chefe do Poder Executivo, também deve ser verificado o cumprimento dos programas previstos na LOA quanto à legitimidade, eficiência e economicidade, bem como o atendimento de metas e a consonância daqueles com o PPA e com a LDO (art. 228, § 2º, inc. I, do RI/TCU).

Ao realizar fiscalizações nos órgãos e entidades submetidos a sua jurisdição – a qual poderá ocorrer de ofício e alcançar qualquer das unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – há ampla competência para atuar, cumprindo verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (art. 70, inc. IV, da CF e art. 230, *caput*, do RI/TCU).

Entre os instrumentos de fiscalização, há as auditorias, que, além de examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à jurisdição dos TCs, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, destinam-se a avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 239, inc. I e II, do RI/TCU).

Outro instrumento pertinente ao exame do presente trabalho é o acompanhamento, pelo qual o Tribunal examina, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a

⁹¹ NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte, 2011, p. 67-68.

⁹² NÓBREGA, 2011. p. 68.

legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, bem como avalia o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 241, inc. I e II, do RI/TCU).

De igual modo, em relação à fiscalização exercida sobre a renúncia de receitas, cumpre ao Tribunal verificar a legalidade, legitimidade, eficiência, eficácia e economicidade das ações dos órgãos e entidades responsáveis, bem como o real benefício socioeconômico (art. 257, parágrafo único, do RI/TCU).

Conforme se verificou, as expressões abertas legitimidade e economicidade, presentes na Constituição – de modo inovador, repita-se (ver 2.1) –, estão acompanhadas da tradicional legalidade e das congêneres eficiência – também prevista no art. 37, *caput*, da CF – e eficácia. Isto permite concluir que o Tribunal de Contas tem competência para analisar aspectos anteriormente considerados integrantes do mérito dos atos administrativos e, por isso, intangíveis. O enfoque do controle externo estabelecido no texto atual privilegia uma abordagem mais ampla e aprofundada sobre praticamente todos os atos da administração pública, não se restringindo à mera verificação do atendimento das formalidades legais.

A própria **legalidade**, atualmente, tem alcance maior do que anteriormente se considerava, compreendendo a aceitação da força normativa dos princípios, sem descuidar dos perigos que o seu excesso pode representar.⁹³ Ricardo Lobo Torres alerta que tal controle não se restringe à legalidade estrita ou mera adequação do ato à lei formal. Compreende a adequação da gestão financeira ao orçamento, às leis tributárias e de despesas públicas, o exame formal das contas e, também, o controle da superlegalidade ou da constitucionalidade das leis e atos normativos, admitindo, em especial após 1988, o controle incidental de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, a teor da Súmula n. 347 do STF,⁹⁴ pela previsão do controle de legitimidade.⁹⁵

Já a **legitimidade**, para Torres, seria o controle exercido sobre a legalidade e a economicidade. As finanças públicas deveriam se abrir não apenas para a tomada de contas ou

⁹³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 347. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Brasília, 13 dez. 1963. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 abr. 1962.

⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 266-267, jan./mar. 1994.

o exame formal de legalidade, mas também para o controle de gestão, análise de resultados e avaliação da justiça e custo/benefício. Desta forma, para o autor, a legitimidade engloba todos os princípios constitucionais e financeiros, decorrentes da ideia de segurança jurídica e de justiça.⁹⁶

Isto representa, para Torres, a abertura dos Tribunais de Contas para a política, não no sentido partidário, mas de política fiscal, financeira e econômica. O crescimento do papel do Estado com o conseqüente incremento de decisões políticas e da respectiva implementação delas, ensejaria necessariamente o controle da execução dessas políticas, que deve ser político, finalístico, valorativo e norteado pelos princípios financeiros. O controle dos objetivos das decisões políticas, para o autor, seria vedado aos TCs, no entanto, o controle das contas públicas ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas seria compatível com a ordem constitucional de 1988. O antigo argumento da falta de legitimidade para tal atividade pelos Tribunais de Contas teria sido eliminado pela previsão expressa do controle de legitimidade pelo constituinte originário.⁹⁷

Interessante afirmação de Torres, ainda, consiste na existência de legitimidade política das Cortes de Contas como decorrência, também, da legitimação popular para deflagrar o processo de controle externo (art. 74, § 2º, da CF). Haveria a mesma dimensão democrática na provocação popular dos TCs para apurar irregularidades e ilegalidades no campo financeiro existente nos instrumentos processuais de defesa de direitos difusos, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção, a ponto de transformar o Tribunal de Contas em advogado da comunidade.⁹⁸

Torres visualiza no controle de legitimidade uma garantia institucional da liberdade a legitimar a própria ordem financeira. Entretanto, apenas “o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade”, de forma que, sendo o controle a garantia dos direitos fundamentais, não deve sofrer limitações constitucionais, mas ter sua plena realização estimulada.⁹⁹

Para Nóbrega o controle pautado pela legitimidade corresponde à “adequação do ato do poder público ao interesse da coletividade”, possuindo um tipo mais aberto, de difícil aferição.¹⁰⁰

⁹⁶ TORRES, 1994. p. 269.

⁹⁷ TORRES, 1994. p. 269-270.

⁹⁸ TORRES, 1994. p. 270.

⁹⁹ TORRES, 1994. p. 271.

¹⁰⁰ NÓBREGA, 2011. p. 69.

A passagem do controle de legalidade para um controle mais amplo deve ser vista como um avanço porque potencializa a atuação dos Tribunais de Contas, os quais passam a ter meios de avaliação mais abrangentes. É uma resposta à crítica histórica da insuficiência de controles meramente formais para garantir a boa administração pública. Sob outro contexto constitucional, Seabra Fagundes tecia severas críticas à atuação dos TCs, ao afirmar que “o controle de contas, como hoje se exerce é puramente formal, o que vale dizer: nada significa com relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz”.¹⁰¹

Agora não se pode mais justificar eventual inércia ou inefetividade pela ausência de competência ou de instrumentos aptos a legitimar a atuação dos Tribunais de Contas, porquanto houve a deliberada ampliação de seus poderes para conferir-lhes maior desenvoltura no exercício do controle da administração pública.

Outro aspecto de enorme relevância para os TCs consiste na previsão do controle de **economicidade**, que estaria relacionado, para Nóbrega, com o custo-benefício do gasto.¹⁰² Gustavo Massa Ferreira Lima, em obra dedicada ao tema, conclui não existir na doutrina consenso em relação ao conceito de economicidade, oscilando os entendimentos entre duas vertentes que adotam um sentido amplo e outro restrito. Esta, mais conservadora, equipara o sentido de economicidade ao de modicidade de gastos ou economia de recursos. Aquela abrangeria a modicidade das despesas públicas, considerando também o retorno social alcançado ou a relação custo-benefício social.¹⁰³

O conceito adotado por Lima é amplo e busca abarcar os dois sentidos, como a “norma constitucional que obriga o administrador público a perseguir o menor custo, na aquisição de insumos e serviços para a Administração, bem como buscar a maior quantidade e a melhor qualidade dos serviços prestados pela Administração”.¹⁰⁴

O constituinte originário, segundo Lima, legitimou e obrigou os Tribunais de Contas a fiscalizarem a relação de custo-benefício resultante da execução do orçamento, instituindo as auditorias de natureza operacional como instrumento para tal fim. Estas mudanças favorecem

¹⁰¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 12, 1956, *apud* TORRES, 1994, p. 271.

¹⁰² NÓBREGA, 2011, p. 69.

¹⁰³ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 31.

¹⁰⁴ LIMA, 2010, p. 36-37.

a implantação de uma Administração Pública gerencial com foco nos resultados e o fortalecimento das auditorias operacionais em detrimento das de mera conformidade.¹⁰⁵

Contribuição relevante a respeito do tema é trazida por Paulo Soares Bugarin, que percebe na adoção normativa da economicidade pelo constituinte de 1988 uma mudança do paradigma legal-formal para uma nova concepção de gestão pública. Representaria um elemento de valorização da administração pública séria, competente e compromissada. Além disto, representaria, ao lado da legalidade e da legitimidade, um dos vetores normativos interdependentes e complementares de atuação das Cortes de Contas, a autorizar e impor “ampla investigação da correlação efetiva entre os fatos ensejadores das decisões tomadas (motivos) e os objetivos pretendidos (finalidades), baseada em elementos racionalmente fundamentados”.¹⁰⁶

Neste cenário, defende que a economicidade refletiria uma opção do constituinte de 1988 pela fundamentação racional das decisões políticas relacionadas à alocação dos escassos recursos públicos para o atendimento dos anseios individuais e coletivos da sociedade. Num plano político-econômico, estaria vinculada ao processo de avaliação das decisões públicas a partir do exame de seus custos e benefícios para a comunidade.¹⁰⁷

O Tribunal de Contas da União, por ocasião da realização de sua primeira auditoria operacional, em 1989, já destacava, à luz do novo regime constitucional, a necessidade do exame da economicidade, o qual “implica a comparação entre dispêndios efetivados e resultados colhidos”.¹⁰⁸

Para Ricardo Lobo Torres, a economicidade seria o contraponto ao exame e à fiscalização formal da execução orçamentária a partir da legalidade, ao assegurar o seu controle material. Novo na realidade constitucional brasileira, o termo já teria previsão na Constituição alemã (art. 114, 2) como *wirtschaftlichkeit*, traduzido pelo autor como economicidade. No regulamento da Lei do Orçamento Federal alemã de 1969, a economicidade estaria definida como “a relação favorável entre os meios e os fins, que consiste ou em obter um certo resultado com a menor utilização de meios possível ou o melhor resultado possível com a utilização de certos meios”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ LIMA, 2010. p. 37.

¹⁰⁶ BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 95-98.

¹⁰⁷ BUGARIN, 2011. p. 103-112.

¹⁰⁸ BUGARIN, 2011. p. 129-130.

¹⁰⁹ TORRES, 1994. p. 267-269.

Segundo Torres, o controle da economicidade corresponderia também ao “controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”.¹¹⁰ Importante destacar a relevância conferida pelo autor não apenas à redução da despesa a partir do exame de economicidade, mas também ao incremento dos ingressos financeiros. Defende que seu âmbito de aplicação vai além da economia de gastos para alcançar também a receita, mediante a efetividade na realização das entradas orçamentárias. Disso decorreria a importância da fiscalização sobre a aplicação de subvenções e renúncia de receitas pelo Tribunal de Contas, a permitir o controle de economicidade de todos os incentivos fiscais e financeiros concedidos na vertente da receita ou da despesa pública.¹¹¹

Ao se tratar de expressões indeterminadas como economicidade e legitimidade de despesas públicas, e também de renúncia de receitas, o constituinte conferiu às Cortes de Contas a possibilidade de aprofundar o exame acerca de todo o processo decisório conducente ao fornecimento de bens e serviços públicos à sociedade. A ampliação das competências das Cortes de Contas por meio da outorga de um poder de controle baseado em conceitos abertos enseja, além da ampliação do enfoque, a necessidade de fundamentar racionalmente suas decisões, sob pena de, em nome de conceitos abertos, imiscuir-se em decisões políticas cuja competência para atuar não lhe fora conferida.

A par das referidas definições, Inaldo da Paixão Santos Araújo trabalha com os conceitos de economicidade, eficiência e eficácia no contexto das auditorias operacionais. Para o autor, eficácia seria a capacidade de fazer as coisas certas, alcançando os objetivos ou metas estabelecidos. A eficiência corresponderia à capacidade de fazer as coisas direito, apresentando desempenho satisfatório, sem desperdícios. Economicidade significaria a capacidade de fazer gastando pouco, executando uma atividade ao menor custo possível.¹¹²

Neste contexto, Gustavo Massa Ferreira Lima destaca outra mudança de paradigma ocorrida após 1988. As auditorias tradicionais – também denominadas de conformidade ou de legalidade, centradas no cumprimento das normas e destaque para desvios e danos causados

¹¹⁰ TORRES, 1994, p. 267.

¹¹¹ TORRES, p. 267-268.

¹¹² ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 44.

ao erário, bem como na responsabilização do ordenador de despesas – vêm abrindo espaço para outra modalidade, focada nos resultados.¹¹³

Refere-se às auditorias de natureza operacional, previstas no art. 71, inc. IV, da CF, que não têm como foco apenas a legalidade, mas critérios de economia, eficiência, eficácia, efetividade e equidade, com objetivo de melhorar o desempenho da administração pública e a transparência. O controle exercido seria consensual, diferentemente do controle de sanção das auditorias tradicionais, tendo o gestor o papel de colaborador essencial para o sucesso da auditoria. Sua finalidade não seria a sanção, mas orientar, atuar de forma pedagógica, em colaboração, deixando a sanção para um segundo plano. São mais longas do que as tradicionais e ao final geram uma espécie de termo de compromisso, pelo qual as entidades fiscalizadora e fiscalizada ajustam um cronograma definindo os responsáveis, as ações e os prazos para implementar as recomendações. Para o autor os controles tradicionais permaneceriam sendo necessários ao combate à corrupção, mas também existiria espaço para outro tipo de controle, com outro enfoque.¹¹⁴

Para Inaldo da Paixão Santos Araújo, a auditoria operacional ou *performance audité* a “análise e avaliação do desempenho de uma organização – no todo ou em partes –, objetivando formular recomendações e comentários que contribuirão para melhorar os aspectos de economicidade, eficiência e eficácia”.¹¹⁵

O produto do trabalho realizado a partir desse instrumento seria um relatório indicando as respostas para diversas questões como: se a aquisição dos insumos pela administração observou parâmetros de qualidade; se a aquisição dos insumos se deu pelo menor custo de mercado; se os insumos foram bem utilizados, no momento correto, sem desperdícios; se as metas definidas foram alcançadas; e se os impactos observados a partir das ações concretizadas pela Administração foram avaliados corretamente. Desta forma, a auditoria operacional destina-se a responder a questões específicas sobre desempenho ou resultado de programas, enquanto a auditoria contábil restringe-se a avaliar a adequação dos demonstrativos contábeis.¹¹⁶

Segundo o Manual de Auditoria Operacional do TCU, auditoria operacional “é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de

¹¹³ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 78-82, 117-119.

¹¹⁴ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 78-82, 117-119.

¹¹⁵ ARAÚJO, 2008. p. 31.

¹¹⁶ ARAÚJO, 2008. p. 31-32.

organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.¹¹⁷ Diferentemente das auditorias de regularidade (tradicionais), nas auditorias operacionais “o relatório trata da economicidade e da eficiência na aquisição e aplicação dos recursos, assim como da eficácia e da efetividade dos resultados alcançados”.¹¹⁸

Outro instrumento importante a ser utilizado pelos Tribunais de Contas consiste na competência para assinalar prazo a fim de que o órgão ou entidade fiscalizado adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade (art. 71, inc. IX, da CF). Caso não atendida a determinação, a execução do ato impugnado poderá ser sustada diretamente pela Corte de Contas, sendo a decisão comunicada ao Parlamento (art. 71, inc. X, da CF). Em caso de contrato, a sustação deverá ser adotada diretamente pelo Congresso Nacional – no caso do TCU –, a quem competirá solicitar imediatamente ao Poder Executivo as medidas cabíveis (art. 71, § 1º, da CF). Não efetivadas as medidas pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias, cumprirá ao próprio Tribunal de Contas decidir a respeito (art. 71, § 2º, da CF). No regime anterior, caso o prazo decorresse sem a manifestação do Poder Legislativo, a impugnação feita pela Corte de Contas era considerada insubsistente (art. 73, § 6º, da CF/67; 72, § 6º, da CF/69).

Destarte, a atuação das Cortes de Contas é pautada por especificidades que, em certos aspectos, trazem muitas vantagens, se comparada com a do Poder Judiciário. Além das já mencionadas, importante destacar a celeridade dos processos de contas, a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público (art. 70, parágrafo único, da CF; art. 113 da Lei n. 8.666/93; e art. 93 do Decreto-lei n. 200/67); a capacidade de criar título executivo a partir de seus julgados que resultem em imputação de débito e/ou multa (art. 72, § 3º, da CF); a possibilidade de impor sanções graves como a multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, da CF), declaração de inidoneidade do licitante fraudador de licitação por até cinco anos (art. 46 da Lei n. 8.443/92), a inabilitação de cinco a oito anos para ocupar cargo em comissão ou função de confiança (art. 60 da Lei n. 8.443/92); a competência para emissão de provimentos cautelares¹¹⁹ como o afastamento temporário do responsável (art. 44

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Manual de auditoria operacional**. Brasília, DF, 2010. p. 7. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTC_U_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁹ Embora não exista previsão expressa na Constituição para a emissão de cautelares, tal competência foi reconhecida pelo STF. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Procedimento

da Lei n. 8.443/92 e 273 do RI/TCU), a decretação da indisponibilidade de bens do responsável por até um ano (art. 274 do RI/TCU), a solicitação do arresto de bens dos responsáveis julgados em débito (art. 275 do RI/TCU) e a suspensão de ato ou procedimento impugnado até decisão sobre o mérito (art. 276 do RI/TCU); além dos efeitos decorrentes do julgamento pela irregularidade de contas, hábil a ensejar o reconhecimento da inelegibilidade do gestor por até oito anos (art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC n. 64/90, com redação pela LC n. 135/10).

Outro aspecto relevante diz respeito à obrigatória transparência das deliberações das Cortes de Contas,¹²⁰ acentuada a partir da Lei n. 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação),¹²¹ ao assegurar a todo cidadão, independentemente da apresentação dos motivos determinantes da solicitação, o direito de obter informação relativa ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo (Tribunais de Contas), incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores (arts. 7º, inc. VII, “b”, e 10, § 3º).

Desta forma, além das ferramentas relevantes previstas na Constituição como instrumentos para a efetiva fiscalização da Administração Pública pelas Cortes de Contas, é inafastável o dever de conferir a devida publicidade ao resultado desses trabalhos, como forma de viabilizar também o controle social.

2.5 Críticas aos Tribunais de Contas e Propostas de Aperfeiçoamento

Gerardo Pisarello assevera que o Estado de Direito, caracterizado por quatro notas clássicas – o império da lei, a divisão dos poderes, a fiscalização da administração e direitos fundamentais para todos – estaria degradado atualmente por força de fatores internos e externos.¹²² Dentre os fatores internos, destaca um, atrelado à fiscalização. Afirma que o

licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. Acórdão no mandado de segurança n. 24510. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, 19 mar. 2004.

¹²⁰ Em Alagoas, há pouco menos de dois anos, o Tribunal de Contas do Estado passou a divulgar suas sessões pela internet, ao vivo, além de disponibilizar as gravações no sítio <www.youtube.com>. Contudo, ainda não é possível ao cidadão consultar no *site* da Corte o inteiro teor dos seus processos, relatórios de auditoria, inspeções, pareceres e julgamentos. Fonte: <<http://tce.al.gov.br/v2/>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011, p. 1 (edição extra). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 23 jul. 2013.

¹²² PISARELLO, Gerardo. Estado de derecho y crisis de la soberania em America Latina: algunas notas entre lapesadilla y laesperanza. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **El estado de derecho: dilemas para América Latina**. México: Palestra Editores, 2009.p. 225. Disponível em: <<http://vlex.com/source/estado-derecho-dilemas-america-latina-6425>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

enfraquecimento dos controles horizontais entre os poderes do Estado, mormente pela preponderância do Executivo sobre os demais, abre caminho para uma série de poderes invisíveis¹²³ atuarem em benefício de seus interesses particulares. Desta forma, o Direito deixaria de ser um instrumento de cooperação social e passaria a servir a benefícios privados, de modo que a racionalidade da honestidade pública cederia à lógica da corrupção.¹²⁴

Segundo Bobbio, por séculos a democracia foi condenada por ser uma forma de governo má em si mesma, justamente por ser o governo do povo e o povo não estar em condições de governar. A partir do momento em que a democracia foi alçada à condição de melhor forma de governo (ou a menos má), passou-se a avaliar esse regime a partir de suas promessas não cumpridas. Para o autor, não foram cumpridas as promessas de autogoverno, igualdade (não apenas formal, mas substancial também), nem a de debelar o poder invisível.¹²⁵

No Estado constitucional, um dos princípios fundamentais é a regra do caráter público, cuja exceção – o segredo – somente se justifica se limitada no tempo. A democracia representativa está assentada no ideal do caráter público do poder, entendido como não secreto, mas aberto ao público, consistindo esse num dos traços fundamentais a distinguir o Estado constitucional do absoluto.¹²⁶ Destarte, o exercício do poder sem essa característica – pública – denota o poder invisível aludido por Bobbio.

Não obstante o papel central na fiscalização das contas públicas, os Tribunais também não estão imunes às influências dos “poderes invisíveis” mencionados por Pisarello¹²⁷ e Bobbio¹²⁸ como um dos fatores internos a solapar o Estado de Direito e a democracia. Inúmeros casos de Conselheiros processados e até mesmo afastados de suas funções pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁹ corroboram o sentimento comum de que a influência política

¹²³ Expressão citada por Gerardo Pisarello, contida na obra de Bobbio (1986, p. 83-106).

¹²⁴ PISARELLO, *Idem*, p. 232-233.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: _____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.p. 100.

¹²⁶ BOBBIO, 1986. p. 86-87.

¹²⁷ PISARELLO, Gerardo. Estado de Derecho y crisis de la soberania em America Latina: algunas notas entre lapasadilla y laesperanza. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **El estado de derecho: dilemas para América Latina**. : Palestra Editores, 2009.p. 225. Disponível em: <<http://vlex.com/source/estado-derecho-dilemas-america-latina-6425>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: _____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.p. 86-87.

¹²⁹ Nesse sentido, algumas notícias extraídas do sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet: STJ determina desmembramento de processo que investiga desvio de recursos públicos. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 26 fev. 2013. Disponível em:

exercida veladamente nas Cortes responsáveis pela fiscalização da administração pública é perniciosa. É a velha questão de quem vigia o vigilante (*Quis custodiet custodes?*), suscitada desde os tempos de Platão.¹³⁰

Diante disso, uma das críticas comumente direcionadas aos Tribunais de Contas no Brasil repousa na forma de indicação de seus membros. Tanto assim que Odete Medauar defende a alteração do modo de escolha de seus integrantes, asseverando que melhor seria se fossem indicados mediante concurso público de títulos e provas, dentre os portadores de diploma de curso superior, nas áreas de direito, administração, economia ou ciências contábeis, realizado por integrantes de Tribunais do Poder Judiciário.¹³¹

Seguindo o raciocínio, Ana Paula de Barcellos também critica a composição dos Tribunais de Contas, afirmando que eles sofrem com as vicissitudes de sua própria estrutura. Assevera que embora seus corpos técnicos desenvolvam investigações rigorosas, por vezes os seus Conselheiros, cujas nomeações costumam ter caráter marcadamente político, não estariam dispostos a sustentar posições contrárias ou favoráveis aos interesses de determinado governo.¹³² Marcos Nóbrega, compartilhando esse entendimento, aduz existir pouca transparência nos critérios de escolha de Ministros e Conselheiros, quase sempre realizada de acordo com critérios políticos.¹³³

Entende-se que tais críticas são tributadas não exatamente aos critérios estabelecidos no texto constitucional, os quais, a rigor, são até mais restritivos do que os previstos para a nomeação dos Ministros da Suprema Corte. Em verdade, a indicação de Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas sempre refletiu muito a cultura brasileira da administração personalista, compreendida como “a forma de gestão que prestigia o subjetivismo nas decisões administrativas, o que, na maioria absoluta das vezes, favorece a promoção dos

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108693>. Acesso em: 11 mar. 2013.;CORTE Especial afasta conselheiro do Tribunal de Contas do Ceará. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 6 jun. 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105980>. Acesso em: 11 mar. 2013. CORTE Especial recebe denúncia contra ex-governador de Roraima e conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 16 nov. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103859>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹³⁰ BOBBIO, 1986. p. 99.

¹³¹ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p.126, out./dez. de 1990.

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 141.

¹³³ NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

interesses pessoais dos agentes públicos”.¹³⁴O problema estaria no efetivo atendimento – e comprovação – dos requisitos estabelecidos no texto constitucional, que para os integrantes das Cortes de Contas são, além da idade entre 35 e 65 anos, idoneidade moral; reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija esses conhecimentos (art. 73, § 1º, da CF). Pontes de Miranda afirmava que a indicação deveria ser acompanhada das provas da idoneidade moral e da notoriedade dos conhecimentos exigidos.¹³⁵

O STF já chegou a decidir, em 1994, no RE n. 167137-9, que a nomeação de membros dos Tribunais de Contas não seria ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios. Além disso, destacou, na ocasião, a necessidade de existir um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a ser desempenhado. Asseverou, também, caber a qualquer do povo sujeitar a inobservância dos requisitos que vinculam a nomeação à correção judicial.¹³⁶

Destarte, em relação à crítica específica da cooptação política das Cortes de Contas em detrimento de uma atuação técnica e independente, revela-se imprescindível analisar como são efetivadas as escolhas de seus integrantes, adentrando na questão do controle judicial sobre a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, dado que essa é a técnica legislativa utilizada na definição de parte dos requisitos a serem observados na indicação dos novos membros desses Tribunais.

A respeito do tema, Gustavo Binenbojm afirma que anteriormente à Segunda Grande Guerra, os conceitos jurídicos indeterminados eram associados ao poder discricionário, sendo diferenciado o poder discricionário de atuação, do lado da consequência jurídica, e o poder

¹³⁴ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005. p. 28.

¹³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 257.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas. Nomeação de seus membros em estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. Ação popular desconstitutiva do ato. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. Provimento dos cargos de conselheiros. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da cf. Notório saber - incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Acórdão no recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. Acórdão no recurso extraordinário n. 167137-9. Recorrente: Hagahus Araujo e Silva. Recorridos: Estado do Tocantins e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 18 out. 1994. **Diário da Justiça**, 25 nov. 1994.

discricionário de decisão, relativo ao tipo. Após 1949, como consequência do regime nazista, passou a existir uma tendência de controle judicial mais intenso sobre a administração pública.¹³⁷ Daí, a teoria dos “conceitos jurídicos indeterminados”, assim denominada na Alemanha, teria postulado, a partir do cotejo entre os conceitos abstratos e a realidade, que a interpretação e a decorrente concretização conduziram a uma solução única. No Brasil, esta doutrina teria sido acolhida por Eros Roberto Grau, para quem os conceitos indeterminados não refletiriam casos de discricionariedade, mas de unidade de solução, num juízo de legalidade e não de oportunidade, restrito esse último ao exercício da discricionariedade. Tal teoria teria como consequência prática, segundo Binjenbojm, a inversão do sentido do controle judicial dos conceitos indeterminados.¹³⁸

O autor destaca que já nos anos 70 a referida teoria teria encontrado forte resistência na Alemanha, em decorrência da excessiva judicialização da atividade administrativa que a teoria plena da sindicabilidade gerava. Além disso, ensejava uma dualidade de procedimentos, em oposição às noções de eficiência e especialização funcional, violando o sistema da separação de poderes. Por tal razão, teriam surgido teorias híbridas, como a “teoria da livre apreciação” de Otto Bachof, admitindo certa margem de liberdade de apreciação que refugiria ao controle judicial, complementada pelas ideias de Carl Hermann Ule e J. Wolf. Para Ule, defensor da “teoria da sustentabilidade”, ao aplicar um conceito jurídico indeterminado a decisão deve ser sustentável, ou seja, deliberada de acordo com o direito. Neste sentido, Wolf, com a “teoria da prerrogativa estimatória”, afirmava que, exigindo um conceito indeterminado uma estimativa, a da autoridade deveria ser respeitada, dado que possui conhecimento especializado e experiência, exceto nos casos de equívoco manifesto.¹³⁹

Para Harmut Maurer, a doutrina de Otto Bachof, segundo a qual “à autoridade administrativa não é concedida, pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem dúvida, um espaço de poder discricionário, mas sim, um espaço de apreciação”, teria logrado

¹³⁷ Neste sentido: “Antigamente, o conceito jurídico indeterminado foi associado ao poder discricionário. A administração tem, se o dador de leis emprega conceitos jurídicos indeterminados, de tomar a decisão correta segundo seu poder discricionário. Distinguiu-se, em conformidade com isso, entre o poder discricionário de atuação, do lado da consequência jurídica, e o poder discricionário de decisão, do lado do tipo. No primeiro caso, trata-se de poder discricionário voluntário, no segundo caso de poder discricionário cognitivo. [...] Depois de 1949, portanto, depois da promulgação da Lei Fundamental e da fundação da República Federal da Alemanha, consumou-se, todavia, uma mudança fundamental. Sobretudo a jurisprudência já sustentava a concepção que o conceito jurídico indeterminado como pressuposto jurídico da atuação administrativa é, fundamentalmente, revisível completamente.” MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 56.

¹³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 213-215.

¹³⁹ BINENBOJM, 2008.p. 216-217.

maior repercussão terminológica e materialmente.¹⁴⁰ Não obstante, uma linha mediana é que teria prevalecido, no sentido de que a existência de um conceito jurídico indeterminado por si só não abriria um espaço de apreciação, mas somente seria admitido, de modo excepcional, se houvesse fundamentos especiais nesse sentido, além de um reconhecimento expresso ou concludente pelo legislador.¹⁴¹

A partir daí passou-se a aceitar que o conceito jurídico indeterminado permitiria diferentes valorações sem confundir-se, contudo, com discricionariedade. Para Hartmut Maurer, o poder discricionário estaria relacionado à consequência jurídica, enquanto o conceito jurídico indeterminado, ao tipo.¹⁴² Todavia, Binenbojm, seguindo ensinamento de Krell,¹⁴³ admite a possibilidade de o conceito jurídico indeterminado surgir, também, no lado da consequência jurídica. Um exemplo seria norma a determinar que a autoridade administrativa combata uma epidemia valendo-se das medidas sanitárias adequadas conforme o estado da técnica.¹⁴⁴

Neste cenário, na Alemanha, em atenção à concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle judicial, a doutrina passou a admitir solução intermediária. No Brasil, mais recentemente, reconheceu-se que certa categoria de conceitos indeterminados não seria sindicável. Trata-se das situações cuja densificação dos conceitos depende de uma avaliação pessoal de pessoas, coisas ou processos sociais, valendo-se de um juízo de aptidão. Assim, o ato discricionário seria aquele a pressupor a possibilidade de escolha pelo agente público, enquanto nos casos de atos relacionados a conceitos jurídicos indeterminados não haveria opção para o administrador, mas a interpretação do sentido, envolvendo duas operações lógicas, a interpretação do conceito em abstrato e a subsunção do caso concreto à hipótese prevista na norma.¹⁴⁵

Não obstante, Binenbojm assevera não se admitir mais uma distinção rígida entre atos cognitivos e volitivos. Defende que esses dois aspectos são apurados ao concretizar-se um conceito jurídico indeterminado. Desta forma, ao magistrado o controle não deve indicar se o

¹⁴⁰ MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 57.

¹⁴¹ MAURER, 2001. p. 57-58.

¹⁴² “Enquanto o poder discricionário aparece no lado da consequência jurídica, o conceito jurídico indeterminado está localizado do lado do tipo da regulação legal.” MAURER, 2001, p. 54.

¹⁴³ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29-37.

¹⁴⁴ BINENBOJM, 2008. p. 217-218.

¹⁴⁵ BINENBOJM, 2008.p. 218-220.

resultado da operação está correto, mas se o processo relativo à tomada de decisão está motivado e justificado, é dizer, se a decisão é sustentável.

Ademais, com Phillip Heck, Binenbojm assevera que a possibilidade de controle dos atos relativos a conceitos jurídicos indeterminados teria limites. Com acuro, assevera que tais conceitos possuem um núcleo preciso de significado, zona nuclear ou fixa, em que há uma noção clara do conceito, e, também, um halo periférico, zona periférica, orla, auréola ou zona de penumbra, onde surgem as dúvidas e há certa margem de apreciação pelo administrador. Nesta auréola de penumbra é que estaria o limite ao controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados. Esta ideia evoluiu na Alemanha para a concepção de que tais conceitos teriam uma zona de certeza positiva, onde não haveria dúvida a respeito da utilização da palavra ou expressão; outra zona de certeza negativa, em que também haveria a certeza, mas a excluir a sua incidência; e, por fim, uma zona intermediária de penumbra, na qual se deve preservar a margem de apreciação administrativa, não cabendo a intervenção jurisdicional. Nas duas primeiras zonas de certeza, o controle judicial é pleno. Na última, é parcial.¹⁴⁶ A demarcação dessas linhas não pode ser feita *a priori*, mas no “processo argumentativo-discursivo de construção da decisão”, sendo “balizado pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de direito”.¹⁴⁷

Tecidos esses esclarecimentos, passa-se à análise de Binenbojm a respeito do julgamento do RE 167137-9 pelo STF,¹⁴⁸ antes referenciado. No caso concreto, a noção do conceito jurídico indeterminado “notório saber”, um dos requisitos exigidos para o cargo de Ministro do TCU ou de Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual, encerraria zonas de

¹⁴⁶ Nesse sentido, “[...] o mérito do ato administrativo não deve ser invadido. No entanto, por via reflexa, pode ser inquirido ao se efetuar o controle do ‘demérito’ e da antijuridicidade, para além dos aspectos adstritos à legalidade. O controlador, nessa medida, faz as vezes do ‘administrador negativo’.” FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 130.

¹⁴⁷ BINENBOJM, 2008, p. 221-222.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas. Nomeação de seus membros em estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. Ação popular desconstitutiva do ato. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. Provimento dos cargos de conselheiros. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. Notório saber - incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Acórdão no recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. Acórdão no recurso extraordinário n. 167137-9. Recorrente: Hagahus Araujo e Silva. Recorridos: Estado do Tocantins e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 18 out. 1994. **Diário da Justiça**, 25 nov. 1994.

certeza positiva e negativa, além de penumbra. Prevaleceu o entendimento de que a hipótese configurava uma zona de certeza negativa, compreendendo-se o conceito como a exigir um mínimo de pertinência entre as qualidades individuais e a atividade a ser desenvolvida. Este critério foi utilizado para que se afastasse candidato que não demonstrasse em sua formação ou experiência profissional um mínimo de conhecimentos teóricos ou práticos necessários ao exercício do cargo.¹⁴⁹

Infelizmente, em outra oportunidade posterior, houve retrocesso no entendimento do STF, que passou a reputar o requisito do notório saber como pressuposto subjetivo e apreciável pelo Governador sob a forma de juízo discricionário.¹⁵⁰

Estes julgados demonstram, portanto, a existência de margem para o aprofundamento do estudo pertinente ao controle judicial sobre a forma de indicação dos membros das Cortes de Contas, essencial para o adequado funcionamento desses Tribunais. Não há como se desvincular a crítica recorrente de atuação política das Cortes de Contas da forma como a sua cúpula é escolhida na prática. O exame do atendimento – efetivo – dos pressupostos constitucionais é inafastável para a modificação da própria forma de atuação do controle externo. Contudo, por certo, é preciso exercer o controle com cautela a fim de que não se substituam as autoridades competentes para fazer as indicações, legitimamente indicadas na Constituição, por uma espécie de escolha judicial. A escolha, evidentemente, sempre recairá sobre os que detêm a competência expressa para tanto. Não obstante, os excessos, as situações abusivamente contrárias ao texto constitucional, devem ser passíveis de controle pelo Judiciário.

Sem embargo da proposta de um controle judicial mais efetivo das escolhas dos integrantes das Cortes de Contas, na linha sugerida por Binjenbojm, é preciso tratar de uma segunda possibilidade para solucionar a crítica da influência política, direcionada aos TCs.

Trata-se das propostas de alteração do próprio texto constitucional, seja para modificar os critérios de escolha, seja para criar um novo órgão de controle, a operar sobre os Tribunais de Contas.

¹⁴⁹ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 224-225.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas Estadual. Conselheiros. Nomeação. Qualificação profissional formal. Notório saber. A qualificação profissional formal não é requisito à nomeação de Conselheiro Tribunal de Contas estadual. O requisito notório saber é pressuposto subjetivo a ser analisado pelo Governador do Estado, a seu juízo discricionário. Acórdão na ação Originária n. 476. Autores: Ministério Público Estadual e outro. Réus: Estado de Roraima e outros. Brasília, DF, 16 out. 1997. **Diário da Justiça**, 5 nov. 1999.

Uma das propostas, direcionada especificamente para o cerne da questão – composição dos TCs –, é a da PEC n. 329/2013, de autoria do Deputado Federal Francisco Praciano.¹⁵¹ Entre diversos aspectos, propõe: a vedação de escolha de quem tenha sofrido condenação da forma e nos casos que tornem o cidadão inelegível; a exigência de formação em nível superior; e, nos Tribunais dos Estados, Municípios e Distrito Federal, que os Conselheiros sejam escolhidos pelas respectivas classes, entre Auditores de Controle Externo, Membros do Ministério Público de Contas e Auditores Substitutos de Conselheiros, além de indivíduos indicados por conselho de classe profissional, esse último com mandato de quatro anos. Esta proposta elimina a possibilidade de livre escolha pelo Governador e pela Assembleia Legislativa, exigindo que seis dos sete integrantes sejam oriundos de carreiras que exigem concurso público para o ingresso. O único Conselheiro que não viria obrigatoriamente de uma carreira pública seria aquele indicado por conselho de classe da área jurídica, contábil, econômica, financeira e de administração pública. A PEC estabelece, ainda, a submissão dos Tribunais de Contas e de seus membros à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, e dos Ministérios Públicos de Contas e de seus membros ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Há outras propostas tramitando no Parlamento, e embora sejam interessantes as sugestões de mudanças, cada qual com seus aspectos positivos e negativos, no âmbito deste trabalho o enfoque é voltado ao papel dos Tribunais de Contas conforme o texto constitucional em vigor. Desta forma, não obstante se entenda pela necessidade de mudanças na disciplina do controle externo prevista na Constituição, é preciso registrar que o texto atual fornece elementos para o controle e enfrentamento da crítica relacionada à forma política de indicação dos membros dos TCs. É importante a observância dos critérios estabelecidos e, se for o caso, o controle pelo Judiciário, até a concretização de alguma alteração legislativa.

Outras críticas também são apresentadas em relação aos Tribunais de Contas por Ana Paula de Barcellos. Afirma a autora que suas decisões não seriam finais, cabendo revisão pelo Poder Judiciário; seria um controle concentrado na verificação da legalidade estrita das contas

¹⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição n. 329, de 17 de outubro de 2013. Altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências. Autoria: Deputado Federal Francisco Praciano. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

públicas; e suas investigações seriam particularmente demoradas, de modo a impedir o efetivo controle social.¹⁵²

A questão da revisibilidade já foi amplamente debatida na seção 2.3, decorrendo a crítica formulada pela autora, possivelmente, de sua compreensão favorável a uma ampla revisibilidade de todas as decisões proferidas pelas Cortes de Contas. Se entendida a natureza das decisões dos TCs da forma sugerida anteriormente, haverá uma significativa redução do alcance desta crítica, além do fortalecimento do controle externo e a otimização do sistema previsto no texto constitucional, que atribuiu a atividade de fiscalização da administração pública, como regra, a um órgão específico, os Tribunais de Contas.

O exame centrado exclusivamente na legalidade também não se coaduna mais com a realidade estabelecida a partir da Constituição de 1988, conforme indicado na seção 2.4. Uma das inovações do atual texto constitucional foi justamente a ampliação do enfoque da fiscalização, não mais restrita à legalidade, mas abrangendo a legitimidade e a economicidade (art. 71, *caput*, da CF). Isto se traduz, também, na ampliação da perspectiva das mencionadas auditorias de natureza operacional, previstas no art. 71, inc. IV, da CF, que não têm como foco apenas a legalidade, mas critérios de economia, eficiência, eficácia, efetividade e equidade.

Contudo, cada Tribunal de Contas possui uma realidade peculiar, e não há propriamente um sistema de controle externo vinculando todos Tribunais a uma Corte Superior de uniformização da interpretação das normas aplicáveis no exercício do controle externo, tampouco um controle administrativo único exercido sobre todas elas, nos moldes do CNJ. Os TCs possuem, portanto, diferentes níveis de desenvolvimento institucional.

O Diagnóstico dos Tribunais de Contas, realizado pela Atricon, também corrobora a assertiva. Das Cortes estudadas, apenas 43% delas aplicavam as normas de auditoria governamental e somente 36% delas adotavam formalmente tais normas. Além disso, 18% das Cortes, no exercício de suas atividades de controle, não se valem exclusivamente de servidores efetivos, embora seja atuação própria e exclusiva do Estado.¹⁵³

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 141.

¹⁵³ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil: avaliação da qualidade e agilidade do controle externo (revisão por pares)**. Brasília, DF, 2013. p. 26-29.

Deste modo, a crítica relativa ao controle restrito à legalidade procede em relação a alguns Tribunais que ainda não adotam todos os instrumentos colocados à sua disposição a partir do advento da Constituição de 1988, mas não em relação à instituição Tribunal de Contas em si, cujo regime jurídico atual permite uma atuação mais ampla do que no passado.

O outro aspecto suscitado, da alegada demora nas investigações, de modo a impedir o efetivo controle social, não corresponde também a uma característica inerente a tais Cortes. De plano, cumpre destacar serem os Tribunais de Contas instâncias únicas. Não se assemelham ao Judiciário onde, via de regra, há um juiz de primeiro grau, cabendo recurso a um tribunal local, depois a um tribunal superior e, por fim, ao Supremo Tribunal Federal. Embora haja propostas de alteração da Constituição nesse sentido, atualmente não cabe recurso das decisões dos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios ao TCU. Disso resulta existir um percurso muito menor até o “trânsito em julgado” das decisões no âmbito das Cortes de Contas.

Por outra via, conforme já mencionado em 2.4, o processo de contas ganha em celeridade pela mitigação do princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos, existindo, além do dever de prestar contas, o dever de demonstrar a legalidade das despesas realizadas, ou seja, há a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público (art. 70, parágrafo único, da CF; art. 113 da Lei n. 8.666/93; e art. 93 do Decreto-lei n. 200/67). As decisões dessas Cortes também têm a capacidade de criar título executivo e acelerar o ressarcimento de danos ao erário, pela imputação de débito e/ou multa (art. 72, § 3º, da CF). Essas características permitem aos Tribunais de Contas proceder com maior celeridade em suas apurações, se comparados ao Judiciário.

Contudo, na prática, o estudo levado a cabo pela Atricon demonstra que os Tribunais de Contas, em sua grande maioria, não atuam com a celeridade esperada. O diagnóstico apontou que 71% dos Tribunais não apreciaram as denúncias recebidas em 2012 e 2013 no prazo de até seis meses de sua autuação; 79% não apreciaram as consultas recebidas no mesmo período no prazo de até quatro meses a contar do recebimento; e 96% deles não julgaram todos os seus processos no prazo de cinco anos contados de sua autuação.¹⁵⁴ Embora sejam expressivamente desfavoráveis os números, é preciso observar que os prazos utilizados como parâmetro de avaliação, por si sós, já demonstram uma celeridade bem maior do que se

¹⁵⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil**: avaliação da qualidade e agilidade do controle externo (revisão por pares). Brasília, DF, 2013. p. 20-21.

espera do Judiciário, do qual não se cobra a apreciação de alguma espécie de processo, em caráter definitivo, no prazo de quatro ou de seis meses. Tampouco se tem notícia de algum Tribunal do Poder Judiciário que já tenha julgado todos os processos sob sua responsabilidade no prazo de cinco anos contados de sua atuação.

Diante desses dados, percebe-se que tais Cortes têm a vocação para uma atuação efetiva – não se admitindo a revisibilidade ilimitada de seus julgados –, ampla – por focar não apenas a legalidade, mas também a legitimidade e a economicidade – e célere. No entanto, ao se analisar dados concretos, verifica-se a existência de grande disparidade entre os Tribunais. Este aspecto pode ser atribuído tanto ao fato de não integrarem um sistema unificado de controle externo, como por não estarem submetidos a algum controle exterior único, que estabeleça metas e padrões de atuação, tal como se dá em relação ao Poder Judiciário – que também guarda suas discrepâncias entre Tribunais congêneres, mas vem trabalhando de forma uniformizada, via CNJ, para reduzir tais disparidades. Além disso, pesa sobre a composição dessas Cortes, conforme aduzido inicialmente, a forte influência política, que, até o surgimento de alguma alteração na Constituição, pode ser mitigada pela observância concreta e, quando necessário, pelo controle judicial dos requisitos constitucionais estabelecidos para a investidura nos cargos de Conselheiro ou Ministro de Tribunal de Contas.

2.6 O Ministério Público de Contas

Conforme mencionado anteriormente (ver 2.1.2), a previsão do Ministério Público de Contas no texto constitucional atual significou um avanço, pois passou a dispor expressamente sobre o regime jurídico aplicável a seus membros. Nos textos anteriores (1967, art. 73, § 5º; e 1969, art. 72, §5º) havia a menção expressa ao órgão ministerial como provocador da atuação do Tribunal de Contas, diante de ilegalidade de qualquer despesa. Não obstante, em nível infraconstitucional, desde o Decreto n. 1.166, de 17.12.1892, por meio do qual efetivamente fora instalado o Tribunal de Contas no Brasil, já havia a previsão da atuação de um representante ministerial junto ao colegiado, repetida na legislação superveniente. Em verdade, a criação dos Tribunais de Contas no Brasil está atrelada à criação do Ministério Público de Contas.

À luz do contexto constitucional passado (1969), Carlos Ayres Britto já se manifestava pela distinção entre o Ministério Público comum e o Ministério Público de Contas, afirmando

existir um *Parquet* tradicional, que atuaria junto ao Poder Judiciário, e outro de natureza especial, cujo ofício se dava perante os Tribunais de Contas.¹⁵⁵

Além disso, para o autor, a existência do Ministério Público de Contas operaria como um fator de autonomia dos colegiados de contas, em atenção ao princípio constitucional da probidade, sendo especialmente necessária sua presença – na qualidade de órgão rigorosamente jurídico – diante da inexistência de obrigatoriedade de formação jurídica para seus membros.¹⁵⁶

É o entendimento de José Afonso da Silva também, para quem o Ministério Público de Contas é instituição autônoma em relação aos demais ramos do Ministério Público, repelindo a tese de que seria mera representação do *Parquet* comum nos TCs, sendo esse o entendimento prevalecente no STF.¹⁵⁷

Em relação à autonomia (institucional) do Ministério Público de Contas, há sérias divergências. Isto porque o STF, ao julgar a ADI n. 789, embora tenha reconhecido a instituição como órgão de extração constitucional, estabeleceu que o MPC estaria inserido na “intimidade estrutural” das Cortes de Contas, às quais seria vinculado administrativamente. Não obstante, reconheceu as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição, que seriam vocacionadas à proteção deles no desempenho de suas atividades junto às Cortes de Contas, submetendo os membros do *Parquet* especial, de acordo com o art. 130 da CR, ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum.¹⁵⁸ Este posicionamento foi reiterado nas ADIs n. 160,¹⁵⁹ 2.884¹⁶⁰ e 2.378.¹⁶¹

¹⁵⁵ BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas: órgãos distintos. **Revista de Direito Público**, n. 69, jan./mar. 1984, p. 32-44.

¹⁵⁶ BRITTO, 1984. p. 43.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 28.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Adin. Lei n. 8.443/92. Ministério Público junto ao TCU. Instituição que não integra o Ministério Público da União. Taxatividade do rol inscrito no art. 128, I, da Constituição. Vinculação administrativa a Corte de Contas. Competência do TCU para fazer instaurar o processo legislativo concernente a estruturação orgânica do Ministério Público que perante ele atua (*cf.* art. 73, caput, *in fine*). Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária. Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar. Inteligência da norma inscrita no art. 130 da Constituição. Ação Direta improcedente. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 789. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF 26 maio 1994. **Diário da Justiça**, 19 dez. 1994.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1 - Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas. Não lhe confere, a Constituição Federal, autonomia administrativa. Precedente: ADI 789. Também em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam

Percebe-se, pois, que a referida decisão, ao mesmo tempo que assegurou as garantias subjetivas aos membros do MPC, para lhes preservar a independência funcional, retirou da instituição a autonomia necessária à efetivação dessas garantias individuais. É difícil admitir que não sejam interligadas a autonomia institucional e a independência funcional do membro ministerial, de modo a comporem um todo voltado ao exercício eficaz da função ministerial. De igual forma ocorre com o Ministério Público comum, o Poder Judiciário e os próprios Tribunais de Contas, não se cogitando atribuir apenas aos seus respectivos membros a independência funcional, sem dotar as respectivas instituições que integram de autonomia administrativa e financeira.

Observe-se que mesmo com tais garantias de ordem institucional não são raras as vezes em que se intenta constranger a atuação independente dos membros ministeriais pela via do cerceamento da autonomia administrativa e financeira da instituição. Apenas para exemplificar, cita-se situação ocorrida recentemente no Estado de Alagoas e amplamente divulgada. Após a investigação do Ministério Público Estadual (em conjunto com o Ministério Público de Contas) foram ajuizadas ações na Justiça estadual, que resultaram no afastamento de diversos parlamentares da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, sob a

(Constituição, artigos 130 e 75). 2 - Tribunais de Justiça. A eles próprios compete (e não ao Governador) a nomeação dos Desembargadores cooptados entre os Juizes de carreira (Constituição, art. 96, I, c). Precedentes: ADI 189 e ADI 190. Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vagas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento, do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal. Inconstitucionalidade, por igual, da dispensa de exigência, quanto aos lugares destinados aos advogados e integrantes do Ministério Público, do desempenho de dez anos em tais atividades. Decisões tomadas por maioria, exceto quanto à prejudicialidade, por perda de objeto, dos dispositivos transitórios referentes à instalação da Capital e à criação de municípios do Estado do Tocantins. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 160. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, DF, 23 abr. 1998. **Diário da Justiça**, 20 nov. 1998.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta De Inconstitucionalidade. A questão pertinente ao Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas estadual: uma realidade institucional que não pode ser desconhecida. Conseqüente impossibilidade constitucional de o Ministério Público Especial ser substituído, nessa condição, pelo Ministério Público comum do Estado-Membro. Ação direta julgada parcialmente procedente. Os Estados-Membros, na organização e composição dos respectivos Tribunais de Contas, devem observar o modelo normativo inscrito no art. 75 da Constituição da República. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 2884. Autor: Partido Progressista. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2 dez. 2004. **Diário da Justiça**, 20 maio 2005.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado. Instituição que não integra o Ministério Público comum do Estado-Membro. Conseqüente inaplicabilidade, ao Ministério Público Especial, das cláusulas constitucionais, que, pertinentes ao Ministério Público comum, referem-se à autonomia administrativa e financeira dessa instituição, ao processo de escolha, nomeação e destituição de seu procurador-geral e à iniciativa de sua lei de organização. Alcance e significado do art. 130 da Constituição da República. Transgressão desse preceito constitucional pelo Estado de Goiás. Inconstitucionalidade do § 7º do art. 28 da Constituição Estadual, na redação dada pela EC nº 23/1998 promulgada pela Assembleia Legislativa local. Ação Direta julgada procedente. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 2378. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 maio 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 set. 2007.

suspeita de malversação de recursos públicos, bem como a realização de busca e apreensão na sede do Poder Legislativo. Poucos meses após o ocorrido, em iniciativa sem precedentes, o Parlamento, ao apreciar a proposta de lei orçamentária enviada pelo Poder Executivo, decidiu por reduzir o valor destinado no orçamento ao Ministério Público Estadual, definido anteriormente em conjunto com os demais Poderes, resultando, surpreendentemente, em quantia menor do que a prevista no exercício financeiro anterior.¹⁶²

Destarte, não obstante a relevância da decisão do STF, diversos doutrinadores compreendem a questão de outra forma. José Afonso da Silva defende que o MPC possui dita autonomia como decorrência do fato de ser órgão de extração constitucional. Sua configuração jurídico-institucional lhe confere, segundo o autor, fisionomia institucional própria. Assere ser o signo linguístico junto, previsto no art. 130 da CF, indicador de proximidade, mas fora, afastando a ideia de integração. Cita, a título de exemplo, a previsão da Lei complementar n. 75/93, da atuação do Procurador-Geral da República junto ao STF (art. 46) ou do Procurador-Geral do Trabalho junto ao Tribunal Superior do Trabalho (art. 90). Ao mencionar no art. 130 da CR os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, teria mencionado instituição que já existia no ordenamento jurídico, conforme referido anteriormente, desde o século retrasado. Para o autor, deve-se assegurar favor da instituição MPC autonomia administrativa como condição necessária ao exercício pleno da independência pelos membros do *Parquet* especial.¹⁶³

Neste sentido, igualmente, é o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos, para quem o MPC, tal como o Ministério Público comum, seria dotado de autonomia institucional. Assevera que, interpretado literalmente apenas o art. 130 da CR, não possuiria tal autonomia, mas numa interpretação sistêmica, à luz do princípio da eficácia integradora, deveria o dispositivo ser cotejado com outros, a exemplo dos arts. 73, § 2º, inc. I, e 127, inc. I e II, da

¹⁶² A respeito desses fatos, consultar: JUSTIÇA determina afastamento dos integrantes da mesa diretora da ALE. **G1 Alagoas**, Maceió, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2013/10/justica-determina-o-afastamento-dos-integrantes-da-mesa-diretora-da-ale.html>>. Acesso em: 14 fev. 2014; JUSTIÇA de Alagoas determina busca e apreensão na Assembleia Legislativa. **G1 Alagoas**, Maceió, 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2013/11/justica-de-al-determina-busca-e-apreensao-na-assembleia-legislativa.html>>. Acesso em: 14 jan. 2014; MUTIIS, Fabiana de. MP de Alagoas considera ilegal redução do orçamento feito pela ALE. **G1 Alagoas**, Maceió, 28 jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2014/01/mp-de-alagoas-considera-ilegal-reducao-do-orcamento-feito-pela-ale.html>>. Acesso em: 14 fev. 2014; e ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP). Nota de repúdio. **Notícias**, Brasília, DF, 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=2880>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

¹⁶³ SILVA, José Afonso. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 29-31.

CF. Disto resultaria, para o autor, a atribuição ao MPC da capacidade de livre exercício funcional, capacidade de autoadministração, capacidade de auto legislação, capacidade orçamentário-financeira e capacidade de auto-organização.¹⁶⁴

Questão importante suscitada por Pontes de Miranda, a respeito do Ministério Público de Contas, é que as respectivas regras jurídicas não seriam propriamente de organização do Tribunal de Contas. Para o jurista, à luz do texto constitucional de 1967/1969, cuja disciplina era menos abrangente do que a atual, “o Ministério Público perante o Tribunal de Contas não é parte do Tribunal de Contas”.¹⁶⁵

Juarez Freitas, igualmente, defende a autonomia da instituição do Ministério Público de Contas mediante a aplicação do art. 127, § 2º, da CF, não admitindo o afastamento do regime autêntico do Ministério Público comum. Defende a cumulatividade da autonomia da instituição com a independência funcional, a fim de ser assegurada a mais ampla autonomia dos agentes. O autor, inclusive, vislumbra no julgado do STF na ADI n. 328-3 a evolução no entendimento da Corte, que teria passado a atribuir a autonomia também à instituição e não apenas aos seus membros, ao se mencionar, no voto do relator, que o MPC seria órgão dotado de estrutura própria.¹⁶⁶ Contudo, a rigor, no referido julgado, o objeto da demanda era a possibilidade de Procuradores da Fazenda virem a exercer a atividade ministerial perante o Tribunal de Contas do Estado. O STF, na ocasião, acertadamente, definiu tratar-se de carreira específica, a ser provida mediante concurso público próprio, sendo vedada a transmigração de servidores de outras carreiras para atuarem no MPC.¹⁶⁷ No entanto, não se pode afirmar com segurança ter havido alteração no entendimento consagrado desde a ADI n. 789.

O tema será em definitivo delimitado no âmbito da Suprema Corte por ocasião da apreciação da ADI n. 4.725, na qual se discutirá a constitucionalidade da concessão de

¹⁶⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 1211-1213.

¹⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 256.

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. Ministério Público de Contas. Parquet Especial. Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional. CF, art. 130 - alcance e significado. Vitaliciamento. Disciplina e avaliação pelo próprio MP de Contas. Caso especial dos primeiros membros. Atividade de corregedoria exclusiva e intransferível dos membros da Carreira do MP de Contas. Escolha do Procurador-Geral. Obrigatória lista tríplece dentre integrantes da Carreira. **Parecer**. Porto Alegre, 2 set. 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ba.gov.br/mpc/manifestacoes-do-mpc/pareceres/51-ministerio-publico/doutrina>> e em <http://mpc.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/Parecer_Juarez_Freitas.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2014.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Santa Catarina. Dispositivo segundo o qual os Procuradores da Fazenda junto ao Tribunal de Contas exercerão as funções do Ministério Público. Inadmissibilidade. Parquet especial cujos membros integram carreira autônoma. Inconstitucionalidade reconhecida. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 328. Autor: Procurador Geral da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 mar. 2009.

autonomia administrativa, financeira e orçamentária ao Ministério Público de Contas de Roraima, por meio de emenda à Constituição do Estado.¹⁶⁸

Além disso, em recente decisão, o Conselho Nacional do Ministério Público também deu valiosa contribuição a respeito da definição dos principais aspectos jurídicos relacionados ao MPC. Ao responder à consulta n. 843/2013-39, formulada pela Ampcon, questionando se o Ministério Público de Contas e seus membros estariam sujeitos ao controle do CNMP, reconheceu em favor do MPC a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro, cuja atuação extrajudicial não o descaracterizaria como tal, mas apenas o identificaria como órgão extremamente especializado. No acórdão, relatado pela Conselheira Taís Schilling Ferraz, reconheceu-se a necessidade de se acompanhar a gradual aquisição de autonomia administrativa e financeira pelo MPC, de molde a assegurar o pleno e independente exercício de suas atividades pelos seus membros. Traçou, inclusive, um paralelo com o Ministério Público Eleitoral, que, além de não estar previsto no art. 128 da CF, não disporia de estrutura nem de quadro permanente de membros, mas que não tem questionada a sua natureza jurídica ministerial. Desta forma, a vinculação de índole histórica do MPC aos TCs não poderia conduzir ao entendimento pela descaracterização do MPC como órgão ministerial, até porque a dependência maior ou menor em relação aos tribunais já fora vivenciada pelos demais órgãos do Ministério Público.¹⁶⁹

De mais a mais, a presença de um órgão ministerial atuando junto aos Tribunais de Contas confere à atuação dessas Cortes maior legitimidade, porquanto, assim como ocorre no Poder Judiciário, a atividade é desenvolvida em paralelo com a atuação de um órgão autônomo e independente cujo compromisso é com a defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

Segundo Monique Cheker, a especialidade da matéria objeto de apreciação pelos Tribunais de Contas tornou obrigatória a previsão de um órgão do Ministério Público independente, destinado à defesa de uma ordem jurídica específica, bem como do regime

¹⁶⁸ SUSPENSO julgamento de ADI que discute autonomia do MP de Contas de RR. **Notícias STF**, Brasília, DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=203201>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Consulta. Controle externo pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Natureza jurídica. Funções institucionais. Garantias e vedações dos membros. Autonomia funcional já reconhecida. Autonomia administrativa e financeira em processo de consolidação. Consulta respondida positivamente. Acórdão na consulta n. 843/2013-39. Autora: Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Relatora: Taís Schilling Ferraz. Brasília, DF, 7 ago. 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 ago. 2013.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente relacionados ao controle contábil, financeiro e orçamentário da Administração Pública.¹⁷⁰

Para a autora, deve o *Parquet* especial manifestar-se verbalmente ou por escrito em todas as matérias submetidas à decisão das Cortes de Contas, relacionadas às finalidades institucionais do MPC; promover a defesa da ordem jurídica, inclusive para requerer o sequestro de bens dos responsáveis; dar conhecimento à Corte de infração penal ou violação de norma legal de que tenha conhecimento no exercício de suas atribuições; remeter às demais autoridades cópias de peças para a efetividade da legislação vigente. Ressalta que a atuação do MPC pode se dar tanto como *custos legis* quanto interessado, ao provocar a atuação da Corte.¹⁷¹

Demais disso, à luz da teoria dos poderes implícitos,¹⁷² Cheker defende a utilização pelos membros do MPC dos instrumentos previstos nas respectivas leis orgânicas, sem os quais não seria possível exercer com fidelidade seu mister. Para a autora, a referida teoria, inspirada do caso paradigmático *McCulloch versus Maryland*, julgado pela Suprema Corte americana em 1819, estabelece que as competências e poderes estabelecidos na Constituição não devem ser interpretados como se estivessem detalhados de forma específica e exauriente, mas se reconhecendo que as competências e atribuições dos órgãos e agentes públicos alcançam todos os poderes necessários e apropriados ao seu efetivo exercício. Desta forma, seriam instrumentos necessários ao exercício da função ministerial o poder de requisitar documentos, informações, exames e perícias a autoridades; requisitar serviços temporários de servidores e meios materiais necessários à realização de atividades específicas; requisitar informações e documentos a entidades privadas; realizar inspeções e diligências investigatórias; dispor de livre acesso a qualquer local público ou privado; expedir

¹⁷⁰ CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 240-243.

¹⁷¹ CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 243-244.

¹⁷² Essa teoria já foi utilizada pelo STF, ao apreciar o mandado de segurança n. 24510, sendo expressamente invocada nos votos dos Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello. No caso discutia-se a possibilidade de o TCU emitir providimentos cautelares para determinar a suspensão de certame, independentemente de expressa previsão no texto constitucional. Segundo o Min. Celso de Mello, a atribuição de poderes explícitos supõe que se reconheça ao TCU a titularidade de meios voltados à utilização das medidas cautelares necessárias para assegurar a efetividade de suas deliberações finais, neutralizando casos de lesividade atual ou iminente ao erário. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. Acórdão no mandado de segurança n. 24510. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

notificações e intimações; ter acesso a banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; e requisitar apoio de força policial.¹⁷³

Cumpra ao Ministério Público de Contas zelar também pela observância dos direitos e garantias fundamentais nos processos de contas, em especial o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Nenhum outro órgão que não integre o Poder Judiciário atua com a participação obrigatória do Ministério Público como *custos legis*. Isso confere às decisões das Cortes de Contas uma característica única a diferenciá-las dos demais órgãos que proferem decisões administrativas em geral, aproximando-a dos Tribunais judiciais. A ausência de atuação ministerial, portanto, deve ser interpretada como causa de nulidade, pois viola disposição constitucional expressa a exigir a atuação do Ministério Público perante tais Cortes.

¹⁷³ CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 244.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Inicialmente, será examinado o conceito de políticas públicas, a partir do estudo de diversos autores, para, em seguida, compreender-se como pode ocorrer o controle sobre tais fenômenos, bem assim suas críticas. Como não poderia ser diferente, a análise tratará do controle judicial de políticas públicas, visto que esse tema foi especificamente estudado pela doutrina brasileira após a Constituição de 1988, fornecendo material importante para o presente trabalho.

Ao final, a partir da definição do que são políticas públicas e de como seu controle pode ocorrer, será apurado como ocorre a atuação dos Tribunais de Contas neste contexto, fazendo uso do estudo realizado no capítulo anterior. Será comparada a atuação judicial sobre políticas públicas em relação à atuação dos TCs, a fim de se identificar eventuais vantagens e se há a efetiva contribuição das Cortes de Contas para a concretização de políticas públicas.

3.1 Definição de Políticas Públicas

Para o atendimento do escopo deste trabalho já foi alcançado o primeiro objetivo, com base no estudo do papel constitucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Neste instante, é preciso avançar para compreender o que são as políticas públicas, como condição para a análise do papel de tais Cortes no controle delas.

A princípio, será objeto de estudo a obra de Maria Paula Dallari Bucci¹⁷⁴ – nas quatro subseções seguintes –, a quem se dará especial atenção por ter almejado, por meio de vasta produção doutrinária, compreender, do ponto de vista jurídico, o que são políticas públicas, sem prejuízo de abordar, também, a contribuição de outros autores sobre o tema, no intuito de fornecer uma visão ampla do fenômeno.

¹⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002; _____. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49; BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260; BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

3.1.1 Políticas públicas e o direito público

A definição jurídica de políticas públicas não é tema novo, nem foram poucas as tentativas de lhe atribuir um conceito. Em quatro obras dedicadas ao tema, Maria Paula Dallari Bucci enfrentou diversos aspectos relacionados às políticas públicas, inclusive a tentativa – frustrada – de formular um conceito jurídico.

Na primeira obra, ora analisada,¹⁷⁵ Maria Paula Dallari Bucci buscou transformar metodologicamente o direito administrativo, de modo que no lugar do ato administrativo, serviço público ou outras categorias singulares, fosse a política pública o referencial, transformando-a em um instituto jurídico propriamente dito. Questiona se seria possível propor uma nova organização do direito público em torno da ideia de política pública, vinculando a ação administrativa aos fins decididos de forma política e devidamente qualificada como tal pelo direito.

Para a autora faltaria um parâmetro de limites positivos, um referencial mais completo ou consistente acerca de quais são as diretrizes para as escolhas abertas ao administrador público. Esta lacuna poderia ser ocupada pelas políticas públicas juridicamente qualificadas. Deste modo a definição de interesse público deixaria de caber isoladamente ao agente público, mas decorreria de uma opção consciente dos cidadãos, da procura de metas coletivas e definidas, opção informada pelo conhecimento dos meios disponíveis para o alcance de tais metas, que a elas passariam a estar vinculados.

Disso pode-se inferir que para a autora o foco nas políticas públicas teria como justificativa fornecer limites positivos à discricionariedade, de modo a garantir o gestor com opções e não apenas limitações.

A partir da definição dos contornos entre os limites positivos e negativos o direito administrativo teria, para Bucci, o seu âmbito de ação redefinido no espaço entre as proposições legais e a execução das políticas. O desafio atual seria a coordenação para a execução das políticas, pois haveria uma profusão de leis e normas de cunho declaratório que não encontram eficácia. O “poder coativo” se perderia no espaço estatal entre os momentos da decisão e execução.

Embora na referida obra não tenha sido seu objeto principal construir uma definição de políticas públicas, mas a rearticulação do direito público em torno da ideia de política

¹⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

pública, para as finalidades do seu trabalho propôs um conceito, como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹⁷⁶

Ao intentar a construção de um conceito de política pública em direito, a autora relata as dificuldades da empreitada. Por ver na política pública um construto social e um construto de pesquisa, suas fronteiras teriam sempre um componente aleatório. Além disso, alerta que as omissões também podem desempenhar um papel relevante na definição de uma política pública.

Partindo da distinção de Dworkin entre políticas e princípios, no sentido de que as argumentações jurídicas daquelas tenderiam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva, enquanto a dos princípios um direito individual, vê nisso um caminho para superar a norma geral e abstrata como referência central do aparelho burocrático e introduzir no direito público o conceito de política pública como programa de ação.¹⁷⁷ Não obstante, afirma que o modelo das políticas públicas proposto não resultaria na exclusão da legalidade, mas a convivência com este. Em sua proposta, a realização de políticas públicas deve observar os parâmetros de legalidade e de constitucionalidade, implicando que devem ser reconhecidos pelo direito e gerar efeitos os atos e omissões que a integrem.

Política pública não se confundiria com as categorias normas e atos jurídicos, mas, inovando na tradição jurídica, a sua noção operacional se aproximaria do conceito de atividade, entendida como conjunto organizado de normas e atos voltados à concretização de um fim estabelecido.

Outro aspecto relevante seria a ausência de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo ordenamento jurídico, decorrente das diversas formas como a figura das políticas públicas é referida na legislação, além da existência de programas instituídos por atos administrativos ou pela combinação de atos administrativos.

Embora com ela não se confunda, a autora vê uma aproximação entre as noções de política pública e plano. Isto porque nem sempre a política pública se exprime no instrumento jurídico do plano, que é a lei, na qual são estabelecidos os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições para implementá-la.

¹⁷⁶ BUCCI, 2002.p. 241.

¹⁷⁷ BUCCI, 2002.p. 253.

Ademais, destaca que para a compreensão das políticas públicas seria necessário entender também o regime das finanças públicas, devendo o Estado planejar seu orçamento anual e suas despesas de capital e programas de duração continuada.

Outra visão importante trazida por Bucci é a compreensão das políticas públicas como “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”.¹⁷⁸ Neste sentido, de processo de formação do interesse público, teria ligação com o tema da discricionariedade, sendo determinado interesse reconhecido como público quando assim for qualificado pela lei ou pelo direito, da mesma forma que no processo de formação da política pública como dado de direito, sancionando “determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa”.¹⁷⁹

Desta forma, defende que as políticas públicas seriam uma forma de controlar previamente a discricionariedade, porquanto se exige a apresentação dos pressupostos materiais informadores da decisão. Vê como propício o processo de elaboração da política pública para explicitar documentos e pressupostos da atividade administrativa, viabilizando o controle posterior dos motivos.

Para afastar o obstáculo da participação dos cidadãos na administração e permitir o contraste pleno das atividades administrativas, entende ser necessário que o conceito de processualidade seja aberto em três momentos. O primeiro – formação – consiste na apresentação dos pressupostos técnicos e materiais. Em seguida, o da execução, compreendendo as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. Por fim, o da avaliação, seria o terceiro momento do processo de atuação da política pública, no qual se daria a apreciação de seus efeitos, sociais e jurídicos, à luz do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis em vista dos pressupostos invocados.¹⁸⁰

Destaca Bucci, ainda, que a conexão das políticas públicas com o direito administrativo se dá pelo fato de que as diretrizes da política e os objetivos de um programa não são princípios de ação, mas vetores para implementação concreta de determinadas ações que levarão a resultados desejados. Desta forma, os atos, contratos, regulamentos e operações materiais, mesmo em relação às competências discricionárias, não devem exprimir uma decisão isolada e pessoal do agente público, mas “escolhas politicamente informadas que por

¹⁷⁸ BUCCI, 2002.p. 264.

¹⁷⁹ BUCCI, 2002.p. 264.

¹⁸⁰ BUCCI, 2002.p. 266.

essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar”.¹⁸¹ Assim, a formulação da política seria um processo, e os programas de ação do governo as decisões decorrentes desse processo.

Em relação à competência para formular políticas públicas, Bucci destaca ser relativamente tranquilo o entendimento de cumprir ao Poder Legislativo estabelecer as grandes linhas, as diretrizes, os objetivos, as opções políticas, sob a forma de leis, para execução pelo Poder Executivo. Não obstante, ressalta que o caráter diretivo dos planos ou programas enseja deixar uma parcela da atividade de formação da política pública a cargo do Poder Executivo, de modo que a nitidez entre os dois centros de atribuições não é tão precisa por ocasião da realização concreta delas. Assim, embora programas de longo prazo, cuja realização ultrapassem um governo, demandem leis de plano, a fim de conciliar o princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e governabilidade, os programas de ação ou programas de governo, a seu ver, não podem ser impostos pelo Legislativo ao Executivo. Assevera ser mais adequado, hoje, diante do fenômeno da normatividade do Executivo, pensar na realização das políticas públicas pelo Poder Executivo, por sua própria iniciativa, seguindo diretrizes e limites estabelecidos pelo Poder Legislativo.

Bucci aborda também o problema da justiciabilidade das políticas públicas, diante da interpenetração das atividades legislativa, governativa e executiva. Questiona se o cidadão teria direito de exigir judicialmente a execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos, e como o Judiciário poderia provocar a execução de tais políticas. Traz inicialmente três casos de ações civis públicas voltadas à proteção do meio ambiente, especificamente para obrigar o poder público ao tratamento de efluentes da rede pública de esgoto antes do despejo em rios e em manancial de abastecimento da cidade. Segundo a autora, o controle nesses casos seria descabido, pois teria o Judiciário discriminado entre tantas urgências da comunidade, escolhendo uma dentre várias para que fosse atendida, sem cabimento na ordem político-social. Entende que a Administração não poderia fazer nada que não estivesse contido em seus recursos e segundo as previsões programáticas e orçamentárias. Dos julgados destaca a controvérsia a respeito do significado da discricionariedade administrativa, oscilando ora como liberdade de escolha de prioridades, ora como possibilidade de escolha de meios para realizar a finalidade da lei.¹⁸²

Outra abordagem interessante dá-se em relação à forma de controle possível nos casos de ações administrativas feitas com base numa política pública pressuposta, um “não-plano”.

¹⁸¹ BUCCI, 2002. p. 267-268.

¹⁸² BUCCI, 2002.p. 272-278.

Como exemplo, traz o caso do MEC que, por meio do seu Conselho Nacional de Educação, teria contrariado a exigência legal que estabelece a obrigatoriedade de, no mínimo, um terço de mestres e doutores no corpo docente das universidades (art. 52, inc. II, da Lei n. 9.394/96), com base na “política de diversificação” do sistema de ensino superior brasileiro, não formalizada em nenhuma norma ou documento jurídico.

A partir daí, defende ser possível considerar a existência de uma categoria de “políticas públicas não escritas”, revelada não em documentos oficiais, mas “no estrangulamento de verbas orçamentárias, no bloqueio de contratações de pessoal, no congelamento de salários, na canalização de verbas para setores concorrentes”.¹⁸³ Sem apontar respostas, questiona como se daria o controle nesses casos.

Importante indicar, entre as conclusões da autora, a reafirmação da submissão da autoridade à lei e da submissão da autoridade ao controle judicial, de resultados, políticos e sociais, com vistas a uma satisfatória prestação de contas pelo governo e administradores ao povo. Defende uma legalidade mais vigorosa, menos dispersa por formalismos e mais informada por uma dimensão material. Desta forma, conclui que os controles posteriores exercidos sobre a atividade administrativa pelo Ministério Público, Tribunais de Contas e Poder Legislativo devem dar ênfase ao aspecto material dessa atividade, tendo por base o processo de formação do interesse público e o compromisso da Administração Pública com esse processo.¹⁸⁴

3.1.2 Um conceito jurídico de políticas públicas

Em outro trabalho, Maria Paula Dallari Bucci dedicou-se especificamente à formulação de um conceito jurídico de políticas públicas.¹⁸⁵

Partindo de uma definição provisória, ampliada ao final de sua obra, a autora definiu política pública como “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados”, para fazer um panorama das expressões jurídicas de políticas públicas.¹⁸⁶

Aduz que no direito brasileiro existiria grande número de normas gerais, leis-quadro, tendo por objeto instituir políticas setoriais, tais como a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Apesar de ela dispor sobre fins, objetivos, princípios, diretrizes,

¹⁸³ BUCCI, 2002. p. 277-278.

¹⁸⁴ BUCCI, 2002. p. 279-280.

¹⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

¹⁸⁶ BUCCI, 2006. p. 11-22.

instrumentos e sistema, não tratou dos meios nem resultados ou metas a serem alcançados. Não obstante, entende ser possível considerar como suporte de uma política pública por organizar os meios estruturais para a concretização das disposições estabelecidas nos arts. 23, inc. VI e VII, e 235 da CF/88.

Menciona também existirem leis que sem fazer menção expressa a política realizam concretamente o fim de uma política pública, tal como a MP n. 213/04, convertida em Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos, ao regulamentar a imunidade do art. 195, § 7º, da CF para entidades educacionais beneficentes e disciplinar a isenção tributária para os demais participantes. Apesar de não estabelecer marcos temporais ou resultados, concretizam um programa de inclusão de alunos pobres em universidades privadas, estabelecendo condições estruturais para o ingresso.¹⁸⁷

Por não conter metas ou resultados, característica definidora por excelência da política pública, segundo a autora, o que poderia ser sucedâneo disso é a “impressão digital governamental”, tratando-se de um programa com vetor nítido de inclusão social via aumento de oportunidade de acesso ao ensino. No entanto, do ponto de vista jurídico, nada mais seria que a regulamentação de hipótese de imunidade para instituições beneficentes ou isenção para instituições com ou sem fins lucrativos, passando a assumir no sistema jurídico feição permanente. Após a implantação, nada indicaria que era uma política pública, sendo uma lei qualquer do ponto de vista do direito.¹⁸⁸

Daí avança na definição de política pública como “um programa ou quadro **de ação** governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.¹⁸⁹

No plano constitucional, o destaque inicial dado pela autora é para os instrumentos orçamentários: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, consideradas as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência. Tal vocação já vinha desde o art. 2º da Lei n. 4.320/64, ao se referir à “política econômico-financeira” e a “programa de trabalho do Governo” como razão de ser da LOA.

No caso da saúde ressalta a importância da estruturação de prestações estatais, ordenada de forma inédita pela Constituição no Sistema Único de Saúde, com vistas a

¹⁸⁷ BUCCI, 2006. p. 13.

¹⁸⁸ BUCCI, 2006. p. 13-14.

¹⁸⁹ BUCCI, 2006. fl. 14.

alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico. O SUS não seria um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, com objetivo de coordenar a atuação governamental em diversos níveis, para atingir as diretrizes estabelecidas.

Outro exemplo de política estaria na Emenda Constitucional n. 29/2000, que teria assegurado recursos mínimos para a saúde. Bucci afirma ser inquestionável tratar-se de política pública, por ser um programa com resultados definidos, pelo aumento da vinculação de recursos à efetivação do direito à saúde.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, criado pela Emenda Constitucional n. 14/1996,¹⁹⁰ seria outro exemplo de política pública com suporte constitucional. Neste fundo haveria a vinculação das receitas da educação com vistas à universalização do atendimento à educação fundamental e remuneração condigna do magistério, estabelecendo melhorias da prestação do direito à educação.

A autora também faz distinção entre as políticas cujo horizonte seria amplo, de décadas, chamadas políticas de Estado, e outras que seriam parte de um programa maior, as políticas de governo. Se adotasse o critério do suporte normativo, as políticas previstas na Constituição seriam com certeza de Estado e as legisladas provavelmente de governo. Contudo, afirma Bucci, esse é um critério falho.

Em nível infraconstitucional e infra legal, a autora dá outros exemplos de políticas públicas, como o Plano Diretor, Normas Operacionais Básicas de Saúde, diretivas adotadas pela União Europeia e o decreto que instituiu o Plano Nacional de Saneamento.

Haveria também programas instituídos por atos administrativos ou que resultariam da combinação desses atos. Cita como exemplo os sistemas de transporte municipal, cujo formato jurídico dos contratos de concessão podem atender mais às companhias ou aos usuários de ônibus, conforme a política pública de transporte municipal. Ainda a política de nacionalização de insumos e bens, como a encomenda de plataformas de exploração de petróleo pelo governo como incentivo à indústria nacional e à criação de empregos, consistiriam em políticas públicas. Essas situações seriam exemplos de *soft law*, em que a atuação se faz não pela coerção estatal, mas pela indução à ação predefinida, como “Estado-incidentador”.

¹⁹⁰ Depois tornou-se Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, nos termos do art. 60 do ADCT.

Em suma, Bucci afirma ser possível traçar linha divisória mais rígida entre as políticas dos textos normativos e as políticas públicas, programas de ação governamental despidos de suas roupagens jurídicas. Nem tudo que a lei denomina política seria política pública. A exteriorização da política pública não teria padrão jurídico uniforme, dificultando o trabalho sistemático. O objeto seria multiforme, com grandes áreas de interseção com outros domínios científicos.

Na conclusão do referido trabalho, a autora formula uma proposta de conceito jurídico de políticas públicas, considerando que competiria à política vislumbrar o modelo, contemplar os interesses, arbitrar conflitos, equacionar o tempo, distribuindo as expectativas, e ao direito cumpriria conferir a expressão formal e vinculativa. Sem embargo, considerando o princípio clássico da legalidade, o Estado somente poderia agir com base em habilitação legal. Para Bucci, a realização de políticas públicas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, implicando o seu reconhecimento pelo direito e a geração de efeitos dos atos e omissões que constituem cada política pública. O conceito de política pública proposto inicialmente por Bucci foi “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹⁹¹

Contudo, para a autora esse conceito carecia do aspecto processual. Transcrevendo citação de John Kingdon, defende que a elaboração de política é feita por um processo onde há, ao menos: (i) definição da ordem do dia/programa de trabalho (agenda); (ii) especificação das alternativas das quais será feita uma escolha; (iii) uma escolha de autoridade entre as alternativas especificadas, como no processo legislativo ou numa decisão presidencial; e (iv) a implementação da decisão. A partir daí a autora evoluiu seu conceito para:

Política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹⁹²

¹⁹¹ BUCCI, 2006.p. 38.

¹⁹² BUCCI, 2006.p. 39.

O conceito é composto por três elementos: ação-coordenação, processo e programa.

O elemento “programa” seria um termo equívoco e controvertido, a ponto de alguns preferirem o uso de *outputs* da atividade política, eliminando a necessidade de se adotar uma forma específica de ação administrativa. Contudo, a utilidade do termo seria individualizar unidades de ação administrativa relacionadas aos resultados que se pretende alcançar. Na literatura específica, programa corresponderia ao conteúdo propriamente dito de uma política pública, o delineamento geral da política.

Em seu núcleo estariam os objetivos concretos da política, e nas camadas internas os elementos operacionais (instrumentos) e os elementos de avaliação. Nas camadas externas os elementos instrumentais e procedimentais, os arranjos político-administrativos, os meios financeiros e outros recursos.

Para a autora, o direito financeiro brasileiro teria adotado a figura do programa como base para a elaboração do orçamento nos termos do art. 25 da Lei n. 4.320/64.

A dimensão material da política pública estaria contida no programa, especificando os objetos e os meios. Se bem construídos, devem apontar os resultados pretendidos, com o respectivo intervalo de tempo. Esses parâmetros seriam úteis para avaliar os resultados da política pública após a sua implementação.

O programa conteria, portanto, os dados extrajurídicos da política pública. Os instrumentos de formalização jurídica da política podem explicitar mais ou menos claramente os termos do programa. Quanto mais próximos estiverem, maior a condição de efetivação jurídica da política. A isso Bucci denomina “modelagem jurídica”.¹⁹³

Outra nota característica da política pública seria corresponder a um programa **de ação**. Nela ressalta-se a dimensão da eficácia social, da efetividade. O seu ideal não se esgotaria na validade, na conformidade de seu texto com o regramento jurídico. O ideal seria atingir seus objetivos sociais, obtendo determinados resultados em certo espaço de tempo. Além disso, pensar em política pública seria pensar em coordenação na atuação dos poderes em seus diferentes níveis.

Bucci trata ainda do processo como sequência de atos voltados a um fim agregado ao elemento do contraditório, conferindo no contexto da formulação de políticas públicas uma inequívoca dimensão participativa. Outro aspecto do elemento processual seria a consideração sistemática do fator temporal.

¹⁹³ BUCCI, 2006. p. 43.

Ao final do segundo trabalho estudado, Bucci afirma ser difícil sintetizar num conceito uma realidade multiforme como a das políticas públicas, que carrega elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, como dados econômicos, históricos e sociais. A melhor contribuição que se poderia dar é fornecer um conjunto de referências aos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração dos veículos jurídicos das políticas públicas, “modelizando” a ação administrativa.

A autora considera plausível considerar que não haja um conceito **jurídico** de políticas públicas, mas apenas um conceito que serve aos juristas de guias para o entendimento das políticas públicas. Não haveria propriamente um conceito jurídico, pois as categorias de sua estrutura conceitual são próprias ou da política ou da administração pública. Conclui que se não há conceito jurídico há, certamente, uma metodologia jurídica, cujas tarefas seriam descrever, compreender e analisar as políticas públicas, concebendo as formas e processos jurídicos correspondentes.

3.1.3 Metodologia jurídica de análise de políticas públicas e fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas

No terceiro trabalho estudado, Bucci aborda o tema da metodologia jurídica de análise de políticas públicas.¹⁹⁴

Logo no início desse trabalho a autora revela que, apesar da dedicação com um grupo de pesquisadores à busca de um conceito jurídico de políticas públicas, a empreitada restou infrutífera, por se tratar de uma noção, por definição, interdisciplinar. Além disso, seria um **equivoco** equiparar política pública e programa, pois, na pirâmide da teoria da administração, programas de ação governamental seriam o ponto inferior mais baixo, inferior às estratégias e às políticas. A partir daí passou a adotar um conceito, para uso em direito, estipulado como “arranjos institucionais complexos”.¹⁹⁵

O objetivo do artigo de Bucci foi estabelecer uma metodologia ajustada ao trabalho jurídico a fim de compreender e descrever determinada ação governamental de acordo com as categorias do direito, analisando seu processo de formação e implementação. O sucesso dessa metodologia jurídica teria o condão de esclarecer as formas de incidência dos controles,

¹⁹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260.

¹⁹⁵ BUCCI, 2008.p. 226.

judiciais ou não, sobre os elementos que integram a política pública ou as omissões a ela relacionadas.

Parte da convicção de que a noção de políticas públicas é útil na compreensão de fenômenos jurídico-institucionais, sendo necessário estipular com qual sentido essa noção será utilizada. Isto permitiria relacionar diversas componentes aparentemente diversas e um trabalho mais prospectivo do que retrospectivo. A teoria do direito, nos moldes da predominância do direito privado, tem o foco dirigido ao momento da aplicação da lei. Ainda está por ser construída uma teoria geral do direito público que analise e sistematize o que ocorre no Estado antes da edição da lei ou o processo que leve à decisão do projeto de lei, bem como as mediações necessárias para a efetivação das disposições constitucionais.¹⁹⁶

A autora destaca a abordagem multidisciplinar e o método para análise das componentes jurídicas, fixando premissas, premissas negativas e diretrizes metodológicas.¹⁹⁷

A primeira premissa seria considerar as políticas públicas como arranjos institucionais complexos, “expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins”.¹⁹⁸ Ou ainda um aglutinado de dados e processos, arranjos que não estão dados, mas são construídos pela observação. A dificuldade seria recortar cada política e estabelecer o que deve ser objeto do estudo.

Outra premissa é ter a decisão governamental como problema central da análise de políticas públicas, considerando que as decisões relevantes para a definição destas são tomadas no seio do poder governamental, dependendo o balanço da parcela que recai entre Executivo e Legislativo de diversos fatores.

A terceira e última premissa, considerando ser as políticas públicas um constructo de pesquisa, consiste em adotar, para fins de análise, os arranjos institucionais que atendam aos requisitos da ação racional, estratégica e em escala ampla como identificadores de políticas públicas.

Assim, desloca-se do plano central da análise às situações de não-ação, utilizadas apenas em contraste ao objeto estabelecido como central. A estratégia, intrínseca à ideia de política pública, compreende a ação do governo, numa direção definida racionalmente, os passos em que se desdobra a ação, certa clareza a respeito dos atores envolvidos e as relações entre eles.

¹⁹⁶ BUCCI, 2008. p. 248-250.

¹⁹⁷ BUCCI, 2008. p. 250-258.

¹⁹⁸ BUCCI, 2008. p. 251.

Acrescenta, ainda, que as políticas públicas se caracterizam pela amplitude de escala, excluindo-se as decisões de alcance individual ou muito restrito, no que se refere aos beneficiários, situando-se no espaço intermediário entre as decisões estruturais do processo de planejamento e as decisões de alcance individual ou de grupos, que caracterizam a atividade jurisdicional típica.

As premissas negativas apontadas por Bucci seriam três. A primeira é que as políticas públicas não poderiam e não deveriam ser reduzidas às decisões jurídicas com as quais se relacionam, sendo equívoco tomá-las como sinônimos de direitos sociais, de base constitucional. Nem mesmo as medidas concretas de implementação do direito podem ser qualificadas como tal. À exceção do SUS e do Fundeb, a Constituição não conteria políticas públicas, mas apenas **direitos** cuja efetivação, sim, se daria por meio delas. Logo, política pública não seria sinônimo de direito, nem se reduziria a disposições jurídicas. Considera como ponto de partida que os arranjos institucionais complexos considerados políticas públicas são conformados pelo direito, mas a ele não se reduzem.

A segunda é que as políticas públicas permanecem como categoria de análise e estruturação da atuação do Estado, mesmo superado o paradigma do Estado do bem-estar social. Embora essa noção tenha sido forjada no contexto do Estado Social, esse paradigma teria sido irreversivelmente incorporado ao modo de atuação do Estado pós-liberal.

A terceira e última premissa negativa considera que as políticas públicas não se reduziriam às políticas sociais. Bucci propõe uma abordagem voltada indistintamente para políticas de infraestrutura ou quaisquer outras em que haja a ação do governo como condutora de decisões que venham a moldar relações com o mercado e a sociedade civil. Não haveria, do ponto de vista da estrutura e da dinâmica jurídicas, razões para segregar as políticas sociais. Seriam espécie do gênero de ações governamentais baseadas em estratégia de prestação de serviços, indução e fomento, cujo enfrentamento metodológico é o mesmo.

Ao final, indica quatro diretrizes metodológicas, a começar por não criar um direito das políticas públicas. Afirma que justamente a maior riqueza seria permitir observar o processo decisório sob diversas óticas combinadas, dentro e fora do direito. Demonstrando mea-culpa, dá razão à crítica por ter proposto inicialmente a reorganização do direito público a partir da noção de políticas públicas, entendendo que estas não configuram um conceito jurídico.

Outra diretriz seria não tomar a noção de política pública como categoria jurídica, porquanto seria uma armadilha conexas com a anterior e encapsularia a noção de políticas públicas numa categoria jurídica artificial.

A terceira diretriz implica realizar aproximações com campos ou temas estabelecidos na teoria jurídica, como no direito econômico, administrativo, financeiro e processual, sem perder de vista aproximações com os temas correlatos da ciência política e da ciência da Administração Pública.

A última diretriz consistiria em formular uma metodologia geral, a partir da sistematização de estudos de caso, com base na análise na estruturação e no funcionamento jurídico de políticas públicas selecionadas. Propõe estudar, sob o prisma jurídico, políticas públicas voltadas à implementação do direito à saúde, à educação, à assistência social, à segurança pública, dentre outras, comparando a institucionalização de cada uma delas e analisando estratégias jurídicas de conformação e de implementação, a partir da observação de experiências concretas.

Desta forma, entende que a tônica deve recair não sobre o direito subjetivo, o acesso ao direito, como o de ter oportunidade de se educar, ter acesso à assistência à saúde, mas à forma de organização das estruturas jurídicas estatais que tornam eficaz o exercício de tais direitos. Vê como praticamente obrigatória a observação dos modelos concretos para a análise de políticas públicas.¹⁹⁹

3.1.4 Teoria jurídica das políticas públicas

Na quarta e mais recente obra de Bucci, a autora enfatiza a necessidade de se estabelecer um método como condição inafastável para desenvolver um trabalho sistematizado e estruturado de análise jurídica de políticas públicas. Entende que a dificuldade em se conceituar o fenômeno, diante de seu caráter complexo, multifacetado e transdisciplinar, poderia ser superada pelo estudo sistemático baseado num método de análise jurídica cujas premissas e diretrizes já foram referidas anteriormente.²⁰⁰

O objetivo da referida obra seria compreender governo enquanto instituição jurídica, pois, a seu ver, esse é o fundamento necessário para a elaboração de uma teoria das políticas públicas lastreada pelo direito. Propõe, neste sentido, planos diversos de análise, os quais permitiriam confirmar a existência do poder como aspecto central do Estado, mas sem olvidar outras influências em sua atuação. No plano mais próximo, o microinstitucional, a categoria epistemológica “processo” seria o referencial para compreender como as decisões

¹⁹⁹ BUCCI, 2008. p. 258.

²⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 289-290.

governamentais seriam formadas e executadas. Numa distância maior, no plano mesoinstitucional, a referência seria a categoria “instituições”, para a compreensão da dimensão objetiva da ação governamental, revelada nos arranjos institucionais, que têm abrangência coletiva.²⁰¹

Bucci assevera ainda, diante do fato de não existir uma essência ou traço identificador universal do fenômeno políticas públicas, a importância do desenvolvimento de um método que contemple, complementarmente, a utilização da dedução e da indução, o pensamento por problemas e a inserção deles num sistema. A técnica do estudo do caso seria especialmente adequada para esse exame, e o tratamento sistematizado de políticas públicas, mediante a elaboração de conjuntos de casos comparáveis, teria o condão de conferir profundidade ao método. O material de análise deveria ser colhido em dois níveis, um primeiro para a descrição precisa e a compreensão do caso, e um segundo para o isolamento das variáveis e observação dos efeitos de cada uma.²⁰²

3.1.5 Outros estudos relevantes sobre a definição de políticas públicas

Além de Bucci, outros autores também buscaram compreender o fenômeno das políticas públicas e sua interligação com o direito. A contribuição de todos fornece elementos imprescindíveis para a tentativa de defini-las.

Em estudo dedicado ao juízo de constitucionalidade sobre políticas públicas, Fábio Konder Comparato acentua que o conceito de política, no sentido de programa de ação (política pública), somente seria objeto de atenção recentemente porque antes da Revolução Industrial, durante o período em que diversos conceitos jurídicos habituais utilizados habitualmente foram formados, aquele fenômeno era inexistente ou de menor importância.²⁰³

Comparato distingue política, como programa de ação, de norma e de ato, asseverando que ela – política pública – engloba-os, consistindo numa **atividade**, ou seja, num “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.²⁰⁴ O conjunto de normas e atos relacionado à determinada política pública é, portanto, unificado em torno da finalidade. Isoladamente, eles – atos, decisões ou normas integrantes – teriam natureza heterogênea e seriam submetidos ao seu próprio regime jurídico. Desta forma, o

²⁰¹ BUCCI, 2013. p. 291-292.

²⁰² BUCCI, 2013. p. 292-303.

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2002, p. 6.

²⁰⁴ COMPARATO, 2002. p. 6.

juízo de validade de uma política pública não coincidiria, a seu ver, com o juízo relativo às normas e atos dela integrantes. Determinada lei, relacionada a uma política pública específica, pode ser declarada inconstitucional sem que esta o seja. De igual modo, o autor defende que uma política pública pode ser considerada inconstitucional e seus atos ou normas integrantes não o serem em si mesmos.²⁰⁵

Ronald Dworkin, ao lançar seu “ataque geral” ao positivismo, na versão de H. L. A. Hart,²⁰⁶ faz a distinção entre regras, princípios e políticas. Para o autor, o padrão política (*policy*) corresponde àquele que estabelece um objetivo a ser alcançado, como um avanço em termos econômicos, políticos ou sociais em favor da comunidade, enquanto princípios seriam padrões a ser observados não por serem concernentes a uma melhoria econômica, política ou social desejável, mas por um imperativo de justiça, equidade ou moralidade.²⁰⁷

Partindo da premissa de que o direito administrativo teria, em seus duzentos anos de existência, evoluído de uma postura nitidamente liberal para uma visão sócio liberal, como um “sistema de garantias dos direitos fundamentais dos administrados”, Diogo Figueiredo de Moreira Neto acentua a mudança do enfoque tradicional do controle de legalidade restrito ao ato administrativo, passando a abarcar o complexo de atos que compõem o processo administrativo. Indo além, as mudanças teriam chegado ao ponto de surgir uma nova categoria jurídica denominada políticas públicas, considerada como um complexo de processos, vinculados finalisticamente, iniciando-se com o planejamento e orçamento até a execução.²⁰⁸ Essa visão contempla o entendimento de Bucci, em seus primeiros trabalhos, já mencionado anteriormente, da relevância do processo para a compreensão das políticas públicas.²⁰⁹

Outro conceito abrangente e que, em certos aspectos, toca em elementos já mencionados por outros autores é o de José dos Santos Carvalho Filho, para quem políticas públicas seriam “as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas

²⁰⁵ COMPARATO, 2002. p. 7-8.

²⁰⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 56-58.

²⁰⁹ BUCCI, 2002. p. 264-269; BUCCI, 2006. p. 38-39, 44-46.

perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”.²¹⁰

Decompondo o conceito, Carvalho Filho explica que as diretrizes seriam pontos básicos, a partir dos quais a ação estatal teria origem; as estratégias o modo de implementação das ações ou os meios para o cumprimento das metas; as prioridades corresponderiam às metas selecionadas e cuja execução ocorrerá antes das demais; e as ações corresponderiam à atuação efetiva com objetivo de alcançar os fins estabelecidos. O autor trata, ainda, dos elementos mobilizadores ou responsáveis pelas políticas públicas, como sendo tanto as demandas sociais, políticas e econômicas, quanto os anseios das coletividades, consistindo esses nos resultados que poderão satisfazer a sociedade.²¹¹

Ressaltando o desafio da compreensão do significado de políticas públicas, Maria Coeli Simões Pires compreende o fenômeno como “conjunto de diretrizes e metas de ação e de prioridades alocativas do Estado”,²¹² visão bem próxima àquela de Carvalho Filho.

Patrícia Helena Massa-Arzabe enfatiza, por sua vez, o **aspecto temporal** das políticas públicas, compreendendo não poderem se confundir com práticas e programas desenvolvidos num curto lapso temporal, como os voltados à satisfação de ânimos pré-eleitorais. Incorporando a ideia de atividade de Comparato, a autora propõe um conceito detalhado:

[...] as políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental, estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.²¹³

Outras contribuições relevantes para o tema das políticas públicas podem ser extraídas da obra de Vanice Regina Lírio do Valle. Trabalha, inicialmente, com um conceito de política

²¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 110-111.

²¹¹ CARVALHO FILHO, 2008. p. 110-111.

²¹² PIRES, Maria Coeli Simões. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 178-179.

²¹³ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62-63.

pública como “decisão formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”.²¹⁴

No entanto, entende ser mais recomendável que adotar um conceito único, partir para a análise de elementos comuns presentes na maioria das escolas dedicadas ao estudo do tema. Neste sentido, destaca ser a omissão tão relevante quanto a ação, devendo ser distinguido o que o governo pretende fazer do que ele realmente faz; envolverem todos os níveis de governo, não estando restritas a atores formais; não se limitarem aos instrumentos formais de agir do poder; possuírem finalidade específica (objetivo), correspondendo a um curso de ação intencional; e compreenderem um processo em desenvolvimento, a abarcar não apenas a decisão aprovando determinada lei ou projeto, mas as fases subsequentes de implementação, apoio e avaliação.²¹⁵

Duas características são destacadas por Valle, a multiplicidade de atores, possibilidades e meios de concretização e atuação, além do *continuum*, concernente à continuidade de ações (ou omissões), de modo que políticas públicas expressariam, para a autora, “decisões [...] que se constroem a partir do signo da multiplicidade, e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro de efeitos e obrigações”.²¹⁶

Neste cenário, o aspecto temporal tem bastante relevo na análise de Valle, especialmente na seara do controle de políticas públicas. Menciona ser necessário conhecer o tempo fixado pela administração para alcançar o resultado esperado, para só então efetuar qualquer juízo de (in)adequação a respeito do resultado. Tal aspecto não poderia ser desconsiderado, em especial nas atividades de controle. As fases das políticas públicas – problema, diagnóstico, solução, estratégia, recursos e execução – guardam, a seu ver, relação com o tempo, pois tanto o conhecimento das experiências passadas influencia na identificação do problema e diagnóstico, quanto a definição da solução, da estratégia e dos recursos a serem utilizados envolve a análise do tempo presente, além da execução, voltada para o futuro. Desta forma, não seria possível dissociar qualquer avaliação de sua relação com o tempo.²¹⁷

Gustavo de Mendonça Gomes também se ateu ao problema da definição de políticas públicas, em obra dedicada ao seu estudo na perspectiva da abordagem jurídica. Partilhando

²¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 35-36.

²¹⁵ VALLE, 2009. p. 36-37.

²¹⁶ VALLE, 2009. p. 37.

²¹⁷ VALLE, 2009. p. 44-45.

da dificuldade de encontrar um conceito definitivo, entende ser mais produtivo o estudo dos elementos essenciais das políticas públicas, de modo a permitir identificar quando há uma política pública ao perscrutar o sistema jurídico nacional.²¹⁸ O autor adota como parâmetros “a existência de uma finalidade legalmente erigida, organização, tempo, distribuição de competências, diretrizes, recursos financeiros e um efetivo cumprimento do quanto previsto”.²¹⁹

3.1.6 Definição de políticas públicas: considerações finais

Aspecto importante das políticas públicas é a compreensão de que elas poderiam fornecer limites positivos à discricionariedade do gestor público. Partindo da premissa de que faltaria um parâmetro de limites positivos acerca das diretrizes para as escolhas abertas ao administrador, Bucci vê em seu estudo uma possibilidade de tornar a definição do interesse público uma opção consciente dos cidadãos e não apenas uma escolha isoladamente feita pelo agente público. Além disso, as políticas públicas seriam uma forma de exigir a apresentação dos pressupostos materiais informadores da decisão. O processo de elaboração destas políticas deveria compreender a formação, mediante apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, a execução, compreendendo as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação, e a avaliação dos efeitos sociais e jurídicos de cada escolha.

Esta ideia vai, de certo modo, ao encontro da concepção de Andreas J. Krell a respeito de interesse público. Para o autor, o termo legal do interesse público não formaria um conceito normativo dedutível de algo preestabelecido a partir da simples cognição interpretativa do agente público. Seria o resultado de um processo de decisão política, uma tarefa permanente de concretização, exercida por órgãos e entidades competentes, por meio de procedimentos legalmente fixados e com a importantíssima participação da sociedade civil. Contudo, um conceito meramente processual, no sentido de ser aquilo que fora contemplado numa decisão produzida validamente, independentemente de seu conteúdo, não seria satisfatório. Atualmente seriam enfatizados aspectos substantivos, sobretudo direitos fundamentais. Seria mais convincente a linha teórica que o vê surgir ao longo de um processo gradual de confronto de preferências grupais ou sociais submetidas a princípios definidos

²¹⁸ GOMES, Gustavo de Mendonça. **Uma abordagem jurídica das políticas públicas**: elementos formadores, base legal e controle pelo judiciário. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade de Federal de Alagoas, Maceió, 2013. p. 9-11. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/handle/123456789/1357>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

²¹⁹ GOMES, 2013. p. 142.

previamente. Destarte, seria uma categoria intermediária. A síntese normatizada de interesses da sociedade. Embora não tenha o monopólio de defini-lo, o poder estatal deveria garantir a participação das populações interessadas nos respectivos procedimentos administrativos.²²⁰

Crítica importante apresentada por Krell consiste na diferenciação bastante propagada na doutrina brasileira entre interesse público primário e secundário. Defende o autor que tal distinção pode conduzir ao equívoco de que o bem comum possa ser definido por parte da sociedade civil e não por órgãos estatais constitucionalmente definidos para essa finalidade.²²¹ Até porque, conforme bem acentua, é questionável a ideia de que o interesse público decorra de uma unanimidade social ou um consenso coletivo, porquanto a sociedade não formaria um bloco coeso. Em diversas áreas surgem variados conflitos como na saúde (ex.: células tronco), educação (ex.: cotas raciais), segurança pública (ex.: redução da idade penal) etc.²²²

Desta forma, nem se admite a escolha pessoal e despótica do administrador público, desprovida de fundamentação e ao arrepio das normas constitucionais e legais, nem se pode, a título de defender o “interesse público primário”, querer fazer prevalecer o interesse de parcela da sociedade civil, definida a partir de critérios arbitrários, sobre as opções legítimas dos personagens constitucionalmente indicados como protagonistas do processo de formação das decisões relacionadas a políticas públicas. Por isso a importância do estudo das políticas públicas como forma de compreender o fenômeno necessário à concretização de direitos fundamentais, definindo o papel do agente público e da sociedade nesse processo, à luz das escolhas políticas consagradas no texto constitucional. O início do trabalho consiste, portanto, em definir a expressão políticas públicas.

Contudo, a definição rigorosa do sentido jurídico de políticas públicas encontra dificuldades praticamente intransponíveis. Isto ocorre porque as formas pelas quais o poder público busca atuar na concretização do interesse público – por ele imaginado – são as mais variadas possíveis, não ocorrendo um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo ordenamento jurídico. Além do mais, como visto, podem-se compreender políticas públicas tanto como o processo de escolha do objeto da atuação estatal e dos meios que serão utilizados para alcançar esse fim, ou como o produto acabado desse processo, o programa de ação.

²²⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125-129.

²²¹ KRELL, 2013.p. 151.

²²² KRELL, 2013. p. 136-137.

Por diversas vezes, a compreensão de que determinados arranjos constituem uma política pública depende de uma visão ampla da realidade, não circunscrita ao aspecto jurídico. Conforme destaca Vanice Regina Lírio do Valle, nem sempre as políticas públicas se limitam aos instrumentos formais de agir do poder.²²³ Em verdade, nem todos os elementos que nos fazem conferir a um conjunto de atos e normas o sentido de políticas públicas ingressam no mundo jurídico, sendo tema marcado pela interdisciplinaridade.

Basta relembrar exemplo anteriormente citado,²²⁴ referente à política pública educacional voltada ao acesso de alunos de baixa renda e de professores da rede pública de ensino a instituições de ensino superior.²²⁵ A Lei n. 11.096/2005, instituidora do Programa Universidade para Todos, não estabelece marcos temporais ou metas, elementos relevantes e considerados por muitos autores como integrantes da definição do termo políticas públicas, conforme mencionado anteriormente (ver 3.1.5). A estruturação do programa deu-se mediante a regulamentação legal da imunidade do art. 195, § 7º, da CF e a instituição de isenções, estabelecendo benesses tributárias para entidades beneficentes de assistência social no ensino superior ou que aderirem ao programa, mediante o atendimento de determinadas exigências.

Não obstante, embora elementos relevantes para a caracterização de uma política pública, como a sua delimitação temporal e a definição das metas pretendidas, não constem das normas instituidoras do programa, representa indubitavelmente uma política pública de inclusão social. Por esse meio almeja-se, presumidamente, fomentar o nível educacional de parcela da população que, em princípio, teria maior dificuldade de arcar com os custos de uma educação de nível superior em instituição privada, bem como daqueles que, tradicionalmente, prestam serviços educacionais para a população de baixa renda, ou seja, os professores da rede pública de ensino. Se efetivamente há a melhoria do nível educacional, mediante a formação adequada do indivíduo em curso superior de qualidade, ou apenas o acesso formal ao ensino superior, é questão outra a ser colocada do ponto de vista da avaliação da política pública, mas não de sua compreensão como sendo uma política pública.

²²³ VALLE, 2009. p. 36-37.

²²⁴ BUCCI, 2006.p. 13.

²²⁵ Nos termos dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, e 2º, da Lei n. 11.096/2005, as bolsas serão concedidas integralmente a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 1 (um) salário mínimo e 1/2 (meio); ou parcialmente a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 3 (três) salários mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação. Além disso, as bolsas serão destinadas a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral ou portador de deficiência, nos termos da lei. Aos professores da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, as bolsas serão concedidas independentemente da renda.

Isto não significa, por certo, a exclusão do modelo da legalidade, mas apenas o reconhecimento de que há conceitos que fogem dos limites jurídicos impostos pelo direito positivo. Deve-se ressaltar, portanto, a reafirmação da submissão da autoridade à lei e, em especial, à Constituição, bem como ao controle, seja judicial, seja externo.

O problema de se definir rigidamente políticas públicas é deixar de fora da análise/controlar aspectos que podem ocorrer previamente à definição do programa, ou seja, durante a fase de formação, outros que poderão surgir durante a execução do programa, além daqueles posteriores ao programa, o seu resultado final ou esperado. Por outro lado, ampliar demasiadamente essa definição poderia ensejar também a perda de sua utilidade.

Não obstante, é possível compreender políticas públicas como uma atuação estatal **organizada** e em **ampla escala**, sem forma jurídica preestabelecida, direcionada a determinado **fim** estabelecido pelo poder público. O que confere unidade ao conjunto é a atuação organizada e a finalidade que se pretende alcançar e que nem sempre estará expressamente demonstrada em instrumentos jurídicos.

Ao inserir na proposta a organização da atuação, pretende-se afastar atos dispersos do Estado que, embora passíveis de controle, não estejam inseridos no contexto amplo de uma política pública, mas sejam meros atos isolados da administração, tais como a reforma de uma escola específica ou a pavimentação de determinada rua.

A finalidade é o que move a organização da atuação para determinado objetivo amplo, que se supõe em conformidade com o interesse público, apesar das dificuldades de conceituação dessa expressão, conforme acima mencionado. Via de regra, correspondem a avanços de ordem econômica, política ou social em favor da sociedade, conforme lição de Dworkin.

A escala ampla busca afastar do exame a atuação estatal de escopo individual ou restrito, enquanto a inexistência de forma jurídica preestabelecida decorre tanto da ausência de uniformidade nos padrões utilizados pelo poder público para implementá-las, como da possibilidade de existirem políticas públicas “não escritas”, por não estarem claramente indicadas nos documentos oficiais.²²⁶

A adoção de uma definição **ampla** pretende abarcar todas as formas possíveis de políticas públicas e manter a sua utilidade prática. Como exemplo, há o caso citado por Bucci da concessão do serviço público de transporte coletivo.²²⁷ Uma licitação direcionada mais ou

²²⁶ BUCCI, 2002. p. 277-278.

²²⁷ BUCCI, 2002. p. 257.

menos à modicidade das tarifas ou à taxa de retorno das concessionárias ou à arrecadação de recursos por meio do valor da outorga consubstancia uma escolha política nem sempre revelada expressamente nos instrumentos de formalização jurídica da política, ou seja, na modelagem jurídica eleita.

A finalidade e a atuação organizada relacionadas a determinada política pública devem sempre estar de acordo com a lei e com a Constituição, embora a finalidade almejada nem sempre seja explicitada por instrumentos jurídicos. O intérprete se valerá do **contexto** e de outros elementos não relacionados ao direito para dar unidade e compreender que se está diante de uma política pública – a chamada impressão digital governamental²²⁸ –, permitindo assim um melhor controle da administração.

Destarte, retomando o exemplo das concessões de transporte coletivo, é possível imaginar um controle que considere as opções feitas pelo gestor, dentre as admitidas por lei²²⁹ (menor valor da tarifa, maior oferta pela outorga etc.) e a eficiência do serviço prestado, indo além da legalidade para avaliar outros aspectos como a legitimidade e a economicidade (art. 70, *caput*, da CF), considerando a política pública como um todo.

Assim, a ênfase deve ser dada não apenas ao direito subjetivo ou ao acesso ao direito à educação, saúde etc., mas ao controle da forma de organização das estruturas jurídicas estatais por meio das quais esses direitos se tornam realidade. Neste aspecto, os Tribunais de Contas possuem instrumentos específicos de avaliação e controle sem paralelo no Judiciário, como as auditorias operacionais e o acompanhamento (ver 2.4), sendo este, em especial, útil por considerar o aspecto temporal das políticas públicas, que não pode ser negligenciado, conforme destaca Patrícia Helena Massa-Arzabe.²³⁰

Esta proposta abarca a ideia de Fábio Konder Comparato de políticas públicas como **atividade**,²³¹ constituindo o conjunto de atos e normas jurídicas a elas relacionadas uma realidade própria, ideia semelhante à de Diogo Figueiredo de Moreira Neto, de políticas públicas como complexo de atos e processos.²³² Desta forma, é possível o controle sobre cada ato ou norma isoladamente ou sobre o todo. No entanto, apenas o último seria propriamente um controle sobre políticas públicas.

²²⁸ BUCCI, 2006. p. 13-14.

²²⁹ V. art. 15 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²³⁰ MASSA-ARZABE, 2006. p. 62-63.

²³¹ COMPARATO. 2002.

²³² MOREIRA NETO, 2008. p. 56-58.

Sem querer aprofundar o tema neste momento, mas no intuito de facilitar a compreensão da ideia lançada, afirma-se, por exemplo, que há diferenças entre o controle exercido pelo Judiciário ao atender pretensão relacionada ao **direito subjetivo** à educação infantil, mediante a determinação ao poder público de promover a matrícula de menor de cinco anos em creche ou pré-escola (art. 208, inc. IV, da CF); o controle exercido pelos Tribunais de Contas em relação à (ir)regularidade em determinada licitação ou contrato para a construção de uma creche; e o controle, também exercido pelos TCs, por meio de auditorias operacionais na educação infantil. Apenas no último caso haveria propriamente o controle de políticas públicas.²³³

Por outra via, a construção do objeto de estudo por meio da metodologia jurídica sugerida por Bucci²³⁴ tem sua utilidade prática, na medida em que fornece ao operador do direito alguns elementos importantes para o estudo das políticas públicas à luz do ordenamento jurídico, permitindo recortar de cada uma o que será objeto de estudo.

As premissas sugeridas são relevantes. O atendimento aos requisitos de ação racional, estratégica e em escala ampla são compatíveis com a proposta de visão das políticas públicas como atuação estatal organizada e voltada à finalidade definida pelo poder público. A racionalidade e estratégia de atuação estão refletidas na organização da atuação. A amplitude de escala é elemento importante e deve ser considerado para afastar da construção do objeto políticas públicas as atuações estatais de alcance individual ou restrito.

Outro aspecto a ser observado é que a decisão governamental é tão relevante quanto a sua própria implementação no contexto do controle de políticas públicas. É dizer, a decisão, embora em conformidade com a Constituição e a lei, revelando-se uma opção legítima, poderá apresentar falhas em sua implementação, sendo imprescindível na análise dar ênfase a esse aspecto também.

Contudo, reduzir as políticas públicas a arranjos institucionais complexos que resultem de processos juridicamente regulados pode restringir o objeto do exame. Nem sempre tais

²³³ Cita-se, como exemplo, que adiante será aprofundado, a auditoria operacional em educação pública infantil realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, objeto do processo n. 20440/2012, apreciado na Sessão Plenária de 11.6.2013. A fiscalização teve como objetivo responder a diversas perguntas como: se a política educacional para a educação infantil de 0 a 3 anos estaria sendo planejada e executada de acordo com as diretrizes do Plano Nacional da Educação e da Lei Orgânica do Distrito Federal; se o processo de matrícula seria impessoal e transparente; e se o serviço prestado pelas creches públicas e conveniadas atende aos parâmetros mínimos exigidos pelo Ministério da Educação. Ver: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Auditoria operacional para avaliação da educação infantil pública de 0 a 3 anos no Distrito Federal**: sumário executivo. Brasília, DF, 2013_a.p. 16.

²³⁴ BUCCI, 2008, *passim*.

políticas serão objeto de um **processo** propriamente dito, nos termos propostos por Bucci com fundamento em John Kingdom.²³⁵ Embora fosse recomendável, nem sempre se observará a ordem: definição da agenda → especificação das alternativas → escolha → implementação. Na práxis verifica-se, por diversas vezes, a tomada da decisão e sua implementação sem a prévia ponderação das alternativas, reflexo da pouca profissionalização do gestor público.

Além disso, é preciso admitir, ao menos no plano teórico, a possibilidade de existirem políticas públicas em desconformidade com as finalidades previstas no texto constitucional. É dizer, a possibilidade de a atuação estatal organizada e em ampla escala ser direcionada para fim inidôneo, eleito pelo poder público. Trata-se do problema das escolhas ilegítimas, que merece atenção. Por isso, atrelar a definição de políticas públicas apenas àquelas que correspondam a interesses públicos “legítimos” reduziria o objeto e retiraria do estudo do controle de políticas públicas atividades que também devem ser controladas. Um exemplo meramente teórico seria o de se cogitar a adoção de política pública nacional de estatização de todos os meios de produção, contrariando os ditames do art. 170, inc. II e IV, e parágrafo único, da CF. Tal iniciativa, ainda que velada, mas analisada contextualmente, pelo conjunto das normas e atos jurídicos utilizados para atingir a finalidade, deveria ser estudada como uma política pública e constituir objeto de controle, embora cada ato isolado possa, em tese, parecer legítimo.

Ademais, merece destaque que esta análise não se restringe às políticas sociais, mas se estende a todas as políticas públicas indistintamente, como as de infraestrutura. A proposta da sistematização de estudos de casos também se apresenta como de grande utilidade para o aprofundamento do tema e será objeto deste trabalho no capítulo seguinte.

Mais relevante do que definir rigorosamente o significado jurídico de políticas públicas é estabelecer qual o controle possível sobre elas nesse sentido amplo (não estritamente jurídico). Alguns controles possíveis não são tão adequados ao exercício pelo Poder Judiciário quanto seriam pelos Tribunais de Contas, que têm ferramentas para realizar essa atividade com ênfase no aspecto **material** das políticas públicas. Ademais, o estudo deve ir além do exame do direito subjetivo à saúde, à educação etc., para se voltar ao modo como a **atuação** estatal se dá para viabilizar tais direitos. Este tema – controle de políticas públicas – será visto a seguir.

²³⁵ BUCCI, 2006. p. 38-39.

3.2 Controle de Políticas Públicas

Como bem destaca Alexy, uma das questões mais instigantes da atualidade é definir se e em que medida se deve conferir aos dispositivos que versam sobre direitos fundamentais a conotação de direitos a prestações. O autor sugere que a discussão é de maior intensidade quando se refere aos direitos sociais, como exemplo, ao trabalho, à moradia e à educação. Confira-se:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em sentido amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Como será demonstrado, esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado “direitos a prestações”, mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo.²³⁶

Para Andreas J. Krell, a formulação de políticas relacionadas ao cumprimento de tarefas sociais no Estado Social de Direito não seria restrita ao governo e à administração pública, cumprindo aos tribunais o controle de sua implementação. O Judiciário deveria, para o autor, ostentar uma atitude ativa na concretização de políticas públicas e dos fins sociais nelas implicados. A seu ver, uma solução possível para a questão da insuficiente destinação de verbas públicas necessárias à realização de serviços sociais se daria pela contestação e controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, pela via da ação direta de inconstitucionalidade.²³⁷

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 433-434.

²³⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 100-102.

Ainda com Krell, o sistema jurídico brasileiro teria desenvolvido uma nova visão do princípio da separação dos poderes, consistindo num marco dessa mudança a utilização cada vez mais acentuada da ação civil pública pelo Ministério Público e pela sociedade civil em defesa dos direitos difusos, também relacionados à implementação de direitos sociais pelo Estado. A seu ver, o *Parquet* teria a importante função de mediar conflitos originados na sociedade, que almeja a concretização de direitos sociais. O uso da ação civil pública seria, para Krell, o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas voltadas à concretização de direitos reconhecidos pelo texto constitucional.²³⁸

Contudo, Krell reconhece que o controle via ação civil pública esbarra, por diversas vezes, em problemas comumente verificados nos demais meios processuais, destacando que muitas vezes uma decisão simplesmente negativa, como uma interdição ou embargo, não soluciona o problema, citando o exemplo de hospitais e escolas que funcionam precariamente, não resolvendo a questão simplesmente fechá-los.²³⁹

Diante disso, defende o uso pelo Ministério Público de outros meios como o inquérito civil, a recomendação e, especialmente, o termo de ajustamento de conduta, nos quais poderiam ser discutidas condições específicas para a implementação concreta de determinada política pública, fixando-se prazos e adequando-se o orçamento, caso necessário. Assevera não existir discricionariedade a permitir ao gestor optar em termos de conveniência e oportunidade quanto ao cumprimento ou não das normas da ordem social, que ensejam a obrigação de executar políticas públicas indispensáveis à fruição dos respectivos direitos sociais. Tal liberdade residiria apenas quanto à definição da melhor **forma** para se atingir o fim estipulado no texto constitucional ou legal.²⁴⁰

Ricardo Lobo Torres defende a necessidade de se esclarecer a distinção entre mínimo existencial – ou direitos fundamentais sociais – e direitos sociais, para definir o limite da obrigatoriedade de se prever e implementar prestações pelo Estado. O autor é um crítico da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, segundo a qual os direitos sociais seriam extensão dos direitos de liberdade ou geração especial de direitos com características e fundamentos semelhantes aos direitos individuais ou da liberdade de primeira geração. Esta tese não solucionaria o problema da eficácia dos direitos sociais sem a existência de intermediação legislativa, representaria uma tentativa de substituir as políticas públicas pela

²³⁸ KRELL, 2002, p. 103-104.

²³⁹ KRELL, 2002, p. 104-106.

²⁴⁰ KRELL, 2002, p. 104-106.

subsunção no processo judicial e arrefeceria o aspecto de reivindicação que deveria ser exercido pela cidadania, dentre outras críticas.²⁴¹

Aduz Lobo que a doutrina teria evoluído, passando a adotar visão princípio lógica. Teria sido reduzida a jusfundamentalidade dos direitos sociais ao **mínimo existencial** e ao núcleo **essencial** dos direitos da justiça, passando-se a distinguir os direitos da liberdade e direitos econômicos e sociais de natureza contraprestacional. Estes apenas se tornariam direitos de liberdade se relacionados a interesses fundamentais. Além disso, haveria a defesa da implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo como caminho democrático à afirmação dos direitos sociais. Não obstante, seria admissível a **superação** do princípio da reserva orçamentária, quando ensejar contradição insuperável com o princípio da dignidade humana, caracterizando o surgimento do direito à prestação estatal jusfundamental.²⁴²

Cita, no âmbito dos estudos desenvolvidos na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o trabalho de Ana Paula de Barcellos, para quem o **mínimo existencial** compreenderia as condições básicas para a existência, constituindo-se em fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se atribui eficácia jurídica positiva. Seria constituído de três elementos materiais – **educação fundamental**, saúde básica e assistência aos desamparados – e um instrumental – o acesso à Justiça. Nesses casos, haveria **direito subjetivo** exigível perante o Poder Judiciário.²⁴³

Outra visão a respeito do controle de políticas públicas, defendida por Vanice Regina Lório do Valle, corresponde à ideia de que nos casos em que a opção constitucional recaiu sobre a **priorização** de determinado tema, mas não houve a definição precisa de qual ação concreta deveria ser efetivada, o controle deveria atuar apenas para fazer cumprir o dever primário de formulação pelos mecanismos institucionais próprios e democráticos. A seu ver, a atuação do Judiciário em substituição não restauraria a normalidade constitucional. O controle não poderia reivindicar a atuação substitutiva de determinada instância do poder dotada de arquitetura constitucional especialmente voltada à formulação de escolhas de democráticas e

²⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 66-67.

²⁴² TORRES, 2013. p. 68-69.

²⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248-258 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70.

que detém aproximação maior com o complexo de informações e relações que formarão as respectivas políticas públicas.²⁴⁴

A autora destaca ser o resultado desejável da ação de controle a recondução do destinatário inicial da competência constitucional para a definição da política pública ao **desenvolvimento regular** de suas atribuições e não reforçar a sua inatividade, retirando do responsável o ônus pelo exercício do poder, os custos políticos inerentes às escolhas públicas e à concretização de suas decisões. Deveria ocorrer o aperfeiçoamento da intervenção jurisdicional de controle, para que seja apta a, no plano imediato, afastar a violação ao direito e, no plano seguinte, induzir a recondução do poder omissivo (legislativo ou administrativo) ao cumprimento de seus deveres constitucionais, para o qual possui a especialização funcional.²⁴⁵

Neste trabalho será adotado como referência, pela qualidade da sistematização, o estudo de Ana Paula de Barcellos,²⁴⁶ para analisar as críticas comumente direcionadas ao controle de políticas públicas, bem como os objetos e modalidades de controle.

Importante destacar, ainda, que a análise dos autores pesquisados tem como referencial, via de regra, o controle exercido pelo Poder Judiciário, cuja atuação mereceu, sem dúvida, a maior parte da atenção da doutrina nos trabalhos dedicados ao tema do controle de políticas públicas nos últimos anos. Desta forma, ao final de cada seção, o exame elaborado sob a perspectiva judicial será refeito a partir do ponto de vista do controle exercido pelos Tribunais de Contas, valendo-se, para tanto, do estudo a respeito da atuação dessas Cortes, desenvolvido no segundo capítulo.

3.2.1 Críticas ao controle de políticas públicas

Em seu estudo sobre políticas públicas,²⁴⁷ Ana Paula de Barcellos examinou as críticas ao controle jurídico e a viabilidade de alguns mecanismos que em vez de esvaziarem ou substituírem o controle político-social, fossem capazes de fomentá-lo. A partir da análise de sua obra será possível constatar que algumas das críticas propostas ao controle jurisdicional de políticas públicas podem ser superadas quando o controle for exercido pelas Cortes de Contas.

²⁴⁴ VALLE, 2009, p. 66-67.

²⁴⁵ VALLE, 2009, p. 73.

²⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

²⁴⁷ BARCELLOS, 2008.

Ressalva importante a ser feita é a relativa ao trabalho de Barcellos estar voltado à concretização de direitos fundamentais, sem olvidar que existem políticas públicas destinadas a finalidades diversas, como as de infraestrutura. O seu estudo é direcionado ao aspecto da consolidação de direitos fundamentais, destacando a autora que o controle das políticas públicas voltadas à referida finalidade é decorrência lógica de três axiomas teóricos consolidados no constitucionalismo contemporâneo, quais sejam: a normatividade das disposições constitucionais sejam elas regras ou princípios, qualificadas como normas jurídicas, dotadas de pretensão de produção de efeitos e superioridade hierárquica; a centralidade dos direitos fundamentais, que teriam um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade; e, como decorrência do Estado de Direito, a submissão dos poderes públicos à Constituição, no qual o poder político encontra limites em normas jurídicas, estabelecendo vinculações mínimas aos agentes políticos, especialmente em relação à promoção dos direitos fundamentais.²⁴⁸

Considerando que a fruição de determinados direitos fundamentais depende de prestações positivas do Estado, como o acesso à **educação formal**, a prestações de saúde ou a condições de moradia, que tais ações dependem de decisões a respeito do dispêndio de recursos públicos e que os recursos públicos são limitados, Barcellos estabelece a **premissa** de que as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e promoção de direitos fundamentais.²⁴⁹

Destaca, ainda, que, diante da limitação de recursos, é necessário priorizar e escolher onde os investimentos ocorrerão, indo além de definir em que irá se gastar, mas como gastar. Tais escolhas, segundo Barcellos, não estão reservadas **integralmente** à deliberação política, porém sofrem influência direta das opções constitucionais sobre os fins a serem perseguidos prioritariamente. A depender das escolhas feitas pelo poder público, os fins constitucionais poderão ser mais ou menos atendidos, de modo mais ou menos eficiente. Dessa relação lógica conclui que a ausência de controle sobre o processo de escolha esvaziaria a normatividade dos comandos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.²⁵⁰

O problema, relata Barcellos, é que a Constituição, via de regra, não apresenta especificamente como as políticas públicas devem ser implementadas em cada caso,

²⁴⁸ BARCELLOS, 2008. p. 115.

²⁴⁹ BARCELLOS, 2008. p. 115-116.

²⁵⁰ BARCELLOS, 2008. p. 116-118.

dependendo de interpretação constitucional de forma ampla, é dizer, realizada pelos agentes públicos em geral e pela sociedade como um todo. Neste contexto decorrem as críticas sobre o controle jurídico e jurisdicional de políticas públicas que enfrenta em seu trabalho, sistematizadas em três grupos.²⁵¹

3.2.1.1 Crítica da teoria da constituição

O primeiro grupo reúne as críticas da teoria da Constituição,²⁵² que sintetiza questionando porque o direito e o Judiciário poderiam imiscuir-se em tema reservado tipicamente à política majoritária. Reconhecendo que a definição do quanto deve ser gasto, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da deliberação democrática e não do magistrado, apresenta três assertivas para justificar o controle.

Inicialmente, assevera que para ocorrer participação popular nos procedimentos de deliberação que resultam na definição de políticas públicas, é necessário assegurar antes que todos os indivíduos sejam livres e iguais. Defende que o diálogo democrático não prospera se os indivíduos não possuem condições **básicas** de existência digna. O controle social seria prejudicado em condições de pobreza extrema e sem níveis básicos de educação e informação, obstando a autonomia do cidadão. Na ausência de um controle social eficaz, as deliberações democráticas tenderiam a ser marcadas pela corrupção, ineficiência e clientelismo, minando a capacidade de as políticas públicas atingirem sua finalidade. Há gastos de recursos públicos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais evolui pouco.

A segunda assertiva defende que o espaço reservado ao direito constitucional e à política decorre das **opções** políticas inseridas no texto constitucional de cada país, que podem variar. Além disso, tais opções inseridas na Constituição também decorreram de deliberação majoritária, não sendo possível, a pretexto da defesa do espaço democrático, ignorá-las.

Ao final, na última assertiva, destaca a importância de não se criar um falso debate sobre dois extremos: colonização da política pelo direito *versus* ausência de controle jurídico sobre políticas públicas. Defende possibilidades intermediárias de controle.

Conclui que a primeira crítica – da teoria da Constituição – tem limitada aplicação em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento como o Brasil. Em muitos casos, o debate gira em torno da garantia e promoção de direitos elementares, necessários ao funcionamento da democracia. No caso brasileiro, as discussões, na maioria das vezes, se dariam num

²⁵¹ BARCELLOS, 2008, p. 118.

²⁵² BARCELLOS, 2008, p. 118-122.

momento prévio, da construção das condições necessárias à **existência** de um debate público e democrático, além de diversos temas terem sido juridicizados na Constituição de 1988. Não obstante, defere papel relevante à crítica para a contenção do “messianismo” jurídico, para que não se alimente a tentação de malversar o direito e dele fazer instrumento para afirmação de concepções políticas pessoais do intérprete.

3.2.1.2 Crítica filosófica

A segunda crítica é a filosófica.²⁵³ Questiona se seria correto supor que os juristas e magistrados tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas do que os agentes públicos escolhidos para tal missão. Não reduz a crítica à ausência de legitimidade democrática, mas de legitimidade **essencial**, no sentido de serem mais sábios, éticos ou comprometidos com o interesse público, violando o fundamento básico republicano de que a opinião de todos tem o mesmo valor.

Inicia a primeira observação a respeito da crítica abordando o contexto atual da pós-modernidade, cujos traços filosóficos contrapõem-se aos do período anterior da modernidade, o ceticismo e o relativismo, em especial o moral. Disso decorreria a impossibilidade de se descrever algo como certo ou errado, pois não existiriam consensos morais. Cada opinião seria relativa, e o seu fundamento de autoridade seria o próprio indivíduo, não uma verdade superior e independente. Daí a dificuldade de o homem pós-moderno julgar ações ou escolhas a partir de padrões morais clássicos de bom/mal, certo/errado, ou considerar opções como melhores ou piores.

Em contraposição, Barcellos aponta a inconsistência existencial do relativismo **geral**, na medida em que a experiência demonstra que as sociedades e as pessoas continuam, em boa medida, pautando-se por padrões morais clássicos. Diante da barbárie, da miséria, da violência ou da injustiça extrema, o discurso do relativismo moral absoluto perderia força. Ainda que não constituam situações extremas, assevera que a ética – pessoal, profissional e política – teria se tornado tema fundamental para a sociedade contemporânea, especialmente a ocidental.

Afirma que há espaços onde se admitem padrões ou consensos morais. Em determinado contexto pode ocorrer de nem todas as opiniões serem, independentemente do emissor, equivalentes, indiferentes ou relativas. Da mesma forma, na seara dos conhecimentos

²⁵³ BARCELLOS, 2008. p. 122-127.

técnicos ou científicos, é possível afirmar que ao longo do tempo conhecimentos foram acumulados e permitem afirmar há meios melhores e piores para se alcançar determinado fim, bem como que há meios imprestáveis. Haveria, pois, **parâmetros** a justificar que determinadas possibilidades e opiniões são adequadas e outras não, independentemente de quem as emite, mas pelo próprio conteúdo delas.

Por tais razões, exclui da crítica filosófica os casos em que há padrões e consensos morais ou conhecimentos técnicos ou científicos consolidados, assegurando, por certo, a existência de espaços amplos e importantes para as opções políticas, relativas e contingentes.

Outra observação feita é a de que o debate sobre o controle de políticas públicas pode envolver, de um lado, aspectos morais e eventualmente questões técnicas, e, de outro, questões puramente políticas e contingentes.

A primeira questão moral relacionada ao controle de políticas públicas voltadas à consolidação de direitos fundamentais seria assumir como padrão moral – e jurídico – a **centralidade** do homem e de seus direitos. Opções em políticas públicas contrárias a essa diretriz seriam moralmente erradas. O controle jurisdicional nesses casos seria ainda mais legítimo ao se agregar aos fundamentos jurídicos o moral. Contudo, opções que violem claramente o referido pressuposto moral não são recorrentes. Na maioria dos casos, quando há conexão entre políticas públicas e o referido axioma, a definição deve se desenvolver no ambiente político. Ocorre que mesmo nesse ambiente pode-se afirmar com base na experiência histórica, em conhecimentos técnicos e científicos, que há escolhas erradas ou piores que outras.

A segunda questão moral diz respeito não ao conteúdo da política pública, mas à lisura no uso de recursos públicos, à correção na implementação da política pública escolhida. Desvios de recursos e de finalidade, a corrupção e o desperdício ou a ineficiência seriam não apenas injurídicos, mas também moralmente reprováveis. Aqui **não** haveria espaço de discricionariedade política, porém espaços moralmente vinculados.

Conclui que o controle jurisdicional pode ter três fundamentos distintos e legítimos. O primeiro é a norma jurídica, fruto da deliberação democrática. No entanto, quando não for suficiente, nos casos mais complexos, embora na seara das deliberações majoritárias, o controle pode ocorrer se for possível formular um juízo consistente de certo/errado contra decisões dos poderes públicos, com fundamentos morais ou técnico-científicos. Não existindo nenhum destes três fundamentos – jurídico, moral ou técnico-científico –, incide a crítica filosófica. Caso não haja fundamento legítimo a embasar a sua opinião, sem fundamento normativo claro ou num imperativo moral ou técnico, será apenas uma opinião sem valor

intrínseco especial. Entre opiniões que se equivalem, terá mais valor aquela apoiada pela maioria, ainda que indiretamente.

3.2.1.3 Crítica operacional

A terceira crítica apresentada por Barcellos é de ordem operacional.²⁵⁴ Consiste no fato de que, mesmo se superadas as críticas anteriores, nem os juristas nem os magistrados teriam condições ou disporiam de elementos para avaliar, especialmente em demandas individuais, a realidade de uma ação do Estado inteiramente. A preocupação com a solução de casos concretos (microjustiça) teria como consequência ignorar outras necessidades também relevantes e a imposição inexorável de se ter de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas (macrojustiça). É dizer, mesmo que fosse legítimo o controle, essa crítica indica que o jurista não possuiria instrumental técnico nem informações necessárias para a análise, sem as quais corre o risco de provocar grandes distorções no sistema de políticas públicas, considerado por inteiro.

Outro problema indicado é o público atendido pelas demandas judiciais. Nem sempre seria composto pelos indivíduos das classes menos favorecidas, que, via de regra, não vão aos Tribunais. Haveria, portanto, um deslocamento dos recursos destinados a políticas públicas gerais, que beneficiariam os mais necessitados, para demandas específicas dos que, em princípio, detêm mais informação e capacidade de organização.

Barcellos reconhece que o juiz nem teria informações completas sobre as inúmeras necessidades que devem ser contempladas pelos recursos públicos ou sobre os reflexos que determinada decisão pode ensejar, nem tempo e meios suficientes para uma investigação completa, até porque não lhe caberia realizar um planejamento global da atuação do poder público.

Essa crítica, ao ver da autora, não pode ser respondida de modo simplista nem ignorada, repercutindo no controle jurídico e jurisdicional de políticas públicas, de acordo com o objeto a ser controlado e com a modalidade de controle a implantar, que serão abordados posteriormente.

²⁵⁴ BARCELLOS, 2008. p. 127-128.

3.2.1.4 Análise das críticas ao controle judicial de políticas públicas a partir da perspectiva do controle pelos Tribunais de Contas

A crítica da teoria da Constituição não prospera em relação às Cortes de Contas pelas mesmas razões já indicadas pela autora quanto ao Judiciário. O estágio atual de desenvolvimento do Brasil, que comprometeria a efetiva participação popular nos procedimentos de deliberação de políticas públicas, também atrai a atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização dos gastos públicos, não apenas no âmbito da legalidade, mas também da legitimidade e da economicidade, conferindo contornos mais profundos em seu campo de fiscalização. Este controle é essencial ao fortalecimento do diálogo democrático, pois combate diretamente a corrupção e a ineficiência, contribui para que as políticas públicas atinjam sua finalidade e fomenta o **controle social** pela divulgação de relevantes informações sobre a Administração Pública.

Segundo Célio Borja, citado por Fernandes, dos três atributos relacionados ao regime democrático, um seria diretamente ligado aos Tribunais de Contas. Paralelamente ao consentimento dos cidadãos, exigido para a legitimação do poder político, e da possibilidade de se opor os direitos individuais às pretensões dos governantes, defende que todos os atos estatais devem ter destinação pública, de modo que a prestação de contas seria tão fundamental na organização do Estado que chega a ser um dos princípios sensíveis cuja violação enseja a intervenção federal ou estadual.²⁵⁵

Como visto em 2.4, foi opção expressa do legislador – é dizer, decorreu de deliberação democrática majoritária – conferir às Cortes de Contas papel de destaque no sistema de controle estabelecido na Constituição de 1988, atribuindo-lhes, na tradição instituída desde 1934, a competência para julgamento de contas, além de inovar ao ampliar sua fiscalização para além da legalidade, abarcando a legitimidade e a economicidade das despesas públicas.

Ainda no âmbito da crítica da teoria da Constituição, é importante ressaltar ser papel intrínseco às Cortes de Contas a fiscalização da Administração Pública. Diferentemente, o Judiciário tem como essência a resolução da lide, a solução de conflitos individuais. O reconhecimento deste papel fundamental aos Tribunais de Contas contribui para um controle intermediário, sem cair nos extremos da colonização da política pelo direito ou da ausência de controle jurídico sobre políticas públicas.

²⁵⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p. 146.

Passando à crítica filosófica, Barcellos destaca com acerto a existência de padrões e consensos morais ou técnicos consolidados a permitirem o controle.²⁵⁶ Neste contexto, os Tribunais de Contas, órgãos técnicos por excelência, cuja *expertise* recai justamente sobre o controle da administração pública, dispõem de instrumentos e profissionais capacitados, via de regra, para demonstrar a existência ou não de um consenso técnico e indicar se determinada política pública escolhida é tecnicamente (in)viável para atingir determinada finalidade ou até manifestamente ineficiente. É dizer, ultrapassado o fundamento relacionado à norma jurídica ou ao atendimento da legalidade, é possível ainda avançar no controle para verificar a existência de um juízo consistente de certo/errado contra decisões do poder público, com fundamento técnico-científico.

Quanto à crítica de ordem operacional, para Barcellos ela não pode ser respondida de modo simplista; a autora faz a sua análise de acordo com o objeto a ser controlado e com a modalidade de controle. Antes de passar a esta análise (em 3.2.2), é possível afirmar, de plano, que os Tribunais de Contas detêm, em relação ao Judiciário, melhores condições de analisar a chamada macrojustiça, porquanto sua atuação, via de regra, já se pauta pelo controle global e contextualizado da administração, e não por demandas individuais ou de grupos específicos. As Cortes de Contas possuem as informações relativas ao orçamento e à execução financeira, bem como às prestações de contas dos gestores públicos. Além disso, como visto (ver 2.4), possuem instrumentos sem paralelo no Judiciário, como o das auditorias operacionais, que permitem controlar políticas públicas sob diversos enfoques, inclusive material, e com a amplitude necessária. Destarte, as eventuais interferências das Cortes de Contas em relação aos atos praticados pela Administração têm uma probabilidade maior de evitar as distorções que podem ser provocadas pelo Judiciário ao atuar em diversas demandas individuais e pulverizadas por diversos juízos, embora ainda sejam essenciais diante da omissão do poder público na concretização de diversos direitos fundamentais.

Por outra via, a crítica relacionada ao público que se beneficia das decisões judiciais não alcança as Cortes de Contas, que não necessitam de provocação para atuar. O controle a cargo delas funciona de modo independente como regra, sem embargo da provocação por particulares (art. 74, § 2º), pelo Ministério Público de Contas e outros agentes públicos. Os beneficiários são todos, a sociedade, e não apenas os indivíduos ou grupos que buscam a tutela judicial.

²⁵⁶ BARCELLOS, 2008. p. 127-128.

Desta forma, pode-se afirmar que as Cortes de Contas detêm tanto as informações completas como os mecanismos necessários para avaliar melhor os reflexos de suas decisões, quando comparadas ao controle exercido pelo Poder Judiciário, na medida em que sua gênese é voltada especificamente para esse tipo de atividade, superando com mais facilidade os argumentos atinentes à crítica operacional.

3.2.2 Objetos e modalidades de controle judicial de políticas públicas

O controle de políticas públicas varia, para Barcellos,²⁵⁷ em função de dois elementos. O primeiro é o **objeto** a ser controlado, é dizer, qual conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento. O outro elemento é a **modalidade** de controle, o ambiente processual em que a discussão será apresentada e, por conseguinte, os efeitos objetivos e subjetivos de eventuais decisões proferidas.

A autora defende cinco objetos passíveis de controle **jurisdicional**, estabelecendo o que pode ser exigível judicialmente, agrupando-os em dois grupos.

No primeiro bloco o objeto do controle é o **conteúdo** das políticas públicas. Compreende a possibilidade de controlar, em abstrato, a fixação de metas e prioridades pelo poder público, em matéria de direitos fundamentais, e, em concreto, o controle do resultado final esperado das políticas públicas de determinado setor.

No segundo bloco estariam controles relacionados a aspectos do **processo de decisão** e de **execução** das políticas públicas. Seria possível controlar a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; o atingimento ou não de metas fixadas pelo próprio poder público; e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos voltados à finalidade especificada.

3.2.2.1 Controle da fixação das metas e prioridades (em abstrato) e do resultado final esperado (em concreto)

Conforme mencionado, trata-se do controle sobre o conteúdo de políticas públicas. O primeiro objeto (fixação de metas) está na seara do orçamento e da execução orçamentária. O segundo controle (do resultado final esperado) ocorre se as metas não forem incluídas no orçamento ou não forem alcançadas.

²⁵⁷ BARCELLOS, 2008, p. 128-129.

Barcellos parte do pressuposto de que, em matéria de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, há resultados esperados exigíveis. Devem corresponder ao oferecimento de determinados bens ou serviços à população. Exemplo disso seria o direito à educação, cujas políticas públicas deverão oferecer, necessariamente, ensino fundamental gratuito a todas crianças em idade própria e adultos que não receberam, constituindo para os indivíduos direitos subjetivos. Daí destaca que a primeira obrigação seria a de incluir no orçamento a previsão de rubricas necessárias ao atendimento dessa necessidade, ou seja, de metas relativas a esses serviços. Por ser um dever jurídico, estaria passível de controle. Caso os bens não sejam oferecidos, surge a segunda possibilidade de controle, a de se exigir diretamente tais bens, para que o Judiciário determine de forma específica o oferecimento do serviço.²⁵⁸

Destaca que, por incidirem no resultado final esperado das políticas públicas, exigem sempre, previamente, a definição de que determinado bem ou serviço constitua um **direito subjetivo** e um resultado **necessário** das políticas públicas. No caso da educação, em que a Constituição é explícita, a definição é mais simples. Em relação à saúde, porém, não se poderia afirmar que toda e qualquer prestação seja devida, num mundo de recursos limitados. Daí a necessidade de se definir o resultado esperado e necessário em relação aos diversos direitos fundamentais, mas sem que o aplicador imponha sua concepção pessoal na matéria, pois eventuais excessos teriam repercussão grave sobre o equilíbrio entre a Constituição e o espaço democrático, a legitimidade do magistrado e a distorção entre micro e macrojustiças. Em suma, a autora afirma que o tema depende daquilo que será definido como resultado final esperado. Além desse limite o controle seria alvo de críticas justas.²⁵⁹

Importante advertir que tal tipo de controle, por ser mais invasivo, deve ser utilizado com maior cautela. Conforme assevera Vanice Regina Lírio do Valle, com toda razão, “a atuação tópica [...] limita-se a determinar um agir em concreto, sem compromisso maior com as etapas de implementação, e os resultados daquele mesmo agir, e nesse sentido não se traduz em mecanismo adequado de controle de políticas públicas”.²⁶⁰ Não se pretende afirmar, contudo, que não deva ser utilizado, mas apenas que para fins de controle de **políticas públicas** não é suficiente, servindo, contudo, para reparar lesão ao direito subjetivo do cidadão.

²⁵⁸ BARCELLOS, 2008. p. 129-131.

²⁵⁹ BARCELLOS, 2008. p. 129-131.

²⁶⁰ VALLE, 2009. p. 154.

Agora serão tratados os outros três tipos objeto de controle apresentados por Barcellos, indiretos e menos invasivos, que buscam **influenciar** no resultado final a ser alcançado.

3.2.2.2 Controle da quantidade de recursos a ser investido

Além dos percentuais mínimos de gastos com educação e saúde e da vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social, cujo controle seria imediato e não ensejaria maiores discussões, Barcellos defende a construção de outros parâmetros, sendo plausível imaginar **relações de prioridade** exigíveis entre gastos de diferente natureza, como a impossibilidade de gastos com publicidade superar os investimentos com saúde ou educação ou, ainda, que gastos com eventos culturais não superem determinada fração dos investimentos em educação fundamental e média etc. Contudo, alerta para a necessidade de um grande esforço de justificação em relação a percentuais ou proporções construídas pela doutrina ou jurisprudência. O grau da crítica corresponderá à consistência da **fundamentação** jurídica.²⁶¹

Destaca também alguns problemas, como a dificuldade de se obter informações sobre o real destino dos recursos públicos. Dentre os pedidos possíveis, além da condenação por improbidade, menciona a possibilidade de se determinar o investimento obrigatório de recursos inicialmente alocados em determinadas rubricas em outras vinculadas a direitos fundamentais, se isso for possível a partir do estágio da execução orçamentária. De igual modo, Barcellos vê como plausível a determinação de inclusão no orçamento do ano seguinte dos valores que deveriam ter sido gastos com direitos fundamentais, mas não o foram.²⁶²

3.2.2.3 Controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público

Neste controle Barcellos defende apenas o acesso à informação e à divulgação, relacionado ao dever de **publicidade**, não à punição do gestor por não atender às metas. Esta só se justificaria quando o poder público não tivesse tornado essas informações públicas. Seria um controle **instrumental**, e o objetivo central, obter e divulgar informação, fomentando o debate público e o controle social. Barcellos trata esse controle como um pedido de prestação de contas, cabendo ao poder público demonstrar o seu cumprimento ou justificar, mas não interferir na formulação ou execução da política pública ou punir o agente

²⁶¹ BARCELLOS, 2008, p. 131-133.

²⁶² BARCELLOS, 2008, p. 131-133.

público. A ideia seria racionalizar a gestão e incrementar o grau de responsabilidade política e social (*accountability*), fornecendo subsídios consistentes para o debate e controle sociais.²⁶³

Destaca que a Constituição exige do Presidente da República a remessa anual ao Congresso Nacional do plano de governo, no qual devem constar as metas, além de prestar anualmente as contas relativas ao exercício anterior. Além disso, há a previsão da manutenção do sistema de controle interno em cada Poder com a finalidade de avaliar o cumprimento dessas metas. Mesmo que não houvesse tal previsão, entende que a fixação de metas é exigência elementar de qualquer processo administrativo, sendo o controle dessas metas a decorrência natural da sua fixação.²⁶⁴

Embora reconheça o grave problema da ausência de metas concretas que permitam uma avaliação posterior, tornando inviável o controle, assevera que nos casos em que as metas possam ser identificadas, o pedido formulado ao Judiciário seria de solicitação da prestação de contas ou das razões que justifiquem o descumprimento.²⁶⁵

3.2.2.4 Controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos

Barcellos destaca ser a eficiência um dever jurídico imposto ao poder público pela Constituição, disso derivando a possibilidade de sua exigência judicialmente. O objeto desse controle seria apenas verificar o que foi feito com os recursos públicos destinados a determinada finalidade. Exemplifica o caso de certo ente cujo relatório de execução orçamentária contenha a declaração do investimento de um milhão de reais em saúde. O controle buscaria observar, num primeiro momento, o que foi feito especificamente com o valor investido, qual o resultado produzido. Em seguida, apurar se há uma relação de **eficiência mínima** entre os recursos investidos e o resultado apurado, para definir se o resultado concreto produzido custaria razoavelmente um milhão de reais ou teria havido ineficiência ou desvio. Aqui não haveria preocupação do quanto deveria ser gasto ou quais as prioridades, mas apenas a relação de eficiência mínima entre o valor investido e o resultado específico. Para tanto, poderia recorrer a parâmetros externos, obtidos no mercado. O magistrado, certamente, por não dispor dessa informação, irá se socorrer de peritos ou *experts*.²⁶⁶

²⁶³ BARCELLOS, 2008, p. 133-135.

²⁶⁴ BARCELLOS, 2008, p. 133-135.

²⁶⁵ BARCELLOS, 2008, p. 133-135.

²⁶⁶ BARCELLOS, 2008, p. 136-138.

Barcellos destaca, ainda, que a análise da eficiência é compreendida como um dever geral de a administração pública **otimizar** os meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis, não se resumindo à perspectiva financeira, mas englobando tempo, urgência, recursos humanos e outros ativos relevantes. Sem embargo, a economicidade, assumida como a relação custo/benefício sob perspectiva financeira, seja sempre aspecto de grande relevância e deva ser considerado no contexto da eficiência.²⁶⁷

O resultado desse controle propiciaria a produção de zonas de certeza negativa (opções claramente ineficientes), zonas de certeza positiva (opções claramente eficientes) e zonas de penumbra (dúvida), considerando sempre as circunstâncias que cercavam e pressionavam o administrador.²⁶⁸

A autora destaca que o controle da eficiência mínima das políticas públicas envolve sobretudo o exame da economicidade, pela verificação do emprego adequado dos recursos públicos na realização de direitos fundamentais, objetivando eliminar as zonas de certeza negativa, é dizer, impedir ou punir condutas **claramente** ineficientes ou a malversação criminosa.

Em relação à atuação judicial, defende, numa primeira fase, o acesso à informação, por meio de cautelar preparatória, caso necessário, e, em seguida, a aplicação das sanções, caso detectadas condutas ineficientes.

3.2.2.5 Controle judicial por modalidade: individual, coletivo e abstrato

Barcellos destaca que, via de regra, as decisões judiciais em sede de processos coletivos ou abstratos teriam a vantagem de propiciar uma maior visibilidade e de ampliar o debate, porquanto diante de um drama individual do autor a reflexão equilibrada seria comprometida. Além disso, permitem enfrentar melhor a crítica operacional, pois exigirão, naturalmente, o exame do contexto geral (macrojustiça), não verificado nas ações individuais. Por outra via, privilegiam a isonomia, mitigada pelas distorções provocadas na distribuição de bens na sociedade pelos processos individuais, evitando, ainda, a proliferação de ações individuais.²⁶⁹

²⁶⁷ BARCELLOS, 2008, p. 136-138.

²⁶⁸ Sobre as zonas de certeza e incerteza na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, ver em 2.5 a discussão sobre o controle judicial dos requisitos exigidos para o ingresso dos Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas, em especial o entendimento de Gustavo Binenbojm, Andreas J. Krell e Harmut Maurer.

²⁶⁹ BARCELLOS, 2008. p. 143-146.

A autora destaca que o controle do resultado esperado por meio de ações individuais é o mais usual no Brasil. Sem embargo, entende ser possível exercê-lo por meio de **ações coletivas**, como, por exemplo, para discutir o dever de instalar estabelecimento de ensino em determinada região e de solucionar o problema emergencial dos titulares do direito. Em sede abstrata também admite esse controle por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental da Lei n. 9.882/99, de competência do STF, ao argumento de que a omissão estaria violando preceito fundamental.²⁷⁰

O controle de fixação de metas pelo poder público seria, a seu ver, difícil por meio de ações individuais, em vista das disposições processuais atuais relativas à legitimidade. Abstratamente, caso a lei orçamentária não preveja meta obrigatória por força do texto constitucional, entende ser viável atacá-la por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou, caso não seja possível, por se entender que seria lei de efeitos concretos, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.²⁷¹

Quanto ao controle sobre a quantidade de recursos a ser investida pelo poder público, acredita que a legitimidade para ações individuais seria questionável, mas em ações coletivas seria possível, por se tratar de direito difuso. Em sede abstrata, também admite a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação por descumprimento de preceito fundamental pela violação de regra constitucional que prevê a destinação de recursos a determinada finalidade.²⁷²

Os controles pelo atingimento ou não das metas ou da eficiência mínima na aplicação de recursos seriam apropriados por meio de ações coletivas. Haveria a dificuldade da legitimação nas ações individuais. Em sede abstrata a dificuldade seria não versarem sobre deliberações vigentes, mas passadas. Ademais, tal controle poderia demandar um volume considerável de instrução probatória.²⁷³

3.2.2.6 As críticas no contexto das formas de controle de políticas públicas

Em relação aos controles das metas (em abstrato) e do resultado final esperado (em concreto), Barcellos reconhece que se referem ao próprio conteúdo de políticas públicas, consistindo, pois, numa maior invasão do espaço normalmente atribuído aos demais Poderes, atraindo com maior força as críticas antes mencionadas.²⁷⁴

²⁷⁰ BARCELLOS, 2008. p. 143-146.

²⁷¹ BARCELLOS, 2008. p. 143-146.

²⁷² BARCELLOS, 2008. p. 143-146.

²⁷³ BARCELLOS, 2008. p. 143-146.

²⁷⁴ BARCELLOS, 2008. p. 138-143.

Se o conteúdo tiver respaldo consistente no texto constitucional e tratar de bens essenciais para a dignidade humana e funcionamento do regime democrático, perdem força as críticas relativas à teoria da Constituição e a filosófica. O argumento democrático-majoritário não pode se contrapor aos parâmetros relacionados a condições básicas da própria deliberação democrática, assim como o fundamento igualitarista e relativista não supera uma opção valorativa boa, reconhecida pela comunidade no texto constitucional, como a dignidade humana e a sua centralidade no sistema jurídico estatal.

Sob o viés da crítica operacional, a autora destaca não existir macrojustiça sem microjustiça ou justiça individual, de modo que as múltiplas microjustiças acabam por formar necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da macrojustiça.

Barcellos faz uma interessante reflexão a respeito da jurisprudência brasileira, que estaria mais familiarizada com o controle do resultado final das políticas públicas, como exemplifica com as concessões de medicamentos e tratamentos médicos não disponíveis na rede pública, ao argumento de que seriam o resultado necessário de políticas públicas de saúde, um **dever jurídico**, e o não oferecimento um ilícito a ser reparado judicialmente. Para a autora, se é dever jurídico e há obrigatoriedade de fornecimento em caráter geral, seria possível impor o seu cumprimento no contexto do seu planejamento, por meio do controle das metas em abstrato, e não apenas concreto, com a vantagem de beneficiar igualmente todos e não apenas os que se socorreram do Judiciário. Contudo, ressalva, caso não seja possível inserir o fornecimento do bem como uma meta pública em abstrato, a mesma dúvida deve ocorrer a respeito de sua exigibilidade em concreto.²⁷⁵

No controle da quantidade de recursos a serem investidos, não haveria maiores questionamentos pois, como não se ingressa no conteúdo, a interferência é menor. As duas primeiras críticas não guardam muita relevância neste caso. A crítica operacional sim, teria certa relevância, pois o tema envolve a alocação de recursos em caráter geral e abstrato, antes da definição das micro e macrojustiças. A definição da macrojustiça pelos poderes públicos ou a concretização da microjustiça pelo Judiciário devem considerar a quantidade de recursos existentes e reservados para cada finalidade.²⁷⁶

Quanto ao controle de verificação das metas fixadas pelo próprio poder público, a autora descreve esse controle como “neutro” em relação às críticas, pois seu proveito é mediato, voltado ao fornecimento de subsídios para o controle social. A crítica possível

²⁷⁵ BARCELLOS, 2008, p. 138-143.

²⁷⁶ BARCELLOS, 2008, p. 138-143.

vislumbrada pela autora seria a grande quantidade de ações que poderiam ser demandadas na preparação das informações necessárias, sobrecarregando o poder público, além de mobilizar duas estruturas do Estado para o mesmo propósito: Tribunais de Contas e Judiciário. Isso poderia ser evitado com a prestação de contas adequada e pública, atuando o Judiciário apenas em caso de omissão.²⁷⁷

Encerra o cotejo entre as críticas e os controles, vistos a partir do objeto, ao tratar do controle sobre a eficiência mínima esperada, entendida como economicidade. Ressalta não se tratar do exame da propriedade ou adequação (conteúdo) da política escolhida. A eficiência mínima significaria apenas o aspecto financeiro, a relação de economicidade entre os recursos utilizados e o custo médio de mercado. Por isso as duas primeiras críticas não repercutem aqui, nem a operacional, pois não se modifica o planejamento ou a execução das políticas públicas. Apenas destaca que embora não haja no direito positivo a fixação do percentual a partir do qual haveria ineficiência mínima, não há empecilho para que tal conceito, assim como outros como superfaturamento e onerosidade excessiva, sejam integrados e aplicados em cada caso concreto.

Arremata ao afirmar que apesar de os dois primeiros controles serem mais incisivos, os demais não devem ser desprezados pela capacidade de, a médio prazo, fomentar um debate político e social, além de constituírem deveres instrumentais jurídicos impostos ao poder público (investimento mínimo em educação e saúde, prestar contas e eficiência mínima).

3.2.2.7 Análise do controle judicial de políticas públicas a partir da perspectiva do controle pelos Tribunais de Contas

Conforme observado anteriormente, Barcellos sistematizou as espécies de controle judicial de políticas públicas em controle da fixação das metas e prioridades, do resultado final esperado, da quantidade de recursos a ser investido, do atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público e da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Além disso, abordou as formas de controle judicial por modalidade: individual, coletivo e abstrato. Estes aspectos serão observados a seguir no contexto do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas.

O controle exercido pelos Tribunais de Contas é, em princípio, o mais adequado para compreender em toda a sua complexidade o fenômeno multifacetado das políticas públicas.

²⁷⁷ BARCELLOS, 2008, p. 138-143.

Estas Cortes já partem de um olhar mais amplo, contextualizado, da Administração Pública, enquanto ao Poder Judiciário, tradicionalmente, se reserva o enfoque a partir da pretensão deduzida em juízo, na maioria das vezes de cunho individual e com argumentos cerrados na existência (ou não) do **direito subjetivo**.

O controle da fixação das metas e prioridades na seara do orçamento e da execução orçamentária seria mais bem desempenhado pelas Cortes de Contas do que pelo Judiciário, por meio da arguição por descumprimento de preceito fundamental ou da ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo Ricardo Lobo Torres, faltaria ao Judiciário instrumento semelhante ao mandado de injunção americano, para compelir o Legislativo ao elaborar o orçamento do ano seguinte.²⁷⁸ Contudo, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 190.938, reconheceu tanto a legitimidade ativa do Ministério Público como a adequação da ação civil pública para tal finalidade. No caso, tratava-se do descumprimento do percentual mínimo de 25% no ensino.²⁷⁹

Sem embargo, a partir do estudo do papel dos Tribunais de Contas no Brasil (ver 2.4), também é possível defender, com base no texto constitucional, a possibilidade de atuação específica dessas Cortes para o atendimento do referido controle. Aos TCs incumbe a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em seus aspectos de legalidade e de legitimidade (arts. 70, *caput*, e 71 da CF). Além disso, detêm a competência de assinar prazo para o cumprimento da Lei (art. 71, inc. IX, da CF). Destarte, havendo um dever jurídico, tal como o mencionado no exemplo de Barcellos em relação à prestação do ensino fundamental gratuito,²⁸⁰ é de se admitir que as Cortes de Contas possam atuar nesse sentido, estabelecendo prazo para que o gestor público tome as providências ao seu alcance no sentido de inserir no orçamento metas relativas a tais serviços.

²⁷⁸ TORRES, 2013. p. 76.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Constitucional. Ação civil pública. Ministério Público. Município: aplicação, no ensino, do percentual de 25% da receita proveniente de impostos. Interesse social relevante: legitimidade ativa do Ministério Público. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212. I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido. Acórdão no recurso extraordinário n. 190938. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Município de Fortaleza de Minas. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 094, 21 maio 2009.

²⁸⁰ BARCELLOS, 2008. p. 129-130.

Com efeito, do estudo realizado em 2.4, infere-se que a elaboração de um orçamento sem a contemplação de despesas com gastos suficientes ao atendimento, por exemplo, da necessidade de criação e manutenção de escolas primárias, seria **ilegítimo** e violador da Constituição (ilegalidade). Isto porque tal prestação deve ser compreendida como integrante do denominado **mínimo existencial**,²⁸¹ além de corresponder a um dever do Estado e a um direito do cidadão, expressamente previsto na Constituição, a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, nos termos do art. 208, inciso IV, da CF (ver 4.2).

Neste cenário, cumpriria aos Tribunais de Contas, no uso da competência prevista no inciso IX do art. 71 da CF, assinar prazo para que o órgão ou entidade responsável pela instituição ou manutenção do serviço público de educação infantil tomasse as providências de cunho orçamentário e financeiro necessárias ao exato cumprimento da Constituição, assegurando a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (ver 4.2.1).

Todavia, em relação ao denominado controle pelo resultado final esperado, é difícil imaginar situação em que a Corte de Contas possa deferir diretamente ao interessado o bem da vida ou o serviço público almejados, como a concessão de medicamentos ou a obrigação de matrícula na rede de ensino pública ou, em sua falta, na privada, à custa do erário.

No entanto, é preciso definir se esse controle pelo resultado final esperado seria realmente um controle de políticas públicas, no sentido adotado neste trabalho – de atuação estatal organizada e em ampla escala, sem forma jurídica preestabelecida, direcionada a determinado fim selecionado pelo poder público (ver 3.1.6) – ou até mesmo no sentido invocado por Barcellos – de controle sobre a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²⁸²

Corriqueiramente, quando se trata do controle judicial de políticas públicas, observam-se demandas individuais voltadas, por exemplo, à concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, a partir do reconhecimento do direito fundamental à saúde, cujos titulares são todos os cidadãos.²⁸³ Nestes casos, via de regra, reconhece-se o dever de o Estado (sentido amplo) arcar com os custos desse direito e de prestar diretamente o bem da vida almejado

²⁸¹ LOBO, 2013. p. 74.

²⁸² BARCELLOS, 2008. p. 112.

²⁸³ BARCELLOS, 2008. p. 129.

(ex.: medicamento, matrícula em creche). O exame realizado pelo magistrado concentra-se, então, na confirmação dos pressupostos fáticos necessários ao reconhecimento desse direito subjetivo público em juízo, como, por exemplo, no caso de laudo médico a indicar a imperiosidade do medicamento ou tratamento buscado e da constatação da omissão estatal injustificada.

Em tais casos, portanto, o Poder Judiciário **não** aprecia a política pública em si, como, por exemplo, a existência de uma atividade organizada para o fornecimento de determinados bens ou vagas em escolas, os motivos da ineficiência da atividade estatal, a razão da falta de recursos públicos na área específica em comparação com outras áreas de menor relevância, o efetivo atendimento dos limites constitucionais mínimos de gastos em ensino e saúde, o impacto financeiro da aquisição de medicamentos sem licitação para atender à decisão judicial, a repercussão dessas aquisições reiteradas em outras políticas públicas tão relevantes quanto à judicializada, as outras formas de se tratar determinada doença, eventualmente mais adequadas ao macroplanejamento da saúde pública etc.

A atuação judicial, embora inegavelmente influencie nas políticas públicas, pela necessidade de o poder público se reorganizar para cumprir a decisão judicial, é, em verdade, mero reconhecimento do **direito subjetivo público** do beneficiário à saúde ou à educação. E não poderia ser diferente, pois o magistrado é provocado para, no caso concreto, resolver “aquela” demanda. Não há propriamente um controle sobre a política pública educacional ou de saúde do poder público, no sentido de verificar se a atuação estatal organizada atende aos ditames legais e constitucionais. Apenas busca-se reparar o dano pelo descumprimento, pelo Estado, de um **dever jurídico**. Há somente um ato a compelir o poder público a prestar determinado bem da vida ao cidadão, mas que não examina nem conforma a atuação estatal para resolver **efetivamente** a demanda da sociedade. O poder público, caso atendido o comando judicial individual, continuará **livre** para manter suas políticas públicas da mesma forma, ainda que isso continue a gerar novas ações judiciais e enseje, outra vez, a atuação no caso específico. Assim, pode-se afirmar que o controle de políticas públicas é mais **amplo** do que o mero controle do resultado final esperado.

Neste sentido, também é possível asseverar que para Ricardo Lobo Torres o chamado controle pelo resultado final não se relaciona com o controle de políticas públicas. Isto porque, para Lobo, a proteção positiva do mínimo existencial, ou seja, mediante a concessão de prestações pelo Estado em favor do cidadão, independeria de orçamento ou de políticas

públicas.²⁸⁴ Assim também acentua Vanice Regina Lório do Valle, ao destacar que a atuação tópica – limitada a determinar um agir em concreto – em nada se compromete com as etapas de implementação e resultados dessa atuação, que não é adequada ao controle de políticas públicas.²⁸⁵

Em artigo dedicado ao tema, Clarice Seixas Duarte discorre sobre a possibilidade de o direito público subjetivo ser meio adequado também para exigir e controlar políticas públicas, ante a ausência ou insuficiência das adotadas pelo poder público, e não apenas a prestação positiva individual. Tendo por foco a previsão do acesso ao ensino obrigatório e gratuito no art. 208, § 1º, da CF, assevera não existir dúvida quanto à possibilidade de, diante de lesão, ser possível exigir tal direito – ao ensino obrigatório e gratuito – contra o poder público, de forma imediata e individual. A discussão – segundo a autora – seria a possibilidade de esse direito público subjetivo abarcar o direito de exigir a realização de políticas públicas.²⁸⁶

Ao final, a autora conclui que o direito público subjetivo resguarda interesses individuais coincidentes com o interesse público, de forma que, no caso da educação, a implantação do sistema público de ensino beneficiaria não apenas aos interessados diretos, mas toda a sociedade. Por tal razão, Clarice Seixas Duarte defende que “a figura do direito público subjetivo, quando utilizada para proteger um bem que é ao mesmo tempo individual e social, deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de políticas públicas”.²⁸⁷

Desta forma, a problematização da questão pela autora também demonstra que o controle judicial relativo ao deferimento da prestação individual não é, por si só, controle de política pública, compreendendo esse fenômeno maior amplitude do que a mera concessão do resultado final esperado.

No tocante ao controle da quantidade de recursos a ser investida, de igual modo, as Cortes de Contas já fiscalizam normalmente nas prestações de contas anuais o atendimento aos limites mínimos de gastos com saúde e ensino. Desta forma, é de se cogitar providência pelo TC ao verificar, por exemplo, o descumprimento do limite mínimo de gastos com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, estabelecido no art. 212 da CF, pelo ente público.

²⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 74.

²⁸⁵ VALLE, 2009. p. 154.

²⁸⁶ DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267-272.

²⁸⁷ DUARTE, 2006. p. 272-273.

Cumpriria ao Tribunal de Contas assinar prazo para que o ente público faltoso tomasse as providências necessárias a fim de inserir no orçamento seguinte a autorização para efetuar despesas no ensino no montante que deveria ter sido gasto no exercício fiscalizado, além de efetivamente executar tais despesas (controle financeiro).

Com essa medida, além de cumprir o limite mínimo de gastos com ensino do respectivo exercício, teria o gestor de providenciar a realização de outros gastos referentes aos exercícios passados. Caso não atendesse à determinação, não realizando todos os gastos mínimos com ensino, as contas anuais deveriam receber parecer prévio recomendando sua reprovação, sem prejuízo de outras penalidades possíveis.

Ademais, a construção de outros parâmetros com relações de prioridade (ver 3.2.2.2), como a comparação entre gastos com saúde e publicidade institucional, está mais facilmente ao alcance destas Cortes, porque analisam ordinariamente todas as despesas públicas realizadas. Estão a seu dispor todas as informações necessárias à elaboração de tais relações, bem como os instrumentos para suprirem eventuais ausências de dados.

A depender da disparidade entre gastos de relevância inversamente proporcional (ex.: publicidade institucional *versus* ensino fundamental) e da qualidade da prestação do serviço de maior magnitude constitucional (ensino fundamental > publicidade institucional), é possível cogitar de ilegalidade ou ilegitimidade das despesas públicas realizadas com injustificada preferência em favor do programa ou ação de menor importância e em detrimento da concretização de determinado direito fundamental.

Tal cenário justificaria a atuação do Tribunal de Contas para reconduzir o gestor à legalidade ou legitimidade do gasto público e até para, a depender da gravidade da situação ou da contumácia do gestor, aplicar sanções, como a multa, ou a emissão de parecer prévio pela rejeição das contas ou o julgamento pela rejeição, conforme o caso.

O problema da falta de informação, em relação ao Judiciário, também não alcança os Tribunais de Contas, que já recebem as informações necessárias por ocasião da apreciação das contas anuais dos gestores públicos. Eles – gestores –, como visto em 2.4, têm o dever de demonstrar a regularidade dos gastos públicos (art. 70, parágrafo único, da CF; art. 113 da Lei n. 8.666/93; e art. 93 do Decreto-lei n. 200/67) e de encaminhar, periodicamente, aos TCs, diversos documentos e justificativas relacionados à sua atuação. Ademais, por não se submeterem à regra da inércia da jurisdição (arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil), os Tribunais de Contas podem iniciar, de ofício, fiscalizações e requisitar documentos e informações aos seus jurisdicionados.

Quanto ao controle das metas fixadas pelo poder público, referiu-se apenas ao acesso à informação e à divulgação. A partir da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 2011) ficou expresso o direito de qualquer cidadão obter o resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. A Lei de Responsabilidade Fiscal já estabelecia, em seu art. 56, § 3º, a obrigatoriedade de se dar ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas (Lei complementar n. 101/2000).

Destarte, tal divulgação cumpre, em especial, às Cortes de Contas, atuando o Judiciário apenas para compeli-las em caso de **omissão**. Apenas uma ressalva quanto ao entendimento de Barcellos contrário às ações individuais nesse controle: é que a referida Lei de Acesso à Informação assegura tal direito a qualquer interessado, independentemente de justificativa (art. 10, § 3º). Assim, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, haverá direito líquido e certo de acesso à informação, cabendo mandado de segurança individual em face da negativa ou omissão do poder público, em especial dos Tribunais de Contas.

No controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, os Tribunais de Contas também apresentam vantagens em relação ao Judiciário. A relação de eficiência mínima entre o valor investido e o resultado específico já é objeto da apuração corriqueira pelas Cortes de Contas, que possuem a *expertise* na apuração do valor de mercado dos bens e serviços adquiridos pelo poder público. Até a comparação em relação a outras aquisições realizadas pela administração pública pode ser mais bem executada pelos Tribunais de Contas, na medida em que por ele são analisadas as contratações realizadas por diversos órgãos públicos.

De mais a mais, merece consideração o alerta de Vanice Regina Lírio do Valle, de que o controle deve atuar primordialmente para fazer valer os mecanismos institucionais próprios e democráticos de formulação de políticas públicas, visando reconduzir o destinatário inicial dessa competência ao desenvolvimento regular de suas atribuições.²⁸⁸

O raciocínio da autora ganha relevo à luz das atribuições dos Tribunais de Contas. Num primeiro aspecto, a atuação das Cortes de Contas, por meio de instrumentos como auditorias operacionais, acompanhamento e recomendações, de cunho menos punitivo e mais orientador, conforme visto em 2.4, favorece o aspecto indutor e provocador para impelir

²⁸⁸ VALLE, 2009. p. 66-67, 73.

o gestor público no sentido da efetivação e do aperfeiçoamento das políticas públicas, ao analisar aspectos como economicidade, legitimidade, eficiência e eficácia (ver 4.2.1).

Noutro plano, também se pode cogitar de situação diversa quando a omissão no agir é do próprio controle externo. É dizer, quando o próprio Tribunal deixa de atuar na fiscalização que lhe é própria, injustificadamente, e a atuação judicial se dá no sentido de induzir a Corte de Contas a se manifestar diante de determinada situação submetida a sua área de atuação.

De toda sorte, os Tribunais de Contas não podem ser convertidos em instituições meramente burocráticas e inúteis, pois têm entre suas competências a responsabilidade por avaliar as contas de todos os gestores públicos. Sua atuação técnica permite apreciar dados contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais de difícil compreensão para a grande maioria da sociedade e até mesmo, em certos aspectos, para os magistrados e membros do Ministério Público, naquilo que não se refere aos aspectos jurídicos. Suas conclusões tanto podem impedir o acesso de maus gestores aos cargos públicos eletivos como fornecem à população e aos meios de comunicação informações de compreensão mais acessível, como, por exemplo, ao rejeitar ou aprovar as contas de determinado gestor.

Recentemente, com a expansão da aplicação da Lei complementar n. 135/2010 – conhecida também como Lei da “ficha limpa” – para outros setores da Administração Pública, como nos Tribunais de Justiça – via determinação do CNJ²⁸⁹ – e em alguns Tribunais de Contas – como os dos Estados de Pernambuco²⁹⁰ e de Rondônia²⁹¹ –, que vêm adotando seus critérios em relação ao provimento dos seus cargos comissionados, fica potencializada a importância daquelas decisões. O juízo negativo em relação às contas de determinado gestor terá o condão de impedir que ele venha a ocupar não apenas mandatos eletivos, mas diversos cargos importantes da Administração Pública, tornando o serviço público menos propenso à corrupção.

²⁸⁹ Conselho Nacional de JUSTIÇA. Resolução n. 156, de 2012. Proíbe a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado os atos que especifica, tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral, e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, DF, n. 143, 9 ago. 2012, p. 3-5.

²⁹⁰ LEI da ficha limpa também é adotada pelo Tribunal de Contas. **Gerência de Jornalismo do Tribunal de Contas de Pernambuco**. Recife, 7 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=3544:lei-da-ficha-limpa-tambem-e-adotada-pelo-tribunal-de-contas&catid=692:2012-junho&Itemid=168>. Acesso em: 13 mar. 2013.

²⁹¹ TCE aplica regras da ficha limpa para ocupantes de cargos comissionados. **Tribunal de Contas do Estado de Rondônia**. Porto Velho, 24 maio 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/noticia.aspx?id=5247>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

Uma atuação comprometida e judiciosa das Cortes de Contas reforça o valor do direito e da legalidade, bem como contribuirá para reduzir a impunidade e a corrupção no seio social, que tanto prejudica o país, conforme demonstrado no relatório sobre corrupção divulgado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.²⁹²

Esta proposta de atuação mais acentuada dos Tribunais de Contas, respeitando seu relevante papel constitucional na fiscalização da Administração Pública e, por conseguinte, no controle de políticas públicas, vai ao encontro de uma racionalização maior da provocação judicial, potencializada nos últimos anos mormente pelo uso, muitas vezes desenfreado, de demandas judiciais individuais, voltadas à concessão de prestações positivas específicas, em decorrência da ausência ou da ineficiência de políticas públicas imprescindíveis à concessão de direitos fundamentais de natureza positiva.

Cobrar das Cortes de Contas uma atuação efetiva, circunscrita ao esquema estabelecido no texto constitucional, mas sem abrir mão de todas as possibilidades de atuação previstas, seria de grande serventia para o efetivo controle do fenômeno das políticas públicas, evitando-se soluções tópicas remediadoras que não contribuem para a solução do problema em larga escala. Como decorrência disso, seria de se supor um maior equilíbrio entre a atuação do Judiciário e a das Cortes de Contas, para que não se caia na tentação do “messianismo jurídico” mencionado por Barcellos,²⁹³ ao depositar-se todas as esperanças na solução de problemas que também são de responsabilidade de outros atores, constitucionalmente capacitados para tal mister, sem olvidar a imprescindível atuação reivindicatória da cidadania,²⁹⁴ fundamental no processo evolutivo de concretização dos direitos fundamentais.

²⁹² Segundo o relatório sobre corrupção divulgado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, o Brasil ocupa a 75ª colocação no ranking de corrupção percebida elaborada pela organização não governamental Transparência Nacional em 180 países, ficando atrás de Porto Rico, Malásia e Kwait. Consta no estudo que a maior eficácia das leis e efetividade do governo correspondem a um menor nível de corrupção percebida no país. Alguns dos problemas apontados são a elevada burocracia e a fragilidade das instituições. Estima-se que se o país tivesse um nível de percepção da corrupção igual à média de países selecionados no trabalho, haveria um incremento de 15,5% em seu produto *per capita* e teria economizado, no período de 1990-2008, o custo médio anual da corrupção na ordem de US\$8,8 bilhões ou R\$41,5 bilhões a preços correntes de 2008, correspondendo a 1,38% do produto interno bruto. O estudo demonstrou, ainda, que as economias mais corruptas, segundo o índice de percepção da corrupção, têm os menores produtos internos brutos *per capita*. Conferir: FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/wp-content/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

²⁹³ BARCELLOS, 2008. p. 122.

²⁹⁴ LOBO, 2013. p. 67.

A democracia será fortalecida pois esta atuação não apenas oferece maior transparência sobre os atos administrativos praticados pelos gestores públicos, mas o faz mediante um juízo de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, *caput*, da CF), concedendo à sociedade um conhecimento aprofundado da Administração que, de outra forma, dificilmente seria compreendida com tanta clareza em todos seus aspectos.

Segundo Bobbio, a maior ou menor relevância da opinião pública – considerada como opinião relativa aos atos públicos – “depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder”.²⁹⁵ Para o autor, a publicidade é uma categoria iluminista que representa um dos aspectos da batalha contra o “reino das trevas” (absolutismo), sendo bem ajustada ao contraste entre o poder visível e o poder invisível.²⁹⁶

Cumprido, portanto, aprofundar o conhecimento sobre o papel e os instrumentos ao alcance das Cortes de Contas para delas extrair – e cobrar – todo o seu potencial, de modo a permitir que cumpram o seu verdadeiro desígnio republicano e democrático.

Os Tribunais de Contas podem e devem desempenhar papel de enorme relevância no controle de políticas públicas. Em alguns aspectos, a atuação dessas Cortes é mais recomendada que a do Poder Judiciário. Uma contribuição maior para a concretização de políticas públicas deve recair no aprofundamento do papel do controle externo na sua fiscalização, em especial daquelas necessárias à concretização de direitos fundamentais.

Destarte, tem-se nas Cortes de Contas órgãos dotados de instrumentos jurídicos variados e hábeis a exercer eficazmente o controle de políticas públicas sobre a Administração Pública. À exceção do controle mais comum atualmente e praticado com maior frequência pelo Judiciário – o controle do resultado esperado, cuja inserção no âmbito das espécies de controles de políticas públicas é questionável –, em todos os demais os Tribunais de Contas possuem condição de assumir papel de destaque no cenário jurídico. Cumprido aprimorar os estudos e dedicar a tais Cortes a devida atenção, no sentido de corrigir os rumos e cobrar uma maior efetividade, para que não se percam nos caminhos tortuosos da política, nem sofram no futuro o preço de sua pouca efetividade. Os instrumentos estão à disposição.

²⁹⁵ BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: _____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 89.

²⁹⁶ BOBBIO, 1986. p. 89.

4 CONTROLE EXTERNO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS

O papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas pôde ser aclarado a partir das análises realizadas nos artigos antecedentes. Como visto, há uma gama de competências e instrumentos que permitem a estes Tribunais um controle **material** da Administração Pública, sendo ultrapassada a visão restritiva da existência de um controle meramente formal.

Por outra via, não apenas dispõem de instrumentos relevantes, como respondem à altura as críticas ao controle de políticas públicas comumente direcionadas ao Poder Judiciário, sendo, em certos aspectos, até mais facilmente contornáveis por eles. Além disso, todas as espécies de controle de políticas públicas podem ser desempenhadas por tais Cortes, à exceção do denominado controle pelo resultado final, que, a rigor, não cuida de controle de políticas públicas, mas de mera reparação de lesão a direito subjetivo.

Neste momento, pretende-se demonstrar, a partir do exame de atuações concretas, como algumas Cortes de Contas vêm desempenhando seu relevante papel no controle de políticas públicas. O foco é em que medida essa atuação pode contribuir para a concretização de direitos fundamentais, especificamente do direito fundamental à educação. Antes, por oportuno, serão abordados alguns aspectos teóricos relacionados ao neoconstitucionalismo e ao direito fundamental à educação, sem a pretensão de esgotar o tema, pois não é o objetivo do trabalho. Ao final, será analisado o controle pelos Tribunais de Contas na prática, pela apresentação e discussão de dois casos concretos.

4.1 Concretização de Direitos Fundamentais pelos Tribunais de Contas

Pontes de Miranda é apontado por Sarmiento como um dos precursores do neoconstitucionalismo no Brasil, a partir do lançamento, em 1944, da obra *Democracia, Liberdade e Igualdade*. Nela teria assinalado que a finalidade da sociedade progressiva do século XX consistiria em assegurar as liberdades individuais, manter a democracia e promover a concretização dos direitos sociais. Os direitos fundamentais seriam a parte mais importante das Constituições contemporâneas, e o seu fortalecimento, importante para o progresso em direção à civilidade e adaptação social. Disso decorria a necessidade de se valer de expedientes técnicos para assegurá-los e garanti-los, como a técnica da defesa da

Constituição, a técnica da supraestabilidade dos direitos fundamentais e a técnica de conteúdo das normas constitucionais.²⁹⁷

O marco **histórico** do neoconstitucionalismo, segundo Barroso, foi o constitucionalismo após a Segunda Grande Guerra, especificamente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi o processo de redemocratização e a Constituição de 1988. Da aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia surgiu uma organização política nova, denominada de Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático. A principal referência do novo direito constitucional seria a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951. Outra referência foi a Constituição italiana de 1947 e a instalação de sua Corte Constitucional em 1956, além da redemocratização de Portugal e Espanha, respectivamente em 1976 e 1978. No Brasil, a Constituição de 1988 teve como mérito promover a travessia segura do regime ditatorial ao Estado Democrático de Direito, propiciando o maior período de estabilidade da história republicana. Passou a simbolizar conquistas e mobilizou o imaginário popular, pela criação de um sentimento constitucional no país.²⁹⁸

Segundo Barroso, o marco **filosófico** do neoconstitucionalismo seria o pós-positivismo, caracterizado pela confluência do jusnaturalismo com o positivismo. Atualmente se está diante da superação dos modelos puristas, em prol de um conjunto difuso e abrangente de ideias, tido genericamente como pós-positivismo. Sua característica seria ir além do positivismo, cuja decadência é associada à derrocada do fascismo e do nazismo, para conferir uma leitura moral do direito, sem, contudo, se valer de categorias metafísicas. A interpretação e a aplicação do direito passam a ser inspiradas por uma teoria de justiça. Das ideias abrigadas por esse paradigma destacam-se a normatividade conferida aos princípios e a definição de sua relação com valores e regras; a utilização da razão prática e da argumentação jurídica; a criação de uma nova hermenêutica constitucional; e a formação de uma teoria dos direitos fundamentais construída a partir da dignidade humana. Este contexto caracteriza a reaproximação entre o direito e a filosofia.²⁹⁹

Já o marco **teórico** do novo direito constitucional seriam, para Barroso, estas três grandes transformações atinentes à aplicação do direito constitucional: (i) a aceitação da força

²⁹⁷ SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, ano2, n. 3, p. 49-78, 2008.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005, p. 13-54.

²⁹⁹ BARROSO, 2005. p. 13-54.

normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) a formulação de uma nova dogmática da interpretação constitucional.³⁰⁰

No direito administrativo, Barroso destaca três circunstâncias relacionadas à sua constitucionalização: (i) uma vasta gama de normas constitucionais a disciplinar a administração pública; (ii) diversas transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; e (iii) a repercussão dos princípios constitucionais sobre categorias do direito administrativo. A repercussão dos princípios constitucionais, em especial os de caráter geral, bem como a centralidade da dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais, modificou a relação entre administração e administrado, ensejando a superação de paradigmas tradicionais, tais como: (i) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado; (ii) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária; e (iii) a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.³⁰¹

Barcellos, ao traçar a relação entre o neoconstitucionalismo e o controle de políticas públicas, defende, conforme já mencionado, que tal controle dirigido a direitos fundamentais decorreria direta e logicamente de três axiomas teóricos oriundos do constitucionalismo contemporâneo: (i) a normatividade das disposições constitucionais, sejam elas regras ou princípios, que pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos, têm a imperatividade própria do direito e superioridade hierárquica; (ii) a existência de uma posição diferenciada de centralidade dos direitos fundamentais no sistema constitucional, por força da centralidade do homem e de sua dignidade; e (iii) a submissão dos poderes públicos à Constituição como consequência do Estado de Direito, em que o poder político tem limites no direito.³⁰²

Além disso, assevera a necessidade de ações e omissões estatais para a promoção dos direitos fundamentais, como o dever de respeito e de proteção, garantia e promoção. Determinados direitos, para serem fruídos, dependeriam de ações estatais capazes de realizá-los, e tais ações pressupõem decisões relativas ao gasto de recursos públicos. Considerando que apenas por meio de políticas públicas o Estado poderá realizar determinados fins previstos na Constituição, Barcellos estabelece a premissa de que “políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais”. Contudo, os recursos são escassos e escolhas são necessárias. Portanto, em certa medida, a Constituição vincularia

³⁰⁰ BARROSO, 2005. p. 13-54.

³⁰¹ BARROSO, 2005. p. 13-54.

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos. A impossibilidade de controlar tais escolhas, para a autora, poderia redundar no esvaziamento da normatividade de muitos comandos constitucionais relativos a direitos fundamentais que necessitem, em grande medida, de políticas públicas. Tais ações dependem da definição do quanto gastar, com qual finalidade, em que e como, não apontando a Constituição a forma específica como cada política pública deve ser implementada. Daí a necessidade da interpretação constitucional de forma ampla e que gera tantas críticas, já mencionadas e discutidas anteriormente.³⁰³

No contexto pós-positivista atual e tendo em mente a preponderância que o princípio da dignidade da pessoa humana conquistou no cenário jurídico, não se pode desprezar a sua influência em relação às atividades desenvolvidas nas Cortes de Contas. Essa relação entre proteção de direitos fundamentais e o funcionamento das Cortes de Contas é muito bem explorada por Cunda, para quem “a tutela da dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, nos quais se inserem os Tribunais de Contas (mesmo não sendo um ‘poder’ propriamente dito) [...]”, de modo que, a seu ver, “os Tribunais de Contas deverão observar a atuação dos administradores, analisando se de fato a dignidade dos administrados é um fim que está sendo buscado”. Com razão Cunda, ao afirmar que o controle externo tem o dever de ir além da mera análise de aplicação dos recursos públicos mínimos em saúde e educação, definidos da Constituição, para elaborar um exame da eficácia e eficiência dos direitos fundamentais prestados. Para tanto, sugere a realização de auditorias operacionais e de audiências públicas. Ademais, defende a importância de uma interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais que estabelecem as competências dos Tribunais de Contas sob a ótica dos princípios e objetivos fundamentais previstos no texto constitucional, bem assim dos princípios da Administração Pública (arts. 1º, 3º e 37 da CF).³⁰⁴

No âmbito da atuação dos Tribunais de Contas também é reconhecida por Cheker a possibilidade de se concretizar direitos fundamentais, dado o importante papel que essas instituições desempenham no controle externo que exercem sobre políticas públicas,

³⁰³ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 115-118.

³⁰⁴ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 2, p. 120-121, jul./dez., 2011. Disponível em: <<http://publicacoes.uniceub.br/index.php/RBPP/issue/view/133>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

“justamente no momento em que são órgãos essenciais para o controle dos gastos e, por conseguinte, para a concretização daqueles direitos [fundamentais]”.³⁰⁵

Para Fernandes, essa atividade – controle – seria, por si só, um direito fundamental consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu artigo 15, definiu: “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.³⁰⁶

Ricardo Lobo Torres também considera a relação dos Tribunais de Contas aos direitos fundamentais pela dimensão financeira inerente à concretização deles, destacando que “o Tribunal de Contas, que está essencialmente ligado aos direitos fundamentais, pela dimensão financeira que estes exibem, aparece na CF 88 como uma das garantias institucionais da liberdade, a que o cidadão tem acesso através das garantias processuais”.³⁰⁷

4.2 Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas de Educação: estudo de casos

O foco do trabalho sempre apontou para o estudo da possibilidade de os Tribunais de Contas contribuírem efetivamente na concretização de direitos fundamentais. Pela conformação jurídica destas Cortes e o papel a elas atribuído pelo texto constitucional, passou-se a cogitar que tal possibilidade poderia recair sobre o controle de políticas públicas, tema bastante debatido pela doutrina brasileira nas últimas décadas, quase sempre do ponto de vista do controle judicial ou pelo Ministério Público. Os estudos dedicaram-se a encontrar os contornos dos direitos fundamentais e, em especial, os mecanismos ao alcance do direito para torná-los realidade, mormente aqueles dependentes de ações positivas do Estado, comumente identificados no âmbito dos direitos sociais. Daí a intensa pesquisa direcionada à possibilidade de o Judiciário imiscuir-se no tema das decisões políticas relacionadas a direitos sociais prestacionais.

De igual modo, neste estudo, pretendeu-se dedicar o exame ao controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas, para compreender como era realizado. A par da pesquisa calcada no texto constitucional e doutrina correlata, e após definida, do ponto de vista

³⁰⁵ CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 66.

³⁰⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 36.

³⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 210-211.

dogmático, a possibilidade de se cobrar das Cortes de Contas tal controle, teve-se em mente a ideia de buscar casos concretos que confirmassem a tese da relevância dos TCs na concretização de direitos fundamentais.

A fim de delimitar o alcance da pesquisa, optou-se por restringir seu âmbito às atividades relacionadas ao **direito fundamental à educação**. Para Ingo Wolfgang Sarlet, não se deve restringir os direitos subjetivos prestacionais aos casos em que a vida humana estiver em risco. O princípio da dignidade humana teria “importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido”.³⁰⁸ Embora, é verdade, considere tal critério como basilar, ressalva não ser o único a ser considerado na construção de um conceito material de direitos fundamentais.³⁰⁹ Para Sarlet, “há que considerar a existência de outros critérios distintivos e calcados de forma direta ou indireta na ordem constitucional positiva, os quais propiciam, no caso concreto, uma identificação constitucionalmente adequada”.³¹⁰

Com efeito, a omissão na prestação adequada do serviço público de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito resultaria em lesão grave do princípio da dignidade humana, “na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência”, sendo imprescindível para que a pessoa não viva sob o “véu da ignorância”.³¹¹

Ademais, para Ingo Wolfgang Sarlet, o direito social à educação integra o catálogo dos direitos fundamentais, sendo expressamente reconhecido no art. 6º da Constituição Federal e sujeitando-se ao regime jurídico específico a eles atribuído pelo constituinte, expresso, em especial, nos arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, da CF. Quanto aos diversos outros dispositivos constitucionais regulamentadores de tal direito, é relevante definir quais deles efetivamente podem ser considerados fundamentais. O autor compreende que, ao menos em relação aos arts. 205 a 208 da CF, eles podem ser considerados “integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal”.³¹²

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, abr. 2001, p. 36-37. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

³¹⁰ SARLET, 2012. p. 115.

³¹¹ SARLET, 2001. p. 36-37.

³¹² SARLET, 2012. p. 338-339.

Os arts. 209 a 211 teriam *status* jurídico-positivo equivalente aos das demais normas constitucionais, por cuidarem de normas de cunho organizacional e procedimental, estabelecendo condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas de ensino. Os arts. 212 e 213 tratariam de normas relacionadas a metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos destinados ao ensino. O art. 214 aborda o Plano Nacional de Educação e seus objetivos. Conforme bem destaca o autor, nem todas as normas situadas no capítulo da ordem social e que guardam relação direta com algum direito fundamental têm a mesma fundamentalidade formal e material.³¹³

É nos arts. 205 a 208 da Constituição que estariam os contornos essenciais do direito fundamental à educação. O art. 205, por si só, não autorizaria reconhecer a existência de um direito subjetivo, pois teria eficácia limitada, definindo fins e diretrizes a serem alcançados pelo Estado e comunidade. Já o art. 207 conteria garantia institucional fundamental ao assegurar a autonomia universitária, norma de eficácia plena e diretamente aplicável, na forma de limite expreso contra atos atentatórios à autonomia das universidades, caracterizando um direito fundamental de natureza defensiva.³¹⁴

O art. 206 seria integrado por normas também aplicáveis de forma direta e plena, como a garantia de igualdade de condições de acesso e permanência na escola (inc. I), a liberdade de aprendizado, ensino, pesquisa etc. (inc. II) e a gratuidade de ensino público gratuito em estabelecimentos oficiais, esta representando um direito subjetivo à gratuidade.³¹⁵

Sarlet, ao analisar o art. 208 da CF, no contexto dos arts. 205 e 206, afirma constarem nele os mecanismos e diretrizes relacionados à implementação do dever à educação. Em especial, destaca a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, inc. I, da CF), além do disposto no art. 208, § 2º, da CF, que qualifica como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, sendo prevista, ainda, a responsabilização da autoridade pelo não oferecimento ou oferta irregular (art. 208, § 2º, da CF). Esta “constelação normativa” autorizaria, para a doutrina, segundo Sarlet, o “reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial, no âmbito do ensino obrigatório e gratuito”.³¹⁶

Por tal razão, não seria oponível a este direito fundamental originário – e subjetivo – à prestação pelo Estado do serviço de ensino **fundamental** gratuito em estabelecimentos

³¹³ SARLET, 2012.p. 339.

³¹⁴ SARLET, 2012. p. 339-340.

³¹⁵ SARLET, 2012. p. 340.

³¹⁶ SARLET, 2012. p. 340-341.

oficiais a alegação de ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), nem de incompetência dos tribunais para deliberar a respeito de gastos públicos. As regras de competência, origem e destinação dos recursos, além das prioridades e metas, já estariam definidas no texto constitucional, no art. 212, *caput* e respectivos parágrafos.³¹⁷

Em relação ao ensino **médio** e **superior**, o texto constitucional não autorizaria a extração de um direito público subjetivo a uma vaga. Não obstante, quanto ao ensino médio, o dever de progressividade previsto no art. 208, inc. II, da CF não poderia perdurar *ad infinitum*, de modo que Sarlet defende o reconhecimento futuro desse direito, no caso de um descumprimento injustificado da meta.³¹⁸

O não atendimento do direito de acesso ao ensino fundamental público, pela inexistência ou insuficiência de recursos materiais, como escolas, salas de aula, vagas, professores etc., autorizaria, para Sarlet, acompanhando doutrina de Luís Roberto Barroso, três possibilidades. Tanto a condenação do poder público a uma obrigação de fazer, relacionada, por exemplo, à construção de uma escola ou à matrícula do beneficiário em escola particular, custeada pelo poder público, quanto a indenização – insatisfatória, por não resolver o problema – pela omissão seriam medidas aceitáveis diante da fundamentalidade deste direito.³¹⁹ O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, admitiram a tese da possibilidade do controle de implementação de políticas públicas em educação fundamental.³²⁰

Seguindo trilha semelhante, Rodrigo Albuquerque de Victor entende que as políticas públicas relacionadas à educação infantil são “elemento constitutivo do mínimo existencial”, elidindo eventuais exceções baseadas na reserva do financeiramente possível. Em sua dissertação, apresenta diversos casos de atuação judicial relativamente à concretização do direito à educação infantil, que poderiam receber, diante da extensa normatização atualmente relacionada, maior atenção das Cortes de Contas.³²¹ Em igual sentido, Orlando Rochadel Moreira assevera que “existe uma legislação farta a regulamentar os direitos relativos ao setor

³¹⁷ SARLET, 2012.p. 342.

³¹⁸ SARLET, 2012. p. 343-344.

³¹⁹ SARLET, 2012. p. 342-343.

³²⁰ VALLE, 2009. p. 120-125; SARLET, 2012. p. 343;

³²¹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

educacional”, de modo que “o Estado não tem a faculdade de cumprir ou não essas normas, já que, pelo princípio da legalidade, é escravo da observância das mesmas”.³²²

A relevância do direito fundamental à educação e o importante papel do Estado como prestador desses serviços são admitidos até mesmo por autores liberais clássicos como Hayek, quer e conhece existir nos Estados modernos organismos voltados à previdência para indigentes, incapacitados e deficientes, além de cuidar de áreas como saúde e educação. Ademais, aceita a possibilidade da ampliação de tais atividades e serviços, com o crescimento da riqueza, aumentando o sustento mínimo destinado a quem não pode atender às suas necessidades gradualmente, sem existir violação à liberdade. Hayek afirma existirem necessidades comuns que, para serem satisfeitas, dependem da ação coletiva, as quais podem ser atendidas sem que isso configure restrição da liberdade individual.³²³

Após esses esclarecimentos iniciais serão apresentados, a seguir, casos concretos em que a atuação das Cortes de Contas na fiscalização de políticas públicas relacionadas ao direito à educação cumpriu importante função para a sua concretização.

4.2.1 Auditoria operacional no ensino

Em algumas Cortes a realização das auditorias operacionais como forma de controle de políticas públicas educacionais já se tornou praxe. Infelizmente, conforme já mencionado em 2.5, nem em todos os Tribunais de Contas este valioso instrumento é adotado. Suas características já foram percorridas anteriormente, em 2.4, de modo que nesta oportunidade serão analisadas algumas auditorias operacionais voltadas ao ensino, realizadas no Brasil.

4.2.1.1 Auditoria operacional para análise da qualidade das instalações das escolas públicas do Distrito Federal em 2011 – TCDF

O primeiro exemplo a ser indicado vem do Tribunal de Contas do Distrito Federal e refere-se à auditoria operacional para análise da qualidade das instalações das escolas públicas do Distrito Federal em 2011.³²⁴ Corresponde à continuidade do trabalho desenvolvido com a

³²² MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 127.

³²³ HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. Tradução Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 313.

³²⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Auditoria operacional para análise da qualidade da qualidade das instalações das escolas públicas do Distrito Federal em 2011**: sumário executivo. Brasília, 2013b.

finalidade de se conhecer a atividade de manutenção e reforma das unidades de ensino da rede pública. Inicialmente, foram feitas quatro auditorias operacionais entre 2007 e 2010, cujos resultados foram retratados nos processos n. 37.711/06, 2.380/08, 3.080/09 e 3.239/10, respectivamente. Esta abordagem refere-se ao quinto exame realizado consecutivamente na série histórica, no ano de 2011, seguindo a mesma metodologia e critérios dos anteriores.

Além de dados da execução orçamentária e financeira de 2007 a 2010, relativos aos serviços de manutenção e reforma das escolas, os auditores do TCDF valeram-se de três questões para realizar a análise:

Qual é a situação das instalações físicas das escolas da rede pública de ensino do Distrito Federal?

Qual é a avaliação feita pelos diretores das escolas quanto às condições das instalações físicas das escolas?

As instalações físicas das escolas são compatíveis com as atividades que devem ser desenvolvidas pelo nível e modalidade de ensino oferecidos?³²⁵

Questionários foram enviados aos 639 diretores de escolas públicas do Distrito Federal e obtiveram índice de 78% de retorno. Para assegurar 95% de confiabilidade, recorreu-se às informações da auditoria passada na elaboração da amostra representativa, definida em cinquenta escolas, as quais foram visitadas entre 31 de janeiro e 2 de fevereiro de 2011, anteriormente ao início das aulas.³²⁶

Na análise, adotou-se planilha indicando diversos itens ou aspectos presentes em instituições de ensino, tais como muros, pátio, quadra esportiva, instalações elétricas e hidráulicas, banheiros, pisos e paredes, pintura e demais componentes de salas de aula, aos quais se atribuíram percentuais de avaria. Foi estabelecido o Percentual Ponderado de Itens Avaliados Negativamente, fruto da avaliação negativa de cada item multiplicado pelo peso atribuído, de modo a acentuar os aspectos mais importantes e amenizar os não tão graves. O PPIAN é diretamente proporcional à necessidade de reparos em cada escola. Quanto maior seu percentual, maior a gravidade dos danos.³²⁷

Como resultado do trabalho desenvolvido, em relação à situação das instalações físicas (primeira questão), apurou-se que no Distrito Federal as condições da rede pública de ensino no início de 2011 estão piores do que no ano anterior, apresentando percentual de 85% de

³²⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 13-14.

³²⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 14.

³²⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 15.

unidades que necessitam de reparos moderados ou grandes, diante da insuficiência dos serviços de manutenção realizados pelo poder público.³²⁸ O resultado por faixa foi este:

12,63% das escolas estavam em boas condições ($PPIAN \leq 10\%$);
 51,43% apresentavam necessidade moderada de reparos ($10\% < PPIAN \leq 25\%$);
 32,83% estavam em condições ruins ($25\% < PPIAN \leq 40\%$);
 3,12% estavam em péssimas condições ($PPIAN > 40\%$).³²⁹

As principais causas identificadas pelo TCDF na auditoria são repetições das falhas encontradas anteriormente, consistindo na manutenção insuficiente dos prédios e na grande quantidade de instituições que não possuem todas as dependências necessárias ao desenvolvimento das atividades estabelecidas na grade curricular. Os efeitos apontados pela auditoria são “a diminuição da qualidade do processo de ensino-aprendizagem, o desestímulo profissional do corpo docente e, por conseguinte, o favorecimento da queda do desempenho escolar dos alunos”.³³⁰

Segundo informação prestada pela Secretaria de Educação no Distrito Federal, no período compreendido entre o início das aulas de 2010 e de 2011, apenas seis escolas teriam sido reformadas e sete novas escolas construídas, apesar do alto índice de unidades insatisfatórias apontadas na auditoria de 2010 (76,5%). Este dado demonstra que a política de manutenção realizada pelo poder público está muito **aquém** da real necessidade.³³¹

O resultado da auditoria, em relação às condições físicas do ponto de vista dos diretores das escolas (segunda questão), indicou que a avaliação foi preponderantemente regular. Foram respondidos 78% dos formulários enviados, representando 497 escolas. Teriam, para os diretores, boas condições, 26,4% das escolas; regulares, 43,1%; e ruins, 30,6%. A média das notas, numa escala de zero a dez, foi de 5,7 pontos (6,2 em 2007; 5,3 em 2008; 5,9 em 2010; e 5,9 em 2010). As causas e efeitos principais são equivalentes às apontadas anteriormente.³³²

Em relação à compatibilidade das instalações físicas das escolas com as atividades que devem ser desenvolvidas (terceira questão), identificou-se que, para os diretores, a maioria dos estabelecimentos seria incompatível com as atividades curriculares, atingindo a resposta

³²⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 17.

³²⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 19.

³³⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 21.

³³¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 21.

³³² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 21-22.

negativa o percentual de 71,8%. Em relação ao ensino infantil e de 1 a 5 anos chega a 74% de incompatibilidade, e no ensino de 6 a 9 anos, a 78,2%.³³³

As inadequações apuradas são de toda ordem, desde a falta de rampas de acessibilidade, laboratórios de informática, quadras poliesportivas, refeitórios, até problemas de ordem estrutural. Duas escolas analisadas teriam 48 anos cada e jamais haviam passado por uma reforma, enquanto outra se achava em um prédio provisório, que precisaria ser demolido e reconstruído há mais de trinta anos.³³⁴

A precária manutenção foi apontada como a principal causa das condições inadequadas e do envelhecimento constante das instalações físicas. Indicou-se que, no ano de 2009, 2,61% das despesas realizadas pela Secretaria de Educação e pelo Fundeb teriam sido destinados a reformas, construções e reconstruções de unidades de ensino. Em relação ao exercício auditado, em 2010 o índice foi de **apenas 0,75%**, representando o **menor** valor da série histórica de 2007 a 2010.³³⁵

A auditoria concluiu que no início do exercício de 2011, 85% das escolas necessitavam de reparos moderados ou grandes. Para os diretores, aproximadamente um terço dos prédios de ensino tinha estado de conservação ruim e a grande maioria não estava dotada de instalações compatíveis com as atividades pedagógicas exigidas.³³⁶

Do início de 2007 ao início de 2008 a situação teria permanecido inalterada, com leve melhora em 2009, piora em 2010 e piora ainda maior no início de 2011. Registrou-se que, nos últimos cinco anos, as medidas de manutenção preventiva e de recuperação das unidades escolares não foram devidamente empreendidas, agravando a situação das instalações físicas, que já era considerada insatisfatória desde 2007.³³⁷

Diante deste cenário, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Decisão n. 3.613/2012,³³⁸ determinou à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal providências para recuperar, adequar e conservar as instalações físicas da rede pública de ensino distrital, adotando, entre outras, as seguintes medidas:

³³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 23-25.

³³⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 26.

³³⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 26.

³³⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 29.

³³⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 29.

³³⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Auditoria operacional realizada em 2011, com o objetivo de avaliar a qualidade das instalações físicas das escolas da rede pública de ensino do Distrito Federal. Decisão n. 3.613/12 no processo n. 1.630/11. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, 17 jul. 2012. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 6 ago. 2012, p. 4.

- a) definição de cronograma de reformas/adaptação das escolas que apresentam demanda para esse tipo de serviço;
- b) planejamento dos serviços de manutenção a serem realizados em cada exercício e indicação dos recursos financeiros necessários;
- c) elaboração de planilha com os serviços de manutenção preventiva e/ou corretiva solicitados, e considerados necessários pelo setor técnico competente, com a especificação das datas previstas para a respectiva prestação dos serviços demandados, bem como as datas da realização à medida que forem executados;
- d) levantamento das necessidades de adaptações necessárias nos vários estabelecimentos de ensino considerados impróprios ao atendimento da respectiva clientela e provimento dessas escolas com os equipamentos e funcionalidades necessários às respectivas modalidades e níveis de ensino oferecidos.³³⁹

Além disso, determinou-se à Secretaria de Educação do Distrito Federal que apresentasse ao TCDF, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, plano de implementação das medidas indicadas e de outras que entender necessárias para a resolução dos problemas. No referido plano deveria constar cronograma com prazos a serem considerados em cada etapa, para fins do posterior monitoramento a ser realizado pelo próprio Tribunal. O órgão fiscalizado também recebeu determinação para indicar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, os nomes dos servidores que integrarão grupo de contato da auditoria, para fins de acompanhamento da implementação das ações pontuadas no plano.³⁴⁰

A partir do trabalho desenvolvido e das determinações contidas na Decisão n. 3623/2012, o TCDF espera que o Distrito Federal obtenha os seguintes benefícios:

- a) ofereça instalações físicas satisfatórias que sejam compatíveis com as atividades de ensino aprendizagem desenvolvidas em cada estabelecimento de ensino;
- b) melhore a qualidade do processo de ensino-aprendizagem;
- c) estimule o profissional do corpo docente;
- d) favoreça a evolução do desempenho escolar dos alunos.³⁴¹

4.2.1.2 Auditoria operacional para avaliação da educação infantil pública de 0 a 3 anos no Distrito Federal – TCDF

De plano merece destaque que nesta auditoria operacional o enfoque não se direcionou apenas às instalações físicas, mas ao acesso e à qualidade do serviço público educacional

³³⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 31.

³⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2012.

³⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013b. p. 33.

prestado pelo Distrito Federal no atendimento, em creche, à população de 0 a 3 anos.³⁴² A auditoria foi objeto da Decisão n. 2.541/13 no processo 20.440/12, apreciada na Sessão Plenária do TCDF do dia 11 de junho de 2013.³⁴³

O objetivo da atuação consistiu em verificar se a administração pública distrital estaria adotando política educacional planejada e executada em conformidade com o Plano Nacional de Educação, se as matrículas ocorrem mediante processo pessoal e transparente e se o serviço prestado por meio das creches públicas e conveniadas está em conformidade com os parâmetros mínimos estabelecidos pelo Ministério da Educação.³⁴⁴

O direito à educação infantil está assegurado pela Constituição e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, alterada pela Lei n. 12.796/13) e pelo Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/01). Nos termos da LDB, a finalidade da educação infantil é garantir o desenvolvimento integral da criança, nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social. Demais disso, cumpre aos Estados e ao Distrito Federal elaborarem e executarem as **políticas públicas** e **planos** educacionais, observando diretrizes e planos de educação. Para crianças até 3 anos, o serviço será ofertado por meio de creches.³⁴⁵

A meta estabelecida no PNE entre 2001-2010 era a ampliação da oferta de educação infantil de modo a contemplar 50% das crianças de 0 a 3 anos, além de estabelecer a obrigação de os entes federativos elaborarem seus próprios planos decenais. Além disso, os planos plurianuais deveriam favorecer o alcance das metas definidas no PNE e nos planos decenais estabelecidos pelos respectivos entes.³⁴⁶

No caso específico do Distrito Federal, onde a auditoria sob análise foi realizada, foi estabelecido pela Lei n. 2.760/01 que os recursos destinados à educação infantil deveriam constar nos orçamentos anuais, sendo majorados gradualmente, para que a oferta de vagas em creches públicas ou conveniadas atendesse **toda** a população de 0 a 6 anos de idade.³⁴⁷

³⁴² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Auditoria operacional para avaliação da educação infantil pública de 0 a 3 anos no Distrito Federal**: sumário executivo. Brasília, DF, 2013a.p. 16.

³⁴³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Auditoria Operacional para avaliar a qualidade do serviço prestado pelo Governo do Distrito Federal na área de educação, por meio de creches, à população de 0 a 3 anos. Decisão n. 2.541/13 no processo n. 20.440/12. Jurisdicionados: Governador do Distrito Federal e Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relatora: Conselheira Anilcélia Luzia Machado. Brasília, DF, 11 jun. 2013. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 20 jun. 2013, p. 10-17.

³⁴⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 13.

³⁴⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 15.

³⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 15.

³⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 16.

A equipe de auditoria, para a realização dos trabalhos, baseou-se em três questionamentos, no sentido de avaliar o acesso e a qualidade dos serviços:

- a) A política educacional para a educação infantil de 0 a 3 anos está sendo planejada e executada de acordo com as diretrizes do PNE e da LODF?
- b) O processo de matrícula é impessoal e transparente?
- c) O serviço prestado por intermédio das creches públicas e conveniadas atende aos parâmetros mínimos exigidos pelo Ministério da Educação?

O trabalho de fiscalização teve como foco as atividades realizadas no exercício de 2012, no qual 6.034 crianças de 0 a 3 anos foram atendidas por 48 creches (públicas e conveniadas). Os trabalhos de campo foram realizados entre 19 de fevereiro e 14 de março de 2013, para avaliar a infraestrutura das creches.³⁴⁸

O procedimento da auditoria, utilizado para responder aos questionamentos propostos, consistiu em: visitas a 36 creches e quatro órgãos de gerenciamento, planejamento, acompanhamento e avaliação; reuniões e entrevistas; utilização de *checklist*, cujos itens a serem observados foram extraídos de dois documentos, um do Ministério da Educação, intitulado “Critérios para um atendimento em creches que respeite os direitos fundamentais das crianças”,³⁴⁹ e outro, da Secretaria de Educação, denominado “Orientações pedagógicas do convênio entre a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para oferta de educação infantil”; registro fotográfico; e análise de diversas informações obtidas junto ao MEC e à Secretaria de Educação.³⁵⁰

Dos resultados encontrados, o primeiro, relacionado à existência de política educacional planejada e executada em conformidade com as diretrizes do PNE e da LODF, constatou que o Distrito Federal não elaborou os planos previstos no PNE e na LODF. Verificou-se, ainda, ser **insignificante** a oferta de vagas no Distrito Federal, muito aquém das metas definidas no PNE.³⁵¹

A primeira dificuldade apurada foi a ausência de planejamento adequado à prestação dos serviços educacionais para crianças na faixa de 0 a 3 anos. A Secretaria de Educação apresentou diversos documentos para demonstrar a existência de planejamento: Plano de

³⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 17.

³⁴⁹ CAMPOS, Maria Malta. **Critérios para um atendimento em creches que respeite os direitos fundamentais das crianças**. 6. ed. Brasília, MEC, SEB, 2009 *apud* DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 17

³⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 17-18.

³⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 21.

Ação da Secretaria de Educação para 2008; PPA do Distrito Federal de 2012-2015 (Lei distrital n. 4.742/2001) e PNA de 2001/2010 (Lei n. 10.172/01). Contudo, as **metas** neles indicadas são **totalmente díspares**, variando desde o atendimento de 100% da demanda (Plano de Ação para 2008 e Plano de Desenvolvimento Econômico e Social do DF) até ínfimos 5% (PPA/DF).³⁵²

Diante da inexistência de planos educacionais, a auditoria considerou as metas do PPA para 2012-2015 como parâmetro de análise da oferta de vaga em creches pelo Distrito Federal no ano de 2012. A comparação das metas do PPA/DF 2012-2015 com o PNE 2001-2010 indicou que as metas do PPA/DF (5% em 2012, 9% em 2013, 14% em 2014 e 19% em 2015) eram muito inferiores em relação às do plano federal (30% em 2005 e 50% em 2010), não contemplando o PPA/DF os objetivos do PNE. A conclusão diante deste cenário foi de que o Distrito Federal **não possui** instrumentos de planejamento de médio e longo prazos específicos destinados à melhoria da educação prestada à população de 0 a 3 anos.³⁵³

As principais causas apontadas foram a falta de priorização da educação para crianças de 0 a 3 anos e o predomínio da **informalidade** nas ações de planejamento e avaliação. Os efeitos disso seriam a prestação irrisória do serviço e a “dificuldade de se formular diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação, monitoramento e avaliação das ações de governo para ampliar e melhorar a qualidade da educação infantil”.³⁵⁴

Ainda que se considere a **menor meta** estipulada para 2012, estipulada em 5% da demanda pelo PPD/DF 2012-2015, o Distrito Federal não logrou atingi-la. Apenas **3,46%** da demanda potencial por creches foi atendida no exercício de 2012, correspondendo a 6.034 pessoas do universo de 174.404 crianças de 0 a 3 anos, que potencialmente procuravam o serviço de creche. O patamar alcançado é ainda **inferior** ao resultado obtido no exercício anterior. Em 2011, **4,33%** da demanda potencial por creches foi atendida, resultando em 6.497 das 149.876 crianças, embora o baixo percentual já houvesse sido apontado pelo TCDF desde 2005, conforme auditoria referente ao processo n. 1.232/04, no qual se constatou, ainda, a falta de mapeamento da demanda reprimida no Distrito Federal.³⁵⁵

As principais causas apontadas para o baixo índice atingido, considerada a tímida meta estimada pelo próprio Distrito Federal, corresponderiam à falta de comprometimento com as metas previstas nas normas e planos nacionais e com a priorização de investimentos na

³⁵² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 22.

³⁵³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 23-24.

³⁵⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 24.

³⁵⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 24.

educação infantil. Tanto assim que as metas do PPA/DF nem sequer chegavam à décima parte do estabelecido no PNE. Consequência desta postura seria o grande número de crianças desassistidas e a utilização de creches clandestinas ou de cuidadores sem habilitação, resultando em risco à saúde e integridade dos menores, bem como na dificuldade em se atingir, pelo Brasil, metas globais previstas no PNE e no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.³⁵⁶

O segundo aspecto avaliado, relacionado à matrícula na rede pública de ensino, revelou que o processo de matrícula para acesso às creches não era impessoal nem transparente, além de conter falhas graves que afetavam o atendimento prioritário das classes sociais menos favorecidas.³⁵⁷

As vagas ofertadas pelas creches públicas ou conveniadas deveriam ser providas, prioritariamente, pelas crianças mais necessitadas, segundo critério estabelecido pela própria Secretaria de Educação. Para tanto, na ficha de solicitação de vaga, a partir da apresentação de documentos relacionados à baixa renda, criança em situação de vulnerabilidade social, risco nutricional ou mãe trabalhadora, era atribuída uma pontuação predeterminada. O critério de desempate era a idade (criança mais velha) e a criança cuja mãe tivesse maior número de filhos.³⁵⁸

Contudo, a análise dos procedimentos de classificação e seleção demonstrou a ocorrência de fragilidades comprometedoras da correta verificação dos critérios estabelecidos, tais como a não confirmação da veracidade das informações prestadas, sendo apurados casos em que a pontuação não decorreu da análise de documentos, mas de declarações de próprio punho. Também foi constatado relato unânime de diversos responsáveis pelos órgãos de seleção no sentido da ocorrência de excessivo número de solicitações oriundas dos conselhos tutelares, normalmente com alegações genéricas e sem comprovação.³⁵⁹

Outra constatação grave foi a ocupação de vagas por crianças cujas famílias não deveriam usufruir da prioridade, de acordo com os critérios estabelecidos, como filhos de psicólogos de Centros de Apoio Psicossocial; de empresários; de servidores públicos federais e distritais; de professores universitários; de assessores parlamentares; e de oficiais militares.³⁶⁰

³⁵⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 26.

³⁵⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 26.

³⁵⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 27-30.

³⁵⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 27-30.

³⁶⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 27-30.

A fragilidade no processo de seleção teria como causa a estrutura insuficiente para os órgãos gerenciadores procederem à seleção, por não disporem de profissionais para avaliar o efetivo cumprimento dos critérios estabelecidos.³⁶¹

Outra ocorrência está relacionada à deficiente divulgação na respectiva comunidade dos locais, do período de inscrição, dos critérios de seleção e dos documentos necessários para concorrer às vagas. A causa apontada seria a inexistência de norma regulamentando a divulgação, ensejando a limitação do direito da população, em especial a menos informada.³⁶²

Mais uma ocorrência grave constatada diz respeito ao favorecimento indevido na ocupação das vagas, por crianças não pertencentes a famílias carentes, como filhos de gerentes do órgão responsável pela seleção, de integrantes de conselhos tutelares, de servidores da Secretaria de Educação e de familiares de funcionários do alto escalão do Governo do Distrito Federal, cujos pais, provavelmente, recebiam auxílio-creche. A causa, neste caso, seria a pouca transparência do processo de seleção, o precário ou inexistente controle social exercido e a não responsabilização dos envolvidos no descumprimento dos critérios estabelecidos. Consequência disso seria a redução do já limitado número de vagas ofertadas.³⁶³

Os trabalhos relacionados ao último questionamento norteador da auditoria operacional, atinente ao atendimento dos parâmetros mínimos de **qualidade** exigidos pelo Ministério da Educação, detectaram a falta de professores e monitores nas creches públicas, prejudicando o atendimento das crianças. Não obstante, a parcela que recebe o atendimento usufrui um serviço prestado adequadamente no que se refere à estrutura física, alimentação ofertada, padrões mínimos de higiene e de saúde, e de valorização da dimensão lúdica e da individualidade das crianças.³⁶⁴

Em muitas creches constatou-se a insuficiência e a falta de professores e monitores, além da incompatibilidade entre o horário de atendimento às crianças e o de trabalho dos monitores, decorrentes da deficiência na gestão de pessoal, não reposição e gestão inadequada da escala de trabalho. De outra sorte, as instituições visitadas tinham boa estrutura, banheiros adequados e em quantidade suficiente, cozinha e refeitório com cozinha e asseio adequados, lavanderia e condições razoáveis de higiene. Eram servidas cinco refeições com cardápios variados e elaborados por nutricionistas. Havia disponibilidade de instalações adequadas para

³⁶¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 27-30.

³⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas 2013a. p. 30-31.

³⁶³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 32.

³⁶⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 33.

atividades lúdicas e pedagógicas, desenvolvidas de acordo com currículo da Secretaria de Educação e do MEC, dividido em eixos (matemática, identidade e autonomia, linguagem oral e escrita, movimento, artes visuais, música, natureza e sociedade), observando os princípios cuidar, brincar e educar. A individualidade das crianças era valorizada, inclusive com histórico de saúde e relatórios de acompanhamento e desenvolvimento.³⁶⁵

Em conclusão, o TCDF apurou que o Distrito Federal não elaborou os instrumentos obrigatórios por lei, nem outros com a finalidade de traçar a estratégia a ser adotada para o desenvolvimento da educação infantil na faixa de 0 a 3 anos. As vagas são ofertadas em quantitativo insignificante de **3,46%** da demanda potencial, bem abaixo das metas estabelecidas no PNE. Havia carência de professores e monitores. As poucas vagas ofertadas eram ocupadas mediante procedimento não padronizado e com falhas graves, que afetavam a prioridade de atendimento das camadas sociais menos favorecidas. Embora de pouca abrangência, o serviço era prestado de forma razoavelmente adequada, em relação à estrutura física, à alimentação oferecida, à observância dos padrões mínimos de higiene e de saúde e à valorização da dimensão lúdica e da individualidade das crianças atendidas.³⁶⁶

A partir da auditoria operacional realizada, o TCDF elaborou recomendações ao Governo do Distrito Federal e determinações à Secretaria de Educação, por meio da Decisão n. 2.541/13, nestes termos:

I - recomendar ao Governador do Distrito Federal que adote as providências necessárias à edição e implementação do Plano Decenal de Educação, previsto no Plano Nacional de Educação, e do plano de educação de duração plurianual, previsto no art. 245 da Lei Orgânica do Distrito Federal;

II - determinar à Secretaria de Estado Educação do DF que:

a) apresente a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, Plano de Implementação das recomendações a seguir indicadas ou de outras ações que entender necessárias para resolução dos problemas apontados no relatório, contendo cronograma de execução, para fins do posterior monitoramento a ser realizado por esta Corte de Contas:

i. elaborar cronograma de execução das ações a serem desenvolvidas para o atingimento das metas estabelecidas no PPA 2012-2015 quanto ao atendimento em creches;

ii. prover as unidades competentes de estrutura suficiente para garantir a efetiva observância dos critérios de seleção para ocupação das vagas disponíveis em creches, bem como promover a efetiva supervisão e orientação do trabalho das unidades responsáveis pelo processo de classificação e seleção de crianças para ocupação de vagas em creches públicas e conveniadas;

³⁶⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 34-43.

³⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas, 2013a. p. 45.

- iii. promover a efetiva transparência do processo de seleção de crianças, pela divulgação dos critérios e da classificação dos inscritos;
 - iv. elaborar, uniformizar e detalhar os procedimentos operacionais a serem adotados para captar, cadastrar, classificar e selecionar os futuros ocupantes das vagas nas creches públicas e conveniadas do Distrito Federal, inclusive para proceder à avaliação da veracidade das informações prestadas pelos solicitantes;
 - v. aprimorar a fiscalização e os controles dos processos afetos à classificação e seleção de crianças;
 - vi. prover as creches públicas de quantidade suficiente de professores e monitores, com carga horária compatível com o horário de funcionamento das creches, de forma a suprir as necessidades das creches, inclusive com formação de cadastro reserva e de substitutos; b) indique, no prazo de 90 (noventa) dias, os nomes dos servidores que integrarão grupo de contato da auditoria, para fins de acompanhamento, pela equipe de auditoria, da implementação das ações pontuadas no plano;
- III -determinar o envio de cópia do relatório de auditoria ao Senhor Secretário de Estado de Educação, aos Senhores Deputados Distritais e ao Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal.³⁶⁷

Com tais medidas, o TCDF espera alcançar os seguintes benefícios:

- a) efetivo planejamento, monitoramento, controle e avaliação das iniciativas governamentais na área da educação;
- b) incremento do número de crianças de 0 a 3 anos atendidas em creches;
- c) melhora da equidade na alocação de vagas em creches públicas e conveniadas;
- d) maior transparência e respeito à impessoalidade e a justiça social no processo de ocupação de vagas em creches, e incentivo ao controle social;
- e) preenchimento das vagas em creche de acordo com os critérios definidos pela SEDF, que garantem o atendimento preferencial às crianças mais carentes;
- f) melhor gestão do processo de ocupação de vagas em creches;
- g) melhoria da qualidade do atendimento prestado nas creches públicas.

4.2.2 Considerações sobre as auditorias operacionais no ensino analisadas

Esses dois exemplos, longe de esgotar todas as possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas, foram selecionados apenas para demonstrar, concretamente, parcela do poder de atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas e a sua importância na concretização de direitos fundamentais. Nos casos citados, a atuação da Corte, além de determinar a realização de políticas públicas, por meio dos **planos de implementação** das medidas necessárias à solução das irregularidades indicadas, avalia o resultado por meio do acompanhamento das atividades desenvolvidas pelos gestores públicos.

³⁶⁷ DISTRITO FEDERAL, 2013.

Nos casos concretos estudados, pode-se afirmar que, com base em **critérios técnico-científicos**(ver 3.2.1.2), o TCDF detectou que as políticas públicas relacionadas à atividade de manutenção e reforma das unidades de ensino da rede pública e de educação pública infantil em creches públicas e conveniadas do Distrito Federal são insatisfatórias. Isto porque o **resultado final** (ver 3.2.2.1) apresentado na primeira auditoria demonstrou um alto índice de instalações inadequadas, que nem sequer prestaram para manter o nível apurado no ano anterior. Considerando que essa avaliação abrangeu informações de outras quatro auditorias, realizadas anualmente desde 2007, é possível afirmar que a estratégia adotada pelo poder público não vem se revelando eficaz ao longo do tempo, não se tratando de problema pontual.

Em relação à segunda auditoria, o **resultado final** era igualmente insatisfatório diante do reduzidíssimo número de vagas ofertadas, atendendo apenas a 3,46% da demanda, de modo que não contemplava nem a meta menos ousada dentre as várias previstas em diversos documentos. A par disso, havia a ausência de planejamento e de estratégias formalizadas para aumentar o número de vagas em creches, atualmente insignificante, bem como a existência de diversas falhas quanto ao procedimento de seleção das crianças para matrícula nas poucas vagas ofertadas, que além de não ser impessoal e de baixa publicidade, não observava critérios padronizados. Não obstante, embora pouco abrangente, o serviço prestado, em relação aos poucos beneficiários, era razoável.

Essas análises autorizam e dão respaldo à atuação da Corte de Contas no sentido de conduzir o gestor público ao desenvolvimento regular de suas atribuições, conforme defende Valle,³⁶⁸ ao assinalar prazo para adequações e, se for o caso, passando para o viés mais repressivo, aplicando multa pelo eventual descumprimento ou demora no atendimento das determinações estabelecidas, bem como julgando irregulares as prestações de contas relacionadas aos exercícios auditados.

Ademais, as determinações realizadas pela Corte de Contas, no contexto das auditorias realizadas, merecem avaliação positiva em diversos aspectos. De início, porque estabeleceram medidas **concretas** ao gestor público, em vez de diligências genéricas, como exigir as “providências necessárias” à melhoria das instalações da rede de ensino, ou medidas tópicas, como realizar a reforma da escola “A”, sem resolver o problema da rede de ensino.

As medidas determinadas foram específicas, permitindo o seu devido acompanhamento, tais como a definição de cronogramas de reforma/adaptações, o

³⁶⁸ VALLE, 2009. p. 73.

planejamento dos serviços a serem realizados, a indicação dos recursos financeiros necessários, a elaboração de planilha com os serviços solicitados e as datas previstas para a respectiva prestação, o levantamento das necessidades de adaptações. Em relação ao segundo caso, além da elaboração do Plano Decenal de Educação previsto no PNE e do plano de educação plurianual previsto na LODF, determinou-se que o cronograma contemplasse as ações necessárias à implementação das metas do PPA/DF em relação ao atendimento em creches, a efetiva observância dos critérios de seleção de crianças para as vagas existentes, a transparência do processo seletivo, a padronização e transparência dos procedimentos e a adoção de carga horária compatível com o funcionamento das creches.

Além disso, foi definido prazo para a apresentação do **plano de implementação** contendo o cronograma das medidas indicadas e outras consideradas relevantes para fins de monitoramento, bem como a indicação dos servidores que integrarão grupo de contato com o próprio TCDF, para acompanhamento da implementação das determinações.

Observa-se, destarte, existir verdadeiramente um controle da política pública em todos os aspectos, desde a fase de planejamento até a de execução e avaliação. Não obstante, embora haja a aproximação do controle em relação ao gestor público responsável, mediante um acompanhamento bastante estreito e com determinações e prazos claramente estabelecidos, não houve a invasão da esfera de **competência** dos legitimados para a definição das políticas públicas.

Existiu, num primeiro momento, uma provocação para que o gestor responsável exerça as suas competências, “incentivada” pelas medidas repressoras ao alcance do Tribunal de Contas, dentre elas a possibilidade de cominação de multa pessoal pelo descumprimento ou cumprimento intempestivo das determinações, e, eventualmente, a reprovação das contas, considerando que, no primeiro caso, os fatos apurados nas auditorias foram anotados nas contas anuais da jurisdicionada, relativas aos exercícios de 2007 a 2011.³⁶⁹

Em seguida, será possível a avaliação **concreta** das medidas adotadas, para observar se estão surtindo efeito, mediante a continuidade das auditorias operacionais anuais e sucessivas, por meio das quais serão observadas, entre outros critérios, a variação do PPIAN e a evolução do índice de recursos destinados a reformas, construções e reconstruções de unidades de ensino, em relação ao primeiro caso. No segundo caso, o acompanhamento e novas auditorias permitirão verificar se passou a existir maior planejamento pela

³⁶⁹ DISTRITO FEDERAL, 2012.

administração pública, o efetivo atendimento das metas de vagas disponibilizadas em creches, o respeito à impessoalidade e publicidade dos procedimentos de seleção, entre outros avanços.

Sem embargo, após a apresentação do plano de implementação pela Secretaria de Educação, nos dois casos, será possível, ainda, realizar outros tipos de controles, voltados ao **conteúdo**. A partir da exteriorização do planejamento, metas e escolhas feitas pela Administração Pública, o controle passa a ter novos referenciais para atuar. Daí a relevância de compelir o administrador, inicialmente, ao levantamento das necessidades, realização de planejamento, indicação dos recursos financeiros necessários, definição de cronograma e outras atitudes imprescindíveis à conformação da política pública. É imprescindível que a Administração deixe de atuar de forma errática e busque orientar suas ações racionalmente.

Num segundo momento, o controle pode ser exercido sobre o complexo de atos e normas conformadores das políticas públicas, como, por exemplo, para verificar se as próprias **metas** foram alcançadas, se a execução do planejamento atendeu à **eficiência mínima** desejada, se as escolhas realizadas foram as melhores diante dos parâmetros de eficiência, legitimidade e economicidade exigidos pela Constituição (arts. 37, *caput*, e 70, *caput*). Por certo, diante das críticas já referidas em 3.2.1 e seguintes, o controle em relação ao conteúdo deve ser feito com cautela maior do que o controle no sentido de impulsionar o gestor a elaborar a política pública necessária à concretização do direito à educação.

Outra vantagem da auditoria ora examinada consiste na análise **contextualizada**, que permite acompanhar a evolução – ou a involução – do resultado esperado diante das políticas adotadas pelo gestor. Esta visão é mais condizente quando se trata de controle de políticas públicas – ampla escala – do que pelo resultado final esperado, na medida em que será avaliado o quadro geral. Destarte, pode ser que embora a escola “A” não tenha sido reformada, numa visão macro tenha havido a redução do percentual de escolas em condições insatisfatórias, além do aumento do índice de gastos direcionados à manutenção e recuperação da rede. Isto contribui para a melhoria do sistema do ensino como um todo.

De mais a mais, é difícil cogitar a realização pelo Judiciário deste controle da forma que é peculiar aos Tribunais de Contas, em especial o acompanhamento a médio e longo prazo de políticas públicas – no primeiro caso estudado, o período de comparação foi de cinco anos, sucessivamente. Dificilmente o acompanhamento do desenvolvimento da política pública seria possível de se realizar numa demanda judicial, ainda que fosse de natureza coletiva, em razão das peculiaridades do processo judicial.

Outro aspecto a ser ressaltado é a possibilidade de o trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas fornecer importantes elementos técnicos para outras espécies de controle,

tal como o controle de quantidade de recursos a ser investido, no aspecto das relações de prioridade (ver 3.2.2.), no sentido de apurar se estão sendo destinados recursos suficientes para o atendimento do programa de manutenção de escolas públicas ou a construção de novas creches, em comparação com outros programas que, em princípio, não gozam da fundamentalidade do direito à educação (ver 4.2), como os programas de publicidade institucional ou “culturais” (contratação de shows artísticos para eventos festivos). Caso seja detectado que os problemas relacionados à manutenção precária da rede de ensino ou da baixa quantidade de vagas ofertadas não estejam na quantidade de recursos investida, mas na forma de utilização dos recursos, abre-se também o caminho para o controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos (ver 3.2.2.4), a fim de examinar se foi respeitada a relação custo/benefício e outros aspectos relacionados à economicidade (ver 2.4).

O trabalho desenvolvido pela Corte de Contas poderá representar grande contribuição quando da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público em relação ao controle de políticas públicas no ensino no contexto de demandas judiciais, porquanto dificilmente teriam condições de propiciar a instrução da demanda com tantos elementos, obtidos, conforme mencionado, a partir do trabalho desenvolvido em diversas auditorias, inclusive com a avaliação *in loco* de cinquenta unidades escolares, no primeiro caso, e de 36 creches e quatro órgãos gerenciais, no segundo caso.

Ademais, a celeridade da atuação da Corte é elemento a ser destacado. No primeiro caso concreto, as visitas às escolas pela auditoria ocorreram, conforme indicado, entre 31 de janeiro e 2 de fevereiro de 2011, e já em 17 de julho de 2012 houve decisão final, até mesmo com a análise de recurso manejado pelo Ministério Público de Contas.³⁷⁰ No segundo caso, o trabalho de campo ocorreu entre 19 de fevereiro e 14 de março de 2013, e a decisão da Corte, em 11 de junho de 2013.³⁷¹

Cumpre, também, reiterar a relevância – e o dever – de se dar ampla publicidade a esse tipo de atuação, de modo a propiciar o controle social das políticas públicas em educação,

³⁷⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Auditoria operacional realizada em 2011, com o objetivo de avaliar a qualidade das instalações físicas das escolas da rede pública de ensino do Distrito Federal. Decisão n. 3613/2012 no processo n. 1630/2011. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, 17 jul. 2012. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 6 ago. 2012, p. 4.

³⁷¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Auditoria Operacional para avaliar a qualidade do serviço prestado pelo Governo do Distrito Federal na área de educação, por meio de creches, à população de 0 a 3 anos. Decisão n. 2.541/13 no processo n. 20.440/12. Jurisdicionados: Governador do Distrito Federal e Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relatora: Conselheira Anilcéia Luzia Machado. Brasília, DF, 11 jun. 2013. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 20 jun. 2013, p. 10-17.

conforme preconizado pela Lei de Acesso à Informação (ver 2.4 e 3.2.2.7). Nos dois casos, o resultado das auditorias foi disponibilizado ao público por meio de cartilhas, divulgadas pelo TCDF.

Outras alternativas relacionadas ao controle de políticas públicas podem ser extraídas a partir da interpretação dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, conforme já mencionado anteriormente (ver 3.2.2.7), mormente quando se tem em mente a estreita relação existente entre a concretização de direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas e do aperfeiçoamento dessas a partir da atuação dos Tribunais de Contas.

O protagonismo dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas deve existir – assim como o dos demais legitimados – e não será decorrência de uma interpretação extensiva do texto constitucional, que, conforme se pode observar, é pródigo ao dispor sobre as competências dessas Cortes (ver 2.4). A maior dificuldade em se admitir esta ideia estaria mais na concepção arraigada de que os TCs cumprem papel de fiscalização meramente formal e legalista do que do seu real regime jurídico expresso na Constituição (ver 2.5).

Não se olvide, também, que muito da referida concepção – ou preconcepção – é fruto do histórico de atuação de grande parte das Cortes de Contas, mesmo após 1988, que não perceberam o leque de oportunidades conferido pelo constituinte, nem os avanços da doutrina relacionados ao estudo das políticas públicas – em especial a possibilidade de seu controle –, da força normativa dos princípios e da eficácia dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

A evolução dos Tribunais de Contas nos textos constitucionais brasileiros, desde a sua previsão inicial na Constituição de 1891, com o surgimento da República, até o presente, demonstra o seu fortalecimento progressivo. O ápice ocorreu em 1988, quando se superou, em larga escala, todas as demais Constituições tanto em relação ao quantitativo de dispositivos disciplinadores quanto à ampliação de competências.

Nota-se o ímpeto do constituinte em consolidar o sistema de controle externo por meio dos Tribunais de Contas, conferindo-lhe maiores poderes, como, por exemplo, a ampliação do enfoque, agregando ao tradicional aspecto da legalidade os inovadores padrões de legitimidade e economicidade, expressões de conteúdo aberto importantíssimas no controle material dos atos e processos realizados pela Administração Pública, inclusive das políticas públicas.

A conformação jurídica conferida às Cortes de Contas tem caráter prioritariamente constitucional, com suas competências definidas quase à exaustão na Constituição Federal. Há pouca dependência de lei, existindo menção expressa à necessidade de lei regulamentadora apenas para a definição de sanções (art. 71 inc. VIII) e do procedimento de denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º).

A compreensão da evolução histórica nos textos constitucionais e das disposições vigentes tem importância fundamental na definição da natureza jurídica dos Tribunais de Contas e de suas decisões. A melhor trilha a seguir corresponde à impossibilidade de se enquadrar estas Cortes como órgãos integrantes de um dos três poderes clássicos, até porque são criações posteriores à elaboração da teoria da separação dos poderes. São, portanto, instituições autônomas, órgãos da pessoa jurídica União, Estado ou Município do respectivo ente federativo ao qual se vinculam, conforme o caso, diretamente. É inadequado postular o enquadramento dos Tribunais de Contas como órgãos do Poder Legislativo.

Tal assertiva tem certa pertinência quanto à natureza dos julgamentos realizados por tais Cortes. Conforme lição clássica de Miguel Seabra Fagundes,³⁷² o constituinte pode estabelecer exceções ao monopólio da jurisdição. O julgamento previsto no art. 71, inc. II, da CF corresponde a uma exceção, contra a qual não se pode opor o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, na medida em que este não é voltado à limitação do próprio texto

³⁷² FAGUNDES, 1967, p. 1967 *apud* FERNANDES, 2008, p. 150.

constitucional, mas ao legislador ordinário. Fruto dessa premissa, de que a competência de julgamento de contas reflete exercício de jurisdição pelo Tribunal de Contas, é a vedação à reforma ampla e irrestrita dos seus julgados pelo Poder Judiciário. Eventual julgamento pela reprovação das contas de determinado gestor não pode ser reformado judicialmente para passar a significar a sua aprovação. Não obstante, na linha da jurisprudência da Suprema Corte, admite-se o controle judicial em certos casos relacionados à violação de formalidades legais ou à preservação de direitos e garantias individuais, mas não quanto ao mérito. Constatada ilegalidade ou violação a direitos e garantias individuais, o julgado do Tribunal de Contas deve ser anulado para que o próprio Tribunal edite nova manifestação.

Outro aspecto importante relacionado ao tema corresponde ao grau de intensidade do controle judicial em relação às decisões das Cortes de Contas. Na definição do quanto se poderá avançar, é preciso considerar o caráter eminente técnico da atuação destes órgãos, sua estatura constitucional, a atuação especializada voltada exclusivamente ao controle da Administração Pública e a existência de uma estrutura orgânica e funcional cercada de prerrogativas incomuns aos órgãos administrativos em geral. De outra sorte, as demais competências não relacionadas ao julgamento, em especial as de mero exame de legalidade, poderão sofrer um controle judicial mais amplo.

Adotando as definições de Carlos Ayres Britto,³⁷³ tem-se que a função dos Tribunais de Contas, no sentido de atividade típica do órgão, é o controle externo. As competências, correspondentes a poderes instrumentais à função, estão dispostas no rol do art. 71 da CF. Há ainda as prerrogativas deferidas ao órgão e aos seus membros como condições propícias para o melhor desempenho de sua função nos aspectos institucional e subjetivo, sendo os paradigmas, respectivamente, os Tribunais judiciais e seus magistrados.

Entre as competências, merece destaque a emissão de parecer prévio em relação às contas de governo, onde é analisada, entre vários aspectos, a conduta do gestor na função de planejamento, organização, direção e controle de políticas públicas. Igualmente relevante o julgamento de contas de gestão, ocasião em que se examinam separadamente diversos atos relacionados à gestão contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional do responsável.

Além do amplo foco de fiscalização atribuído aos Tribunais de Contas, alcançando os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração

³⁷³ BRITTO, 2005. p. 4-5.

Pública, a legalidade, a legitimidade e a economicidade devem pautar seus julgamentos e fiscalizações, não apenas em relação às despesas públicas realizadas, mas igualmente quanto à gestão das receitas públicas.

A utilização da técnica dos conceitos abertos para guiar a atuação das Cortes de Contas enseja a ampliação do enfoque, mas, por certo, exige a fundamentação racional das suas decisões, em especial para que não se valham delas como meio para se imiscuir em decisões políticas cuja competência não lhes fora atribuída.

No roldos instrumentos à disposição das Cortes de Contas, merecem destaque, em razão do escopo deste trabalho, as auditorias, utilizadas, entre várias possibilidades, para avaliar o desempenho dos órgãos jurisdicionados, bem como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, nos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Em especial as auditorias operacionais, focadas nos resultados, têm enorme potencial de aproveitamento no controle de políticas públicas, sobretudo quando comparadas às auditorias tradicionais, de conformidade ou de legalidade. O acompanhamento, igualmente, é outro instrumento de grande utilidade, no exame, por período determinado, da legalidade e da legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis, ao longo de período predeterminado. A possibilidade de assinalar prazo para que o órgão ou entidade fiscalizado adote providências necessárias ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade, é outra ferramenta de grande valor, por reconduzir o gestor à correção dos rumos.

Outras características relevantes atribuídas aos Tribunais de Contas são a celeridade de seus processos; a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público; a capacidade de criar título executivo a partir de seus julgados; a possibilidade de impor sanções graves, previstas em lei, como a multa proporcional ao dano ao erário, a declaração de inidoneidade do licitante fraudador de licitação, a inabilitação para ocupar cargo em comissão ou função pública; e a competência para emissão de provimentos cautelares, como a decretação, diretamente pela Corte, da indisponibilidade de bens, a solicitação de arresto e a suspensão de ato ou procedimento até a decisão de mérito. Além disso, os julgamentos pela irregularidade de contas poderão resultar na inelegibilidade do gestor público, a ser reconhecida pela Justiça Eleitoral.

O exame das críticas comumente direcionadas à atuação das Cortes de Contas também é necessário para a compreensão do papel dos TCs. A primeira corresponde à forma de indicação de seus membros, que teria cunho marcadamente político e pouca transparência no processo de escolha, em detrimento de uma atuação técnica e independente dos membros escolhidos. Ademais, alega-se que as decisões dos Tribunais de Contas não seriam finais,

cabendo revisão pelo Poder Judiciário; seria um controle limitado à verificação da legalidade estrita das contas públicas e suas investigações particularmente demoradas.

Em contraposição às críticas, foi evidenciado que as Cortes de Contas têm a vocação para uma atuação efetiva – não se admitindo a revisibilidade ilimitada de seus julgados –, ampla – por focar não apenas a legalidade, mas também a legitimidade e a economicidade – e célere. Sem embargo, reconheceu-se a existência de muita disparidade entre os Tribunais, atribuída tanto ao fato de não integrarem um sistema unificado de controle externo, como por não estarem submetidos a algum controle exterior único, que estabeleça metas e padrões de atuação. Em relação à forte influência política foi constatado que, até o surgimento de alguma alteração na Constituição, pode ser mitigada pela observância concreta e, quando necessário, pelo controle judicial dos requisitos constitucionais estabelecidos para a investidura nos cargos de Conselheiro ou Ministro de Tribunal de Contas, mais rígidos até do que os previstos para a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ao encerrar a primeira parte do trabalho, foi examinado o Ministério Público de Contas, órgão especial e autônomo em relação aos demais ramos do Ministério Público, ao qual cumpre a defesa da ordem jurídica específica relacionada à atuação dos Tribunais de Contas, bem como zelar pela observância dos direitos e garantias fundamentais nos processos de contas. A presença do *Parquet* nas Cortes de Contas como um fator de autonomia dos próprios Tribunais é especialmente necessária pelo fato de ser um órgão rigorosamente jurídico num colegiado em que a formação jurídica não é obrigatória. Nenhum outro órgão que não integre o Poder Judiciário depende da presença obrigatória do Ministério Público para atuar, de modo que a ausência de sua manifestação nos processos submetidos à deliberação da Corte implica nulidade.

O seu regime jurídico tem como paradigma o Ministério Público comum, sendo assegurado a seus membros o mesmo estatuto jurídico que rege, no tocante a direitos, vedações e forma de investidura, os membros do *Parquet* comum, conforme entendimento do STF desde a ADI n. 789.³⁷⁴ Contudo, em relação à autonomia institucional, a Suprema Corte

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Adin. Lei n. 8.443/92. Ministério Público junto ao TCU. Instituição que não integra o Ministério Público da União. Taxatividade do rol inscrito no art. 128, I, da Constituição. Vinculação administrativa a Corte de Contas. Competência do TCU para fazer instaurar o processo legislativo concernente a estruturação orgânica do Ministério Público que perante ele atua (cf, art. 73, caput, in fine). Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária. Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar. Inteligência da norma inscrita no art. 130 da Constituição. Ação Direta improcedente. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 789. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 26 maio 1994. **Diário da Justiça**, 19 dez. 1994.

estabeleceu a vinculação administrativa às Cortes de Contas, entendimento esse bastante controvertido na doutrina, pela dificuldade em se desvincular a independência funcional do membro da necessária autonomia da instituição. Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público reiterou que o Ministério Público de Contas tem natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro, cuja atuação extrajudicial não o descaracterizaria como tal, mas apenas o identificaria como órgão extremamente especializado. Ademais, reconhecida a autonomia funcional, o CNMP declarou a necessidade de se acompanhar a gradual aquisição de autonomia administrativa e financeira pelo MPC, como forma de assegurar o pleno e independente exercício de suas atividades pelos seus membros.³⁷⁵

Definido o papel do Tribunal de Contas no sistema de controle externo estabelecido na Constituição, foi explorado o tema das políticas públicas sob os seguintes aspectos: a definição do fenômeno e o seu controle. Ao tratar do controle de políticas públicas foram abordadas as críticas e as formas de controle possíveis.

Numa sociedade complexa, composta por diversos grupos com interesses conflitantes, o conteúdo do interesse público não pode ser considerado como algo facilmente obtido a partir de uma suposta unanimidade social ou consenso coletivo, porquanto a sociedade não compõe um bloco coeso. Por outra via, não se pode admitir uma escolha pessoal, despótica e mal fundamentada do administrador público, sob o rótulo de defender o interesse público simplesmente pelo cargo que ocupa. Diante da dificuldade em se definir o conteúdo do interesse público, tem-se que a definição das escolhas públicas é um processo de decisão política que exige a apresentação dos pressupostos técnicos e materiais informadores da decisão, compreendendo as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação, bem como a avaliação dos efeitos jurídicos e sociais das escolhas.

O estudo das políticas públicas compreende a análise das necessidades, das escolhas feitas para a satisfação dessas necessidades, das medidas efetivamente adotadas, da execução das medidas e da avaliação do resultado produzido após a atividade administrativa realizada para a satisfação do interesse público.

³⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Consulta. Controle externo pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Natureza jurídica. Funções institucionais. Garantias e vedações dos membros. Autonomia funcional já reconhecida. Autonomia administrativa e financeira em processo de consolidação. Consulta respondida positivamente. Acórdão na consulta n. 843/2013-39. Autora: Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Relatora: Taís Schilling Ferraz. Brasília, DF, 7 ago. 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 ago. 2013.

As formas pelas quais o poder público atua a fim de concretizar o interesse público são variadas e não seguem um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo ordenamento jurídico, sendo tema marcado pela interdisciplinaridade. Não significa, contudo, a exclusão do modelo de legalidade, mas apenas que há conceitos que fogem dos limites jurídicos impostos pelo direito positivo.

Apesar da dificuldade em se definir políticas públicas, compreende-se o fenômeno como uma atuação estatal organizada e em ampla escala, sem forma jurídica predeterminada, direcionada a determinado fim estabelecido pelo poder público. O que confere unidade ao conjunto é a atuação organizada e a finalidade que se pretende alcançar, que nem sempre será revelada em instrumentos jurídicos. A compreensão do fenômeno dependerá sempre do contexto e de outros elementos não relacionados ao direito para conferir unidade e constatar se se está diante de uma política pública, permitindo-se, a partir da impressão digital governamental, um melhor controle da administração.

A ênfase deve recair não apenas sobre o direito subjetivo, mas avaliar a forma de organização das estruturas jurídicas estatais, por meio das quais os direitos se tornam realidade. Neste contexto, ressoa a pertinência dos instrumentos ao alcance dos Tribunais de Contas, em especial das auditorias operacionais. Por certo, mais relevante que a definição rigorosa do significado jurídico de políticas públicas é estabelecer qual o controle possível sobre elas.

Antes, porém, foi ressaltado que o controle sobre políticas públicas não está livre de críticas, sendo diversas as restrições direcionadas a essa atividade. Ana Paula Barcellos sistematiza as críticas comumente apontadas ao controle judicial de políticas públicas em crítica da teoria da Constituição, filosófica e operacional.³⁷⁶ Avaliadas a partir do controle realizado pelos Tribunais de Contas, foi verificado que elas não merecem acolhida.

A atuação das Cortes de Contas é essencial ao fortalecimento do diálogo democrático e contribui para que as políticas públicas atinjam sua finalidade, além de fomentar o controle social. O papel de destaque que devem ocupar no cenário do controle da Administração Pública, inclusive em relação às políticas públicas, é fruto também de deliberação majoritária democrática estampada no texto constitucional. Desta forma, a crítica da Teoria da Constituição não deve prosperar, pois não há, pelas Cortes de Contas, a invasão do espaço reservado à deliberação democrática.

³⁷⁶ BARCELLOS, 2008. p. 111-147.

A crítica filosófica não prospera quando se trata de padrões e consensos morais ou técnicos consolidados. Neste contexto, os Tribunais de Contas são órgãos técnicos por excelência, cuja *expertise* recai justamente sobre o controle da Administração Pública, dispondo de instrumentos específicos e profissionais capacitados para demonstrar a existência ou não de um consenso técnico e indicar se determinada política pública escolhida é tecnicamente (in)viável para atingir determinada finalidade ou até manifestamente ineficiente, bem como para avaliar a sua execução.

De igual modo, a crítica operacional, a mais difícil de ser contornada pelo Poder Judiciário, também cede diante das peculiaridades do controle externo. Os Tribunais de Contas têm melhores condições de analisar a chamada macrojustiça, pois a sua atuação se pauta, via de regra, pela análise global e contextualizada da Administração e não por demandas individuais ou de grupos específicos. Possuem as informações relativas ao orçamento e à execução financeira, bem como às prestações de contas dos gestores públicos, além de instrumentos próprios sem paralelo no Judiciário, como as auditorias operacionais e o acompanhamento, que permitem a avaliação das políticas públicas sob diversos enfoques, inclusive o material. Eventuais interferências das Cortes de Contas em relação aos atos praticados pela Administração Pública têm uma probabilidade menor de gerar distorções como as ocasionadas por diversas demandas individuais e pulverizadas, apreciadas por vários juízos. Como a atuação independe de provocação individual e não busca solucionar o caso particular de um indivíduo específico, mas a gestão, as políticas públicas, as ações e os programas por inteiro, o público beneficiado é a sociedade como um todo.

Superadas as críticas, na perspectiva do controle das políticas públicas, o foco do estudo recaiu sobre o objeto a ser controlado e a modalidade de controle.³⁷⁷ O controle visto a partir do objeto corresponde a dois grupos. O primeiro, relacionado ao conteúdo das políticas públicas, em que se controla, em abstrato, a fixação de metas e prioridades pelo poder público, e em concreto, o resultado do final esperado das políticas públicas de determinado setor.

O segundo grupo de controle pelo objeto refere-se a aspectos relacionados ao processo de decisão e execução das políticas públicas, admitindo-se o controle a respeito da quantidade de recursos a ser investida, do atendimento ou não de metas fixadas pelo poder público e da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos voltados à finalidade especificada.

³⁷⁷ BARCELLOS, 2008. p. 128-129.

Quanto às modalidades de controle, observa-se o ambiente processual judicial em que a discussão será apresentada e os efeitos objetivos e subjetivos de eventuais decisões proferidas. Por ter viés mais atrelado à perspectiva judicial, não guarda tanta pertinência com o foco do trabalho quanto o primeiro aspecto – controle a partir do objeto.

O controle abstrato da fixação das metas e prioridades pela Administração Pública é perfeitamente cabível pelos Tribunais de Contas. A elaboração de orçamento sem contemplar as despesas com gastos suficientes ao atendimento de determinados direitos fundamentais seria ilegal e ilegítima. Neste contexto, é possível assinar prazo para que o órgão ou entidade responsável pela prestação do serviço público tome providências para sanar a omissão verificada.

Em relação ao controle do resultado final esperado, é difícil imaginar situação em que a Corte de Contas possa deferir diretamente ao interessado o bem da vida ou o serviço público almejados, como ocorre na concessão judicial de medicamentos ou de matrícula na rede pública de ensino. Contudo, a rigor, embora estes casos influenciem inegavelmente as políticas públicas adotadas, pela necessidade de o poder público se reorganizar para cumprir a determinação judicial, trata-se do reconhecimento de direito subjetivo público do beneficiário à saúde ou à educação. Não há propriamente um controle para verificar se a atuação estatal organizada atende aos ditames legais e constitucionais, nem se examina ou corrige a política pública adotada para resolver efetivamente a demanda da sociedade. O poder público, após atender ao comando judicial individual, continua livre para manter as mesmas políticas públicas deficientes que, por certo, gerarão novas ações judiciais. O controle de políticas públicas é, portanto, mais amplo que o controle do resultado final esperado.

Em relação ao controle da quantidade de recursos a ser investido, este já é normalmente fiscalizado pelas Cortes de Contas, por exemplo, ao apreciar nas prestações de contas anuais o respeito aos limites mínimos de gastos com saúde e ensino. Em caso de descumprimento, além da emissão de parecer prévio desfavorável, admite-se provimento do Tribunal no sentido de determinar ao gestor faltoso as providências necessárias para inserir no orçamento do exercício seguinte a autorização de gasto e a efetiva realização de despesas suficientes à compensação do montante que deveria ter sido gasto e não foi.

Outra possibilidade, ainda na seara do controle da quantidade de recursos, é a construção de relações de prioridade de gastos, cujos parâmetros também estão mais facilmente ao alcance dos Tribunais de Contas, que possuem as informações e instrumentos necessários à análise. Caso seja detectada manifesta disparidade entre gastos de relevância

inversamente proporcional, é possível afirmar que a despesa realizada é ilegal ou ilegítima, justificando a atuação no sentido de reconduzir o gestor ao caminho correto.

O controle do atendimento das metas fixadas pelo poder público, no contexto do acesso à informação e à divulgação, também guarda pertinência com as atribuições dos TCs. A partir da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), os Tribunais de Contas têm o dever de tornar público o resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas, inclusive as prestações de contas dos exercícios anteriores. Ao tornar pública a sua atuação, o TC permitirá o controle social sobre o atendimento das metas fixadas pelo próprio poder público. Eventual omissão do Tribunal de Contas em divulgar tais informações pode ser combatida pela via judicial, em especial a do mandado de segurança.

Quanto à eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, esse controle já decorre da atuação corriqueira das Cortes de Contas, que possuem a *expertise* necessária para apurar o valor de mercado dos bens e serviços adquiridos pelo poder público, sendo de grande valia os já citados instrumentos específicos ao seu alcance.

O controle dos Tribunais de Contas deve atuar, primordialmente, para reconduzir o titular da competência para a elaboração e implementação de políticas públicas à trilha do respeito à Constituição, à lei e, em especial, da concretização dos direitos fundamentais. São órgãos jurídicos dotados de instrumentos variados e hábeis a exercer eficazmente o controle de políticas públicas, à exceção do denominado controle do resultado final esperado que, a rigor, não é controle de política pública.

A proposta de atuação mais acentuada dos Tribunais de Contas vai ao encontro de uma racionalização maior da provocação judicial, potencializada nos últimos anos a partir do uso, muitas vezes desenfreado, de demandas judiciais individuais, voltadas à concessão de prestações positivas específicas pelo Estado, diante da ausência ou ineficiência das políticas públicas adotadas, mas sem que haja providência alguma no sentido de avaliá-las e corrigi-las.

A atuação efetiva dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, respeitado o esquema definido no texto constitucional, porém sem abrir mão de todas as possibilidades de atuação ao seu alcance, evitaria a propagação de soluções tópicas remediadoras que não resolvem os problemas em larga escala. Disso resultaria um maior equilíbrio entre o papel atualmente desempenhado pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas, em prol da otimização do controle geral sobre políticas públicas e, por conseguinte, da concretização de direitos fundamentais.

O fenômeno do neoconstitucionalismo é caracterizado por três marcos. Historicamente, trata-se do constitucionalismo posterior à Segunda Grande Guerra, na

Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951, e na Itália, com a Constituição de 1947 e com a instalação de sua Corte Constitucional em 1956. No Brasil correspondeu à Constituição de 1988.

Filosoficamente, o marco é o pós-positivismo, caracterizado pela confluência do jusnaturalismo com o positivismo, mediante a superação de modelos puristas, destacando-se a normatividade conferida aos princípios e a definição de sua relação com valores e regras, a utilização da razão prática e da argumentação jurídica, e a formação de uma teoria dos direitos fundamentais construída a partir da dignidade humana.

O marco teórico, por sua vez, seriam três grandes transformações atinentes à aplicação do direito constitucional, quais sejam: a aceitação da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a formulação de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

No trato das políticas públicas, o neoconstitucionalismo tem repercussão em diversos aspectos. É por meio de ações e omissões estatais que os direitos fundamentais são promovidos, pressupondo decisões relacionadas ao gasto dos recursos públicos. Por meio das políticas públicas o Estado poderá realizar os fins estabelecidos no texto constitucional. Diante da escassez de recursos e da vinculação existente no texto constitucional em relação a certas finalidades, admite-se o controle de políticas públicas. Contudo, a omissão, em determinados casos, quanto ao montante a ser gasto, com qual finalidade, em que e como, alimenta muitas das críticas ao controle.

Não se pode desprezar a influência dos Tribunais de Contas na proteção dos direitos fundamentais, visto que são responsáveis por fiscalizar os mecanismos imprescindíveis à concretização de tais direitos. Há, pois, relação entre a proteção de direitos fundamentais e o funcionamento das Cortes de Contas, cumprindo a estas avaliar a atuação dos administradores, indo além da mera análise e aplicação dos recursos públicos mínimos em saúde e educação, para elaborar um exame de eficácia e eficiência dos direitos fundamentais prestados. Daí a importância de se proceder a uma leitura conjunta das competências das Cortes de Contas e dos princípios e objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição.

A fim de confirmar a tese da relevância dos Tribunais de Contas no contexto do controle de políticas públicas e da efetivação de direitos fundamentais, foram analisados dois casos concretos relacionados ao direito fundamental à educação.

Os casos estudados não esgotam as possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas na seara do controle de políticas públicas, mas cumprem a função de demonstrar a importância destas Cortes e as consequências positivas de sua atuação para a concretização

dos direitos fundamentais. Neles foi possível observar, a partir da realização de auditorias operacionais, com base em critérios técnico-científicos, que as políticas públicas relacionadas à manutenção e reforma de unidades de ensino da rede pública (primeiros caso) e de educação infantil em creches públicas e conveniadas no Distrito Federal (segundo caso) eram insatisfatórias. A estratégia adotada pelo poder público não surtiu os efeitos esperados.

Diante das análises realizadas, o Tribunal de Contas do Distrito Federal atuou para reconduzir os gestores públicos ao desenvolvimento regular de suas atribuições, assinando prazo para as adequações especificadas e determinando as medidas concretas a ser tomadas, de modo a permitir o acompanhamento da evolução dos casos pelo próprio Tribunal.

Foi constatada a realização de um verdadeiro controle de política pública, em todos os aspectos, desde a fase de planejamento até as de execução e avaliação, sem, contudo, invadir a esfera de competência dos gestores legitimados. A partir dos trabalhos realizados, será possível avaliar concretamente a evolução das medidas adotadas, pela continuidade das auditorias operacionais e do acompanhamento.

A apresentação de um plano de implementação com ações e cronogramas para implementação das medidas necessárias à solução ou, ao menos, mitigação dos problemas, conforme determinado pelo TCDF, permite aprofundar o controle para o conteúdo do plano apresentado, além de viabilizar aferir se as metas estabelecidas foram alcançadas e o planejamento e execução atenderam à eficiência mínima desejada.

Os casos apresentados também se revelam úteis na hipótese de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público em demandas relacionadas ao direito à educação, pois fornecem elementos que de outra forma dificilmente seriam por eles obtidos, tal como o resultado das informações colhidas a partir da inspeção *in loco* de cinquenta unidades escolares, no primeiro caso, e de 36 creches e quatro órgãos gerenciais, no segundo caso.

A celeridade da atuação foi comprovada, decorrendo pouco mais de um ano entre o trabalho de campo e as decisões definitivas do TCDF a respeito das conclusões das auditorias operacionais realizadas.

Outras alternativas relacionadas ao controle externo podem ser elaboradas a partir da interpretação das competências dos Tribunais de Contas, em especial se observada a estreita relação entre a concretização dos direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas e do aperfeiçoamento dessas a partir da atuação das Cortes de Contas.

Resulta, portanto, definido o papel proeminente reservado aos Tribunais de Contas na Constituição de 1988. A compreensão do fenômeno das políticas públicas e da forma como o controle sobre elas ocorre permite afirmar que tais Cortes podem e devem fiscalizá-las, em

especial as relacionadas à concretização de direitos fundamentais. A partir do exame de casos concretos foi demonstrado o seu desempenho no controle de políticas públicas e a consequente repercussão positiva para a efetivação do direito fundamental à educação, sem prejuízo de outras soluções já propostas e de novas a serem extraídas do estudo contextualizado das competências dos Tribunais de Contas em relação às disposições constitucionais atinentes aos direitos fundamentais.

As Cortes de Contas têm muito a colaborar para a consolidação da democracia por meio de sua atividade de controle da Administração Pública, estudada sob o prisma constitucional. No desempenho de suas atribuições na seara da fiscalização de políticas públicas, valendo-se dos instrumentos adequados, podem contribuir para a consolidação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Contas. **História do TCE/AL**. Maceió, 3 set. 2009. Disponível em: <http://www.tce.al.gov.br/v2/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=138>. Acesso em: 24 mar. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALTAFIN, Iara Guimarães. Pesquisa mostra interesse dos brasileiros pela política. **Agência Senado**, Brasília, DF, 4 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Especiais/reformapolitica/noticias/pesquisa-mostra-interesse-dos-brasileiros-pela-politica.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil**: avaliação da qualidade e agilidade do controle externo (revisão por pares). Brasília, DF, 2013.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP). Nota de repúdio. **Notícias**. Brasília, DF. 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=2880>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, DF, v. 30, n. 82, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055472.PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005, p. 13-54.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **As ideologias do poder em crise**. Tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BOGONI, Flávia. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula n. 347 do STF. **Fórum Administrativo– FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, set. 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição n. 329, de 17 de outubro de 2013. Altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências. Autoria: Deputado Federal Francisco Praciano. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**, Brasília, DF, p. 7. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, fl. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934, republicado em 19 dez. 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937, republicado em 11 nov. 1937, 18 nov. 1937 e 19 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 set. 1946, republicado em 25 set. 1946 e 15 out. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 jan. 1967, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892. **Coleção de Leis do Brasil de 1892**, Brasília, DF, v.1, pt.2, p. 1028. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Santa Catarina. Dispositivo segundo o qual os Procuradores da Fazenda junto ao Tribunal de Contas exercerão as funções do Ministério Público. Inadmissibilidade. Parquet especial cujos membros integram carreira autônoma. Inconstitucionalidade reconhecida. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 328. Autor: Procurador Geral da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade. A questão pertinente ao Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas estadual: uma realidade institucional que não pode ser desconhecida. Conseqüente impossibilidade constitucional de o Ministério Público Especial ser substituído, nessa condição, pelo Ministério Público comum do Estado-Membro. Ação direta julgada parcialmente procedente. Os Estados-Membros, na organização e composição dos respectivos Tribunais de Contas, devem observar o modelo normativo inscrito no art. 75 da Constituição da República. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 2884. Autor: Partido Progressista. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 02 dez. 2004. **Diário da Justiça**, 20 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Constitucional. Ação civil pública. Ministério Público. Município: aplicação, no ensino, do percentual de 25% da receita proveniente de impostos. Interesse social relevante: legitimidade ativa do Ministério Público. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212. I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido. Acórdão no recurso extraordinário n. 190938. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Município de Fortaleza de Minas. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 094, 21 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Adin. Lei n. 8.443/92. Ministério Público junto ao TCU. Instituição que não integra o Ministério Público da União. Taxatividade do rol inscrito no art. 128, I, da Constituição. Vinculação administrativa a Corte de Contas. Competência do TCU para fazer instaurar o processo legislativo concernente a estruturação orgânica do Ministério Público que perante ele atua (cf, art. 73, caput, in fine). Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária. Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar. Inteligência da norma inscrita no art. 130 da Constituição. Ação Direta improcedente. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 789. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 maio 1994. **Diário da Justiça**, 19 dez. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1 - Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas. Não lhe confere, a Constituição Federal, autonomia administrativa. Precedente: ADI 789. Também em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75). 2 - Tribunais de Justiça. A eles próprios compete (e não ao Governador) a nomeação dos Desembargadores cooptados entre os Juízes de carreira (Constituição, art. 96, I, c). Precedentes: ADI 189 e ADI 190. Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vagas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento, do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal. Inconstitucionalidade, por igual, da dispensa de exigência, quanto aos lugares destinados aos advogados e integrantes do Ministério Público, do desempenho de dez anos em tais atividades. Decisões tomadas por maioria, exceto quanto à prejudicialidade, por perda de objeto, dos dispositivos transitórios referentes à instalação da Capital e à criação de municípios do Estado do Tocantins. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 160. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, DF, 23 abr. 1998. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 nov. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado. Instituição que não integra o Ministério Público comum do Estado-Membro. Conseqüente inaplicabilidade, ao Ministério Público Especial, das cláusulas constitucionais, que, pertinentes ao Ministério Público comum, referem-se à autonomia administrativa e financeira dessa instituição, ao processo de escolha, nomeação e destituição de seu procurador-geral e à iniciativa de sua lei de organização. Alcance e significado do art. 130 da Constituição da República. Transgressão desse preceito constitucional pelo Estado de Goiás. Inconstitucionalidade do § 7º do art. 28 da Constituição Estadual, na redação dada pela EC nº 23/1998 promulgada pela Assembleia Legislativa local. Ação Direta julgada procedente. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 2378. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 maio 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 set. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas. Nomeação de seus membros em estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. Ação popular desconstitutiva do ato. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. Provimento dos cargos de conselheiros. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. Notório saber - incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. Acórdão no recurso extraordinário n. 167137. Recorrente: Hagahus Araujo e Silva. Recorridos: Estado do Tocantins e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 18 out. 1994. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 25 nov. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. Acórdão no mandado de segurança n. 24510. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 849. Autor: Procurador-Geral da República. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 fev. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 23 abr. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Contas Estadual. Conselheiros. Nomeação. Qualificação profissional formal. Notório saber. A qualificação profissional formal não é requisito à nomeação de Conselheiro Tribunal de Contas Estadual. O requisito notório saber é pressuposto subjetivo a ser analisado pelo Governador do Estado, a seu juízo discricionário. Acórdão na ação Originária n. 476. Autores: Ministério Público Estadual e outro. Réus: Estado de Roraima e outros. Brasília, DF, 16 out. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 5 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. Acórdão no mandado de segurança n. 24510. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 347. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. In: _____. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal**: Anexo ao Regimento Interno. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964. p. 1951. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Manual de auditoria operacional**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Auditoria operacional. Fiscalização de orientação centralizada. Rede federal de educação profissional. Necessidade de aprimoramentos nas atuações relacionadas à evasão escolar, à interação com os arranjos produtivos locais e ao apoio à inserção profissional dos alunos. Carência de professores e de profissionais de laboratório. Ausência de instalações físicas adequadas em alguns institutos federais. Recomendações. Determinação. Comunicações. Relatório de Auditoria TC n. 026.062/2011-9. Interessado: TCU. Órgão: Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica – MEC. Relator Ministro José Jorge. Acórdão n. 506, Plenário, 13 mar. 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Ata n. 8/2013, Plenário. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/educacao/Relatorio%20Voto%20Acordao%20-%20Educacao%20Profissional.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. História. **Breve histórico**. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia>. Acesso em: 23 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso especial eleitoral n. 619-22.2010.6.27.0000. Recorrente: Paulo Roberto Ribeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 jun. 2012. tomo 106, p. 32.

BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas: órgãos distintos. **Revista de Direito Público**, v. 17, n. 69, p. 32-44, jan./mar. 1984.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125,

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do Tribunal de Contas no ordenamento brasileiro**. 2007. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2007. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/YTAVWAIQBHIT.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 6, out./dez. 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 156, de 2012. Proíbe a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado os atos que especifica, tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral, e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, DF, n. 143, 9 ago. 2012, p. 3-5.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Consulta. Controle externo pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Natureza jurídica. Funções institucionais. Garantias e vedações dos membros. Autonomia funcional já reconhecida. Autonomia administrativa e financeira em processo de consolidação. Consulta respondida positivamente. Acórdão na consulta n. 843/2013-39. Autora: Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Relatora: Taís Schilling Ferraz. Brasília, DF, 7 ago. 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 ago. 2013.

CORTE Especial recebe denúncia contra ex-governador de Roraima e conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 16 nov. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103859>. Acesso em: 11 mar. 2013.

CORTE Especial afasta conselheiro do Tribunal de Contas do Ceará. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 6 jun. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105980>. Acesso em: 11 mar. 2013.

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

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://publicacoes.uniceub.br/index.php/RBPP/issue/view/133>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

DESCHAMPS, Gustavo Coelho. Controle de constitucionalidade e Tribunais de Contas do Brasil. **Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 84, dez., 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Auditoria operacional para análise da qualidade da qualidade das instalações das Escolas Públicas do Distrito Federal em 2011**: sumário executivo. Brasília, DF, 2013a.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Auditoria operacional para avaliação da educação infantil pública de 0 a 3 anos no Distrito Federal**: sumário executivo. Brasília, DF, 2013b.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Auditoria operacional para avaliar a qualidade do serviço prestado pelo Governo do Distrito Federal na área de educação, por meio de creches, à população de 0 a 3 anos. Decisão n. 2.541/13 no processo n. 20.440/12. Jurisdicionados: Governador do Distrito Federal e Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relatora: Conselheira Anilcéia Luzia Machado. Brasília, DF, 11 jun. 2013. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 20 jun. 2013, p. 10-17.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Auditoria operacional realizada em 2011, com o objetivo de avaliar a qualidade das instalações físicas das escolas da rede pública de ensino do Distrito Federal. Decisão n. 3.613/12 no processo n. 1.630/11. Jurisdicionada: Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, DF, 17 jul. 2012. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, 6 ago. 2012, p. 4.

DUALIBI, Julia; TOLEDO, José Roberto de. Apartidários são maioria no País pela primeira vez desde a redemocratização. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,apartidarios-sao-maioria-no-pais-pela-primeira-vez-desde-a-redemocratizacao,986376,0.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267-277.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório corrupção**: custos econômicos e propostas de combate. São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/wp-content/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Ministério Público de Contas. Parquet Especial. Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional. CF, art. 130 - alcance e significado. Vitaliciamento. Disciplina e avaliação pelo próprio MP de Contas. Caso especial dos primeiros membros. Atividade de corregedoria exclusiva e intransferível dos membros da Carreira do MP de Contas. Escolha do Procurador-Geral. Obrigatória lista tríplice dentre integrantes da Carreira. **Parecer**, Porto Alegre, 2 set. 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ba.gov.br/mpc/manifestacoes-do-mpc/pareceres/51-ministerio-publico/doutrina>>e <http://mpc.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/Parecer_Juarez_Freitas.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2014.

GALLO, Fernando. Assembleia suspende compra de nova frota. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,assembleia-suspende-compra-de-nova-frota,-988071,0.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

GOMES, Gustavo de Mendonça. **Uma abordagem jurídica das políticas públicas: elementos formadores, base legal e controle pelo judiciário**. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade de Federal de Alagoas, Maceió, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/handle/123456789/1357>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. Tradução Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JUSTIÇA determina afastamento dos integrantes da mesa diretora da ALE. **G1 Alagoas**, Maceió, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2013/10/justica-determina-o-afastamento-dos-integrantes-da-mesa-diretora-da-ale.html>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

JUSTIÇA de Alagoas determina busca e apreensão na Assembleia Legislativa. **G1 Alagoas**, Maceió, 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2013/11/justica-de-al-determina-busca-e-apreensao-na-assembleia-legislativa.html>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEI da ficha limpa também é adotada pelo Tribunal de Contas. **Gerência de Jornalismo do Tribunal de Contas de Pernambuco**, Recife, 7 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=3544:lei-da-ficha-limpa-tambem-e-adotada-pelo-tribunal-de-contas&catid=692:2012-junho&Itemid=168>. Acesso em: 13 mar. 2013.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MAAKAROUN, Bertha. Pesquisa mostra que 82,3% dos jovens de BH têm pouco ou nenhum interesse na política. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 19 set. 2010. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2010/09/19/interna_politica,180634/pesquisa-mostra-que-82-3-dos-jovens-de-bh-tem-pouco-ou-nenhum-interesse-na-politica.shtml>. Acesso em: 11 mar. 2013.

MARQUES, Maikel. TJ exonera dez servidores que descumpriram Resolução do CNJ. **Sala de Imprensa do Tribunal de Justiça de Alagoas**, Maceió, 15 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/?pag=verNoticia¬icia=5926>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

MARTINELLI, Mario Eduardo. O homem supérfluo no capitalismo latino-americano à época da globalização neoliberal. In: _____. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. São Paulo: Millenium, 2009. p. 120-176.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175815/000451494.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, ano 2, n. 3, p. 79-114, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MOREIRA, Orlando Rocha del. **Políticas públicas e direito à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49-67.

MUTIIS, Fabiana de. MP de Alagoas considera ilegal redução do orçamento feito pela ALE. **G1 Alagoas**, Maceió, 28 jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2014/01/mp-de-alagoas-considera-ilegal-reducao-do-orcamento-feito-pela-ale.html>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

NEVES, Marcelo. O novo paradigma para os órgãos de controle interno: da auditoria de conformidade (campo da legalidade) para a auditoria operacional de natureza eminentemente preventiva (campo da legitimidade). **Fórum de Contratação da Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, jul. 2007.

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PESQUISA aponta que adolescentes têm pouco interesse em votar. **G1 Minas Gerais**, Belo Horizonte, 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/eleicoes/2012/noticia/2012/08/pesquisa-aponta-que-adolescentes-tem-pouco-interesse-em-votar.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

PETIAN, Angélica. O Controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo- FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, abr. 2007.

PIRES, Maria Coeli Simões. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 147-192.

PISARELLO, Gerardo. Estado de Derecho y crisis de la soberania em America Latina: algunas notas entre lapesadilla y laesperanza. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **El estado de derecho: dilemas para América Latina**. México: Palestra Editores, 2009. p. 223-248. Disponível em: <<http://vlex.com/source/estado-derecho-dilemas-america-latina-6425>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. **História do Tribunal de Contas**. [Lisboa]. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia.shtm>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. As sementes do controle externo nas bases do pensamento do “águia de Haia”. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Rui Barbosa: uma visão do controle do dinheiro público**. Brasília, DF: Instituto Serdezello Corrêa, 2000.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. **Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, ano 2, n. 3, p. 49-78, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

SILVA, Eliane de Sousa. Auditoria operacional: um instrumento de controle social. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011.

SILVA, José Afonso. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 19-37.

SUSPENSO julgamento de ADI que discute autonomia do MP de Contas de RR. **Notícias STF**, Brasília, DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=203201>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

STJ determina desmembramento de processo que investiga desvio de recursos públicos. **Sala de Notícias do STJ**, Brasília, DF, 26 fev. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108693>. Acesso em: 11 mar. 2013.

TCE aplica regras da ficha limpa para ocupantes de cargos comissionados. **Tribunal de Contas do Estado de Rondônia**, Porto Velho, 24 maio 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/noticia.aspx?id=5247>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

_____. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-78.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.