

O direito ao controle eficiente da Administração Pública

Eduardo Tuma

Professor Titular e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Nove de Julho (Uninove); Conselheiro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo; Ex-Presidente da Câmara Municipal de São Paulo (2019/2020); Ex-Secretário Chefe da Casa Civil da Cidade de São Paulo (2018); Ex-Vereador de São Paulo (2013-2016/2017-2020); Mestre e Doutor em Direito — PUC/SP; Pós-Doutor — Paris I Pantheon Sorbonne

João Antonio da Silva Filho

Doutorando em Direito Empresarial da Universidade Nove de Julho (Uninove). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Desde janeiro de 2018 é Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Vice-presidente de Relações Institucionais da Associação de Membros dos Tribunais de Contas (Atricon). Secretário Municipal de Relações Governamentais da Prefeitura de São Paulo (2013/2014). Deputado Estadual por São Paulo (2011/2012). Vereador na capital paulista (2001/2010)

Resumo: No presente artigo pretende-se abordar o direito dos cidadãos de ter assegurada, por intermédio do controle eficiente da Administração Pública, a correta aplicação do dinheiro público, no sentido de viabilizar políticas públicas que atendam ao interesse coletivo. No contexto da pós-modernidade, analisar-se-á a inserção do princípio da consensualidade, originário do direito privado, no controle da Administração Pública, bem como os novos paradigmas de atuação dos Tribunais de Contas no controle externo da atividade estatal.

1 Introdução

A necessidade de fiscalização de recursos públicos é tema que preocupa desde há muito a humanidade.

Por volta de 3200 a.C., no Egito Antigo, durante o império do Faraó Menés I, no contexto de uma série de obras públicas, como abertura de canais de irrigação, construção de represas, palácios, pirâmides e templos, já se podem identificar figuras que seriam como

“agentes do faraó”, quais sejam, os escribas, responsáveis pela cobrança e pelo registro dos impostos, cuja perspectiva similar de controle também pode ser vislumbrada na Pérsia e na Fenícia.

Na Índia, 1300 a.C., o célebre Código de Manu já albergava normas para disciplinar a administração financeira, a fiscalização e a regulamentação dos recursos públicos coletados.

Na China, em conformidade com a filosofia de Confúcio, a administração dos recursos públicos e as outras atividades dos governantes deveriam estar atreladas ao benefício da população, não podendo os recursos públicos ser considerados de uso privativo do imperador, além de tais recursos serem submetidos a uma rigorosa fiscalização para combater desvios.

Na Grécia Antiga, as contas dos administradores eram submetidas a uma Corte, composta de dez membros, escolhidos pelo povo ateniense, com jurisdição sobre os que exerciam funções administrativas.

Aristóteles, na sua obra *A política*, 300 a.C., já registrava a importância do controle para a boa gestão dos recursos públicos: “Mas certas magistraturas, para não dizer todas, têm o manejo dos dinheiros públicos; é forçoso que haja uma outra autoridade para receber e verificar as contas sem que ela própria seja encarregada de qualquer outro mister”.

Com o surgimento da modernidade, novas instituições e legislações trataram, do ponto de vista do soberano, do controle dos recursos públicos. A exemplo da Inglaterra, em 1665, com a aprovação do *Appropriation Bill*, vislumbrava-se, na época, preocupação com algum grau de planejamento orçamentário. Na França, da mesma forma, durante o reinado do primeiro rei da Dinastia de Bourbon, Henrique IV, foi estruturado o “Orçamento de Previsão”, reformulando a contabilidade pública para “fiscalizar os agentes de tesouro e os gastos desnecessários de administração” (SIMÕES, 2012, p. 47-49).

Na Idade Contemporânea, por sua vez, verifica-se um grau de formalização jurídica sobre o controle dos gastos públicos. No contexto do marco inaugural desse período, a Revolução Francesa e o advento da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, por meio do seu artigo 14, transcrito mais à frente, afirmam a necessidade de fiscalização dos recursos públicos pela sociedade ou por agentes públicos como um direito fundamental da pessoa humana.

Neste artigo pretende-se abordar, por intermédio de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica de natureza qualitativa, o direito dos cidadãos de ter assegurada, por intermédio do controle eficiente da Administração Pública, a correta aplicação do dinheiro público, no sentido de viabilizar políticas públicas que atendam ao interesse coletivo, com ênfase no papel das Cortes de Contas.

Nesse âmbito do controle da Administração Pública, sob a égide da modernidade, houve uma construção doutrinária, jurisprudencial e legislativa tipicamente marcada pela

lógica pública de um controle de legalidade; por sua vez, em nossos tempos de pós-modernidade, ganham espaço matrizes tipicamente privadas, como a eficiência, muitas vezes considerada sob a perspectiva de um transplante da lógica da eficiência de uma empresa privada para a Administração Pública, como se tal aclimatização forçada fosse sempre possível; e temos a ideia de consensualidade, elevada como princípio e já normatizada pelo ordenamento jurídico do Brasil na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Entre as tendências do direito administrativo contemporâneo, no atual contexto de pós-modernidade, é possível vislumbrar uma infiltração e até mesmo absorção de institutos e conceitos jurídicos típicos da seara do direito privado. Um dos exemplos dessa nova realidade é o princípio da consensualidade.

No contexto da pós-modernidade, será analisada a inserção do princípio da consensualidade, oriundo do direito privado, no controle da Administração Pública, bem como os novos paradigmas da atuação dos Tribunais de Contas no controle externo da atividade estatal.

2 Modernidade e o controle da Administração Pública: o signo da legalidade

A Idade Moderna fez surgir novas instituições e legislações, sob a ótica daquele que detinha o poder soberano, que versaram sobre o controle dos recursos públicos. Conforme indicado na parte introdutória deste artigo, na Inglaterra, em 1665, diante da aprovação do *Appropriation Bill*, nasceu a preocupação, em certa medida, com o planejamento orçamentário. Na França, diante desse mesmo propósito, estruturou-se, no reinado do primeiro rei da Dinastia de Bourbon, Henrique IV, o “Orçamento de Previsão”, o que motivou a reformulação da contabilidade pública, no âmbito da fiscalização dos agentes de tesouro e dos gastos desnecessários de administração (SIMÕES, 2012, p. 47-49).

No início formal da Idade Contemporânea, verifica-se uma racional formalização jurídica sobre o controle dos gastos públicos, por leis de declarações com as características de generalidade e universalidade como fruto da herança da própria modernidade.

A modernidade, conforme a história demonstra, caracterizou-se pelo império da razão, pelo domínio da moral kantiana, por explicações generalistas, pelo senso de unidade e de pertinência, por uma entronização da liberdade como princípio básico e pela crença irrefutável na infalibilidade da ciência. O projeto da modernidade, assim construído, era um projeto ocidental, eurocêntrico, que se transformou em um modo de ser e de viver em sociedade. A liberdade e a razão tornaram-se pilastras e sobre elas um modo de viver foi construído (BELLO, 2006, p. 79).

Conforme indicado anteriormente, em pleno marco inaugural da contemporaneidade, por ocasião da Revolução Francesa, filha do Iluminismo moderno, e, por efeito, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, afirma-se a necessidade de fiscalização

dos recursos públicos pela sociedade ou por agentes públicos como um direito fundamental da pessoa humana, nestes termos:

Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir, a todo agente público, que preste contas de sua administração (COMPARATO, 2019, p. 171).

Em tais artigos nota-se uma evolução substancial da preocupação com a arrecadação, destinação e o controle dos recursos públicos. No caso posto, o controle deixa de ser uma preocupação apenas do ponto de vista do soberano, e passa a ser visto como um direito dos cidadãos e da coletividade. A classe em ascensão, a burguesia, já não aceitava mais que o dinheiro arrecado dos comuns (cidadãos) fosse objeto de controle apenas para beneficiar o interesse da Coroa.

A Revolução Francesa, no século XVIII, foi um marco na história da humanidade, cujo *slogan*, liberdade, igualdade e fraternidade, fez parte das ideias do Iluminismo, fundamentadas em valores universais, que compõem os princípios fundantes do que veio a se consolidar como Estado Democrático de Direito, calcado sobretudo no controle do poder em seu aspecto magnânimo.

Países como Alemanha, França, Itália e Bélgica foram os primeiros a vislumbrar um nível de formalização de mecanismos de controle das contas públicas, instituindo Cortes de Contas.

Anteriormente à unificação alemã, em 1714, na Prússia, é instituída a Câmara Suprema de Contas, por Frederico Guilherme II, para uma revisão das contas da burocracia de Estado e, até 1876, ocorreram diversas modificações, quando, depois da unificação dos Estados germânicos, essa Câmara passou a ser a Corte de Contas do Império Alemão.

A França, que apresenta uma preocupação com o controle das contas públicas, acentuada com a Revolução que sepultou o Antigo Regime, a partir do século XIX, teve seu sistema de controle consolidado, executando o Tribunal de Contas a fiscalização *a posteriori* e o encaminhamento para a apreciação do Poder Legislativo.

Na Itália, antes de sua unificação, órgãos controladores de contas já existiam em Milão (ainda sob o domínio do Império Austro-Húngaro), Florença e na Sicília. Com o surgimento do Reino da Itália em 1861, fica instituída a Corte de Contas por meio da Lei 1862, que influenciou a legislação de outros países, ao instituir um sistema que

Controla e fiscaliza todos os atos de governo, podendo usar o veto absoluto. Exerce uma fiscalização preventiva, em que todo ato de despesa é submetido ao Tribunal para verificar sua conformidade com a lei.

Podia também usar a fiscalização repressiva, em que contrasta as receitas arrecadadas com a regularidade de gestão dos contratos públicos. Possuía atribuições jurisdicionais em que julga os recursos e pensões dos servidores do Estado e da “Câmara do Contencioso Contábil”, por meio da fiscalização *a posteriori*. A fiscalização não ocorria apenas em relação à administração financeira, uma vez que todos os decretos governamentais deveriam submeter-se previamente ao visto e registro do Tribunal de Contas. (SIMÕES, 2012, pp. 54-55)

A Bélgica, uma vez vencida a dominação francesa de 1794 a 1814, proclamou sua independência em 1830, momento em que instituiu também sua Corte de Contas, confirmada pela Constituição belga de 1831. Mostrando-se um sistema peculiar que se vale de uma fiscalização admonitória, de caráter preventivo, exercido, sobretudo, por meio de veto editado sob condição suspensiva, até que venham esclarecimentos do Poder Executivo.

3 Pós-Modernidade e a eficiência do controle da Administração Pública: além do mero exame de conformidade, a eficiência e a consensualidade na aplicação dos recursos públicos

A pós-modernidade, caracterizada por toda a sua natureza complexa, tem as suas raízes na própria modernidade, calcada, por sua vez, nas bases da racionalidade, que já não basta para contemplar as promessas de um cenário estável e realização do gênero humano, conforme exposto por Bello (2006, p. 18):

O processo histórico de formação da sociedade pós-moderna pode ser analisado desde a constatação de que tudo aquilo que se chama de pós-moderno é, na verdade, consequência do que foi construído na modernidade. Assim, esta sociedade a qual estamos adstritos é uma sociedade que se formou desde as bases racionais da modernidade, substituindo a cultura da força e da metafísica pela razão instrumental e operativa da modernidade. O que faz do homem um ser moderno é a razão. Uma das coisas que faz do homem um ser pós-moderno é a impossibilidade de a razão trazer segurança e a felicidade que foram prometidas.

A pós-modernidade é insegura porque o vínculo formado com o futuro é um vínculo que privilegia a incerteza por desconhecimento no tempo presente das infinitas consequências que podem atingir a humanidade, em razão de atos praticados pelo Homem.

A sociedade pós-moderna é uma sociedade do risco, na medida em que o discurso que vincula o futuro como consequência do presente desenvolve um olhar incerto acerca da relação causa e consequência, presente e futuro.

Uma característica importante da pós-modernidade e sua complexidade é um esvaziamento do espaço político, por não ser capaz de dar respostas rápidas a demandas de liberdade e segurança, e até passa a ser considerada incompatível com o desenvolvimento das individualidades, numa desproporcional valorização do espaço privado, como se a afirmação e garantia das liberdades desejadas não dependessem, ao menos, de algum grau do espaço público:

O público como opressor e o privado como libertário reforçaram a crença na priorização deste último, encastelado na concepção contemporânea de mercado, metaforizando o Estado, a política, a democracia, as eleições, os sindicatos e as políticas públicas como anátemas do livre desenvolvimento das individualidades.

Se de um lado o espaço político resta esvaziado por não dar respostas prontas aos desejos de liberdade e segurança, de outro, o esvaziamento se dá em virtude da crença que liga o espaço público ao totalitário mundo das ausências de liberdades. É o discurso dicotômico de elegia aos universos bipolares.

Obviamente, todo espaço de decisões coletivas é espaço de decisões reductoras de liberdades. O espaço público tende a afirmar a existência de universos coletivos que se chocam, em vários momentos, com os objetivos individuais.

No entanto, a afirmação mesma desta esfera de direitos e de liberdades individuais carece de um espaço público que lhe dê afirmação, proteção e contornos nítidos. O espaço privado, ou a apropriação privada dos meios de decisão que caracteriza a pós-modernidade em razão do abandono dos espaços públicos apenas gera mais incerteza, insegurança e indefinições no que toca a afirmação da liberdade (BELLO, p. 134).

O aludido esvaziamento do espaço público, tipicamente caracterizado na modernidade pelo Estado, como garantidor de direitos e segurança, gera medo e sensação de abandono, sem mais a perspectiva desse mesmo espaço público para deliberação de estratégias que contemplem a coletividade na solução de seus problemas, numa lógica de recrudescimento da força do privado sobre o coletivo:

A existência do Estado como realidade e ao mesmo tempo ficção encarnava esta compreensão de instrumento de enfrentamento de medos e males. O Estado, enfim, dotava a sociedade de sensação de segurança porque ele controlava ou era o próprio poder.

A inexistência de um espaço público relevante mitiga a sensação de proteção em benefício de uma sensação de leveza e liberdade que é meramente virtual. As apreensões são multiplicadas exatamente porque os avanços das conexões

hiper-complexas não mais permitem que possamos compreender e ler a realidade com a mesma linearidade que o mundo nos apresentava antes. Os perigos passam a ser desconhecidos e isto casado à inexistência de espaços públicos para a construção de estratégias coletivas para a superação do desconhecido gera a sensação de medo. O medo surge como consequência do abandono da comunidade estatal e o crescimento do credo da força do privado sobre o coletivo (BELLO, p. 136).

No que tange ao controle da Administração Pública, sob a égide da modernidade, foi uma construção doutrinária, jurisprudencial e legislativa tipicamente marcada pela lógica pública de um controle de legalidade; em nossa contemporaneidade, avançam aspectos de matriz tipicamente privada como a eficiência, muitas vezes considerada sob a perspectiva de um transplante da lógica da eficiência de uma empresa privada para a Administração Pública, como se tal aclimatização forçada fosse sempre possível e a ideia da consensualidade, elevada como princípio e já normatizada pelo ordenamento jurídico brasileiro na LINDB.

Conforme nos referimos na introdução deste artigo, o direito administrativo contemporâneo tende a absorver institutos e conceitos jurídicos bem característicos, no caso, provenientes do direito privado. Por exemplo, a incorporação do princípio da consensualidade.

O direito administrativo no Brasil tem suas raízes em uma matriz administrativa francesa, baseada numa lógica de regime jurídico fundado na supremacia do interesse público e, conseqüentemente, numa relação verticalizada entre a Administração Pública e o particular e na presunção de legitimidade de atos administrativos imperativos, unilaterais e autoexecutórios, a tal ponto de falarmos em uma tradição arraigada no direito administrativo pátrio até recentemente intitulado “intransacionalidade”:

Essa concepção autoritária do direito público se refletiu diretamente na ideia de que os interesses que envolvem a Administração seriam indisponíveis. Segundo essa visão tradicional, o interesse público, que deveria prevalecer aprioristicamente sobre os interesses particulares, seria indisponível, sendo vedado, a quem quer que fosse, dele dispor ou sobre ele transigir. Assim, consolidou-se entre nós a ideia da “intransacionabilidade” processual e material dos interesses da Administração Pública (BINENBOJM, 2020, p. 1).

Em nossa contemporaneidade, novos paradigmas contestam a lógica anterior, e ressaltam a consensualidade, este um princípio, em regra, lembrado nas relações de direito privado como um instrumento hábil para a consecução do interesse público, sem propriamente se desvincular da autoridade estatal, numa dinâmica conceitual típica da pós-modernidade.

Sobre a inserção desse princípio na Administração Pública contemporânea, explica ainda Binenbojm (2020, p. 2):

Atualmente, fala-se na promoção da consensualidade como mecanismo de gestão da coisa pública. Em muitos casos, na busca da promoção do melhor interesse público, a Administração deve despir-se de sua potestade para buscar consensos; deve reconhecer que a lógica da autoridade nem sempre é o meio mais eficiente de apuração do interesse público. Não se trata de renunciar à potestade estatal, mas de verificar os casos ou situações genéricas em que a negociação e o acordo podem responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Uma das razões primárias para se defender a consensualidade, consiste justamente em sua aptidão de harmonizar os interesses público e privado, algo dotado de maior eficiência, quando comparamos com o modelo anterior. Isso porque é possível que o interesse público seja alcançado, até mesmo com maior eficiência, em um contexto de harmonização com o interesse do particular, a partir da atuação consensual, em que, em vez de se prestigiar a legalidade estrita, busca-se na consensualidade a solução que seja mais efetiva e que traga menos custo para as partes envolvidas, sem perder de foco a promoção da finalidade pública (BINENBOJM, 2020, p. 3).

A redação da LINDB¹ e os princípios introduzidos pelo Código de Processo Civil² vigente fundam-se em premissas dialógicas, em que o gestor público e também os órgãos de controle pautam sua atuação pela busca da consensualidade.

Essa característica da Administração Pública se vincula, em muito, com o próprio papel do Direito na pós-modernidade, em que se observa a necessidade de que a ordem jurídica se adapte à evolução e à realidade social, na qual os conflitos passam a ser decididos com fundamento na busca da consensualidade, privilegiando-se a construção de soluções fundamentadas no consenso (BINENBOJM, 2020, p. 7).

Nesse mesmo sentido, observam Murta & Netto Viana (jan. / jun. 2017, p. 21-41):

1 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)”.
“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos”.

2 Art. 3º (...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A velocidade e a diversidade dos acontecimentos em uma sociedade pós-moderna e a sensação de fugacidade própria dos atuais tempos convidam o direito a retornar à sua dimensão ética e axiológica, sob o primado de teorias pós-positivistas, comunitárias, discursivas e pluralistas, nas quais se examina a dimensão do direito para além da legalidade positivada e da legitimidade autoritária, atingindo também aspectos morais e a inserção de princípios no sistema jurídico, sob a ótica de uma nova hermenêutica submetida à teoria dos direitos fundamentais.

4 O controle eficiente da Administração Pública: uma análise a partir dos novos paradigmas de atuação dos Tribunais de Contas no Brasil

Sobre a eficiência, um importante princípio da Administração Pública introduzido em nossa Constituição pela Emenda 19/1998, Figueiredo (2001, p. 63) demonstra o perfeito casamento do princípio da eficiência e a atuação dos Tribunais de Contas no controle da Administração Pública:

Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado alinhando-se-o ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas.

Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.

A atividade de controle é um dos princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, integrando, desde há muito, o rol dos direitos humanos, consagrada como direito fundamental dos povos no artigo 15 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, segundo o qual “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”³.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida pelo controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O controle externo é aquele exercido por órgão fiscalizador apartado da estrutura da Administração da qual se originou o ato fiscalizado, pressupondo, assim, autonomia e ausência de subordinação em relação ao órgão ou Poder controlado (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1677).

³ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 8 ago. 2019.

Silva Filho (2019, p. 73) detalha que, além do Controle Externo exercido pelo Judiciário e pelo Legislativo, o Brasil estabeleceu outros tipos de controle externo da Administração Pública de natureza *sui generis*, exercidos pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas:

A expressão *sui generis* aqui utilizada leva em consideração que essas duas instituições não estão vinculadas diretamente a nenhum dos poderes. O Ministério Público, como fiscal da lei, para além da autonomia de suas ações, também possui autonomia funcional, quer dizer, cada membro do MP é o Ministério Público.

Os Tribunais de Contas, por sua vez, também são órgãos que possuem competências constitucionais próprias, não estando sujeitos a qualquer vinculação hierárquica ou funcional seja com o Legislativo, Executivo ou Judiciário, à exceção da fiscalização exercida em face das contas do chefe do Executivo, cujo exame tem natureza de parecer prévio não vinculativo, dependente de aprovação posterior do Legislativo.

As Cortes de Contas estão previstas nos artigos 70 a 75 da Constituição da República de 1988, tendo recebido do constituinte grande parte das competências atribuídas ao controle externo da Administração Pública, que é exercido por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das contas públicas. São instituições essenciais ao sistema político brasileiro, contribuindo para a correta e eficiente aplicação dos recursos públicos, caracterizando-se como organismos autônomos e desvinculados de qualquer dos poderes estatais, na medida em que se mostra incorreta a sua designação como meros auxiliares do Poder Legislativo, conforme será adiante examinado.

Costa (2006, p. 75) registra que o modelo de Tribunal de Contas adotado pelo Brasil é único no mundo, não correspondendo ao modelo tradicional das Cortes de Contas, tendo em vista que assume atribuições fiscalizadoras típicas de controladoria, mas ao mesmo tempo assume funções de ouvidoria e órgão consultivo.

Rui Barbosa (1970, pp. 253-254), em sua exposição de motivos sobre a criação do TCU, já destacava a característica *sui generis* do 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.

As Cortes de Contas são, portanto, desvinculadas da estrutura de qualquer dos três Poderes, caracterizando-se essencialmente como instituições estatais independentes, como arremata com precisão Medauar (2020, p. 205):

A Constituição Federal, em artigo algum utiliza a expressão “órgão

auxiliar”; dispõe que o Controle Externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização.

Se a função é de atuar em auxílio ao legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.

Nesse mesmo sentido, segundo Brito (2001, v. I, n. 9), ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do Tribunal de Contas da União, posicionou-se no seguinte sentido:

(...) o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

(...) além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.

(...) O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

A busca pela consolidação de um Controle Externo que supere o tradicional controle de conformidade, de natureza posterior e centrado, muitas vezes, em aspectos meramente formais e burocráticos, tem levado as Cortes de Contas a desenvolver modernos mecanismos de fiscalização, que abandonam a lógica da fiscalização voltada apenas para a detecção de falhas e aplicação de sanções (SILVA FILHO, 2019, p. 83).

O desafio é criar instrumentos adequados à atuação preventiva das Cortes de Contas, fazendo com que o Controle Externo atue também como um parceiro da Administração, na busca das melhores soluções para a população.

A ideia que norteia esse instrumento é a utilização, pelos Tribunais de Contas, de mecanismos alternativos de controle, baseados na consensualidade, em vez de na imperatividade.

A noção de consensualidade tem matriz constitucional. O preâmbulo da Constituição de 1988 afirma que o Estado brasileiro tem por fundamento a harmonia social e está comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Do mesmo modo o artigo 4º, inciso VII, determina que nas relações internacionais o Estado

brasileiro é regido, dentre outros princípios, pela solução pacífica dos conflitos.

A ideia de um controle consensual, que poderá ser conceituado também sob uma ótica colaborativa, no sentido de buscar concretizar os fins do Estado, encontra fundamento nos mecanismos de controle e fiscalização da Administração que deixem de ser vistos numa ótica unicamente sancionatória, agregando dispositivos de solução negociada de controvérsias, como bem acentua Ferraz (2010):

Com efeito, a concepção da atividade de controle exclusivamente como controlesanção pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no Positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o administrador cumprisse à risca os artigos de lei abstrata e genérica predispostos pelo legislador (princípio da legalidade estrita).

Na lógica do controlesanção não há meiotermo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é. Neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá à perspectiva de justiça inerente ao Direito na modernidade.

Necessário perceber-se em dias atuais a aproximação, cada vez mais premente, entre fatos (condições de atuação) e normas *prima facie* (no âmbito do Direito) e entre procedimentos e demandas sociais (no âmbito da administração pública). É nesse cenário que restou concebida a ideia de produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controlesanção pelo controleconsenso□ o controlerepressão pelo controle impulso.

A proteção do interesse público muitas vezes demanda que se considerem as diversas variáveis subjacentes ao exame da regularidade de atos administrativos, sobretudo em realidades complexas como aquelas que se deparam os órgãos de controle ao analisar contratações públicas de vulto, por exemplo.

Essa preocupação está, inclusive, contemplada expressamente no ordenamento jurídico, a partir da edição da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Referido normativo dispõe que, na interpretação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados (art. 22 da LINDB).

E não é só. A Lei 13.655/2018 estabeleceu, também, que as decisões que avaliam a

regularidade de conduta ou a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa devem considerar as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente.

A ideia aqui é que as Cortes de Contas antecipem o desperdício do dinheiro público, o que implica no fortalecimento do controle preventivo e concomitante.

A adoção pelos Tribunais de Contas de inovações, tais como auditorias operacionais e transversais; atuação por meio de decisões cautelares; as Mesas Técnicas e a celebração de Termos de Ajustamento de Gestão, somados às medidas para o fortalecimento da transparência da gestão dos tribunais e da Administração Pública em sua inteireza, insere-se na ideia de que a ação das Cortes de Contas, para além da referida consensualidade, está centrada na priorização do controle preventivo e concomitante em contraponto ao controle-sanção.

O objetivo é contribuir com os gestores públicos, oferecendo-lhes indicadores que possam orientar metas e planos de ação para a melhoria do desempenho e da eficiência de políticas públicas das entidades e órgãos da Administração.

Assim, a atuação dos Tribunais de Contas deve ter como premissa a efetividade das políticas públicas, buscando valorizar, em primeiro lugar, os resultados alcançados, sope-sando, para efeito de seus pareceres e julgamentos, as circunstâncias fáticas e as reais dificuldades enfrentadas pelo gestor que, muitas vezes, limitam e condicionam a sua atuação.

É da essência da democracia a valorização de controles eficientes. É neste contexto que se colocam os Tribunais de Contas no Brasil nos tempos contemporâneos: preservar e fortalecer o Estado Democrático de Direito, atuando como avalistas de políticas públicas bem-sucedidas, em sintonia com o princípio republicano da prestação de contas tanto dos gastos quanto da boa aplicação dos recursos públicos (ZYMLER, 2013, pp. 275-287).

Este é o tipo de controle que se espera de um Estado a partir das novas premissas trazidas pela pós-modernidade. Um controle em que a formalidade jurídica esteja a serviço do bem maior que norteia um Estado com esta característica: a Supremacia do Interesse Público.

Referências

BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a Criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 1970.

BELLO, Ney. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente Equilibrado** (Tese de Doutorado). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

BINENBOJM, G. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 3, n. 3, 30 dez. 2020, pp. 1-7.

BRITO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAP – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 9, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 5 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; VIANA, Priscila Ramos Netto. A Crise do Estado e do Direito na Modernidade e perspectivas Pós-Modernas. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**. Brasília, v. 3, 2017.

SILVA FILHO, João Antonio da. **Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

SIMÕES, Edson. “Tribunais de Contas Municipais” ou Tribunais de Contas dos Municípios e Municipais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; GODOY, Mayr (Coord.). **Tratado de Direito Municipal**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. II.

ZYMLER, Benjamin. O Tribunal de Contas da União: vinte anos após a Constituição Federal de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGM-JF**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 275/287, jan./dez. 2013.

Site

Declaração (1789). **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 8 ago. 2019.