



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**SEPARAÇÃO DOS PODERES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –  
CONTROLE JUDICIAL SOBRE ATOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Michel Mascarenhas Silva

Fortaleza-CE  
Julho, 2010

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MICHEL MASCARENHAS SILVA

**SEPARAÇÃO DOS PODERES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –  
CONTROLE JUDICIAL SOBRE ATOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.

Fortaleza, Ceará  
2010

---

S586s    Silva, Michel Mascarenhas.  
atos        Separação dos poderes e administração pública : controle judicial sobre  
dos tribunais de contas / Michel Mascarenhas Silva. - 2010.  
229 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.  
“Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.”

1. Separação de poderes. 2. Administração pública. 3. Poder Judiciário.  
4. Tribunal de Contas. I. Título.

CDU 342.33

---

MICHEL MASCARENHAS SILVA

**SEPARAÇÃO DOS PODERES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –  
CONTROLE JUDICIAL SOBRE ATOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima  
Universidade de Fortaleza

---

Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha  
Universidade de Fortaleza

---

Prof(a). Dr(a). Maria Vital da Rocha  
Faculdade Sete de Setembro

Dissertação aprovada em 27 de julho de 2010.

Ao meu pai, Pedro Alves da Silva (*in memoriam*), que, apesar de não saber mais do que ler e escrever, foi o meu maior mestre, conselheiro e incentivador, e à minha mãezinha, Maria Madalena Mascarenhas Silva, que, embora vítima de problemas de saúde, nunca me dispensa o seu amor e carinho. A eles sempre serei devedor e grato por tudo que a vida me permitir conquistar, pois me ensinaram que somente por meio dos estudos e pela busca contínua e incansável do conhecimento é possível evoluir com sucesso. Nenhum título que venha a receber me fará maior ou mais sábio do que eles – meus maiores e verdadeiros Mestres.

A minha esposa, Ana Cláudia Mascarenhas Silva, companheira incansável, apoiadora constante e grande incentivadora, com todo o meu amor.

“Estudante sou. Nada mais. Mau sabedor, fraco jurista, mesquinho advogado, pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado. Nem isso mesmo sei se saberei bem. Mas, do que tenho logrado saber, o melhor devo às manhãs e madrugadas. [...] Ora, senhores bacharelados, pensai bem que vos ides consagrar à lei, em um país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: em um país, onde, verdadeiramente, não há lei, não há moral, política ou juridicamente falando”. *Rui Barbosa*.

“O fato de um indivíduo ser sacerdote, lavrador ou pedreiro não deveria ter a menor importância para quem está a julgá-lo, assim como não deveria ter importância para um médico a profissão do paciente. [...] Uma coisa são as obrigações civis que todos nós temos em relação a quem nos pôs no mundo: as primeiras têm a ver com a lei, os segundos com a alma. Não deveríamos jamais confundir as duas coisas”. *Marsílio de Pádua*.

## RESUMO

O direito constitucional contemporâneo, caracterizado pela humanização, pela ampliação axiológica e pela aplicação de princípios, implícitos ou explícitos, materiais ou interpretativos, tem como centro a pessoa humana e a proteção à sua dignidade por meio de direitos individuais. Direitos fundamentais e direitos de personalidade compõem a proteção aos indivíduos. Estabelecidos esses direitos, seria necessário o acesso a meios que os garantissem contra agressões indevidas, inclusive daquelas oriundas do próprio Estado por seus órgãos e agentes. Entre esses estão os tribunais de contas, órgãos de controle externo da administração pública, cujo objetivo é proteger o interesse, os recursos e o patrimônio público. Tanto os tribunais de contas quanto o Poder Judiciário exercem jurisdição em sentido amplo, mas apenas as decisões judiciais são efetivamente definitivas e imutáveis. Enquanto o judiciário é órgão da estrutura democrática, cujo acesso visa a proteção de direitos, os tribunais de contas realizam precipuamente o princípio republicano, certo que democracia e república devem buscar um equilíbrio para a satisfação máxima do interesse público e do interesse privado sem que um anule o outro. Os tribunais de contas têm natureza administrativa, não judicial, e todos os seus atos são administrativos de controle. Se, no exercício dessa atividade, ocorrer excessos, e for atingida a esfera jurídica individual do gestor público, cujas contas foram fiscalizadas, por uma ilegalidade manifesta ou uma inconstitucionalidade por agressão a direitos fundamentais e de personalidade, poderá ele buscar o judiciário para, democraticamente, garantir essas prerrogativas indevidamente mitigadas. Delimitado o controle judicial aos casos de ilegalidade manifesta e inconstitucionalidade, não apenas no aspecto formal, mas também pela análise do mérito técnico, poderá o judiciário anular o provimento e determinar uma nova apreciação pelo tribunal de contas.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Judiciário. Tribunais de contas. Controle.



## ABSTRACT

Contemporary constitutional law, characterized by humanization, for the extension and application of axiological principles, implicit or explicit material or interpretive center is to the human person and the protection of their dignity through individual rights. Fundamental rights and personality rights protection to individuals composing. Establishment of such rights would require access to resources that the guarantee against unwarranted attacks, including those coming from the state itself by its organs and agents. Among these are the courts of auditors, external control bodies of public administration, whose goal is to protect the interests, resources and public property. Both courts of accounts for the Judiciary have jurisdiction in a broad sense, but only judicial decisions are effectively permanent and unchanging. While the judiciary is an organ of democratic structure, access to which aims to protect rights, courts of accounts held overriding the republican principle, sure that democracy and republic should seek a balance to the maximum satisfaction of the public interest and private interest without a defeat the other. The courts of accounts have administrative, not judicial, and all his acts are administrative control. If, in the exercise of this activity, excesses occur, and is reached the legal sphere of the individual public administrator whose accounts were audited by a manifestly illegal or unconstitutional by an attack on fundamental rights and personality, he can seek justice for the democratically to ensure these powers improperly mitigated. Delimited judicial control in cases of manifest illegality and unconstitutionality, not only in formal aspect, but also for examining the technical merits, the court may annul the appointment and determine a new assessment by the court of accounts.

Key-words: Constitucional. Administrative. Judiciary. Courts of accounts. Control.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A JURISDIÇÃO E SEU ASPECTO INSTITUCIONAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....	16
1.1 A jurisdição judicial e a jurisdição administrativa .....	26
1.2 O controle da administração pública pelos tribunais de contas: sua origem na antiguidade e sua aplicação no estado moderno .....	36
1.3 Tribunais de contas no Brasil: o pensamento constitucional e a contabilidade pública portuguesa .....	46
2 O JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....	53
2.1 O judiciário e o princípio da separação dos poderes .....	55
2.2 O direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional .....	69
2.3 A influência dos direitos fundamentais sobre a atividade dos tribunais de contas .....	76
2.4 Direitos fundamentais na forma de princípios administrativos.....	84
2.5 Análise de alguns direitos fundamentais e princípios administrativos .....	89
2.5.1 Segurança.....	90
2.5.2 Dignidade da pessoa humana.....	90
2.5.3 Inviolabilidade da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade .....	91
2.5.4 Princípio da anterioridade e da legalidade das sanções (artigo 5º, XXXIX) c/c Princípio da individualização da pena (sanção) – artigo 5º, XLV e XLVI.....	92
2.5.5 Devido processo legal (artigo 5º, LIV) .....	93
2.5.6 Contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV) c/c princípio recursal (artigo 5º, LV).....	93
2.5.7 Vedação de provas ilícitas (artigo 5º, LVI) .....	95
2.5.8 Princípio da motivação e fundamentação das decisões (artigo 93, IX).....	96

2.5.9	Princípio da legalidade (artigo 37 caput).....	96
2.5.10	Princípio da impessoalidade (artigo 37, caput).....	98
2.5.11	Princípio da moralidade (artigo 37, caput) .....	100
2.5.12	Princípio da publicidade (artigos 37, caput, e 5º, LX).....	100
2.5.13	Princípio da eficiência (artigo 37, caput).....	101
2.6	O princípio republicano e os tribunais de contas .....	102
2.6.1	A prática política e o princípio republicano.....	106
2.7	O princípio democrático: transparência e liberdade sob a ótica constitucional .....	108
3	<b>JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....</b>	<b>114</b>
3.1	Para entender o controle externo.....	115
3.2	Natureza jurídica dos tribunais de contas.....	118
3.2.1	Poder Judiciário .....	119
3.2.2	Poder Legislativo .....	122
3.2.3	Poder Executivo.....	125
3.3	Objeto da prestação de contas .....	129
3.4	Elemento subjetivo – quem deve prestar contas .....	133
3.5	Funções exercidas pelos tribunais de contas .....	141
3.5.1	Função fiscalizatória.....	141
3.5.2	Função opinativa.....	142
3.5.3	Função julgadora (decisória) .....	143
3.5.4	Função sancionatória .....	144
3.5.5	Função consultiva .....	144
3.5.6	Função informativa.....	144
3.5.7	Função impugnativa.....	145
3.5.8	Função representativa .....	146
3.6	Meios de fiscalização e especialização contábil .....	146

3.7	Atividade processual nos tribunais de contas.....	152
3.7.1	Direito constitucional processual.....	163
3.7.2	Direito de petição e obtenção de certidões .....	166
3.7.3	Juiz natural.....	167
3.7.4	Princípio recursal .....	167
3.7.5	Vedação de uso de provas ilícitas .....	168
3.7.6	Princípio da motivação e fundamentação das decisões .....	168
3.7.7	Princípio da preclusão.....	169
4	CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE ATOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – O CONTROLE DO CONTROLE .....	172
4.1	Natureza jurídica e efeitos dos provimentos dos tribunais de contas: materialidade e formalidade que vinculam a atividade fiscalizadora.....	174
4.2	Ambiguidades existentes no trabalho dos tribunais de contas .....	183
4.2.1	Declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.....	183
4.2.2	Atividade de fiscalização e sua regulação: inexistência de uma lei nacional (falta do duplo grau, impossibilidade de exceções, revelia, prescrição e não comunicação a advogados) .....	185
4.3	Responsabilidade do Estado por danos causados por provimentos dos tribunais de contas.....	192
4.4	Argumentos contrários ao controle judicial dos provimentos dos tribunais de contas...	193
4.5	Abordagem dos aspectos constitucionais e jurídicos, gerais e específicos, que tornam cabível o controle judicial.....	199
	CONCLUSÃO.....	212
	REFERÊNCIAS .....	217
	ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	225

## INTRODUÇÃO

Ao se realizar uma comparação entre a efervescência política vivida nos séculos XVII e XVIII, período das primeiras declarações de direitos, com a segunda metade do século XX, que marcou o pós Segunda Guerra Mundial, marcado pelas mudanças nos parâmetros democráticos e pela doutrina do pós-positivismo, é possível indagar qual deles foi o mais rico, para o constitucionalismo, no que diz respeito à declaração e à proteção de direitos.

O primeiro, marcado pelas revoluções, caracterizou-se pelo sacrifício pessoal, não raro com a própria vida, a custo de se estabelecer e defender os direitos humanos. E o segundo, marcado pelo desenvolvimento de novo pensamento constitucional, concentrou-se no amadurecimento das instituições, da visão hermenêutica e no combate a uma visão arcaica do direito marcada pelo positivismo e o apego à lei.

Enquanto nos séculos XVII e XVIII, no início do constitucionalismo, especialmente nos países europeus, a liberação do exercício dos poderes pelo Estado foi marcada pela desconfiança para com o judiciário, no segundo houve uma necessária renovação da visão judicial e da interpretação da constituição. Floresceram estudos e pensadores que passaram a frisar a valorização dos juízes, além da ampliação do número de intérpretes da constituição, o que possibilitou uma contribuição mais aberta da própria sociedade para a revitalização da ordem constitucional.

Nos dois períodos ocorreu a humanização do direito: no primeiro houve o seu início e desenvolvimento até quase o final do século XIX, e no segundo ocorreu uma ampliação axiológica com a concentração nos princípios norteadores, intrínsecos e interpretativos do direito. É aqui, nesse período, que é enxergado o princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolvida a doutrina dos direitos de personalidade. Reforçam-se os direitos fundamentais, elevam-se as expectativas e exigências de garantia.

Surgida a necessidade de um instrumento de garantia de direitos, que os interpretasse e aplicasse de forma mais humana, passou-se à observância da estrutura democrática e da

democratização dos poderes. A conclusão chegada foi no sentido de que o Estado, como um todo, de forma institucional, por intermédio de suas três funções, deveria, democraticamente, disponibilizar mecanismos de exercício pleno e de proteção dos direitos. Mas apenas a representatividade democrática não seria suficiente para esse objetivo. Era preciso disponibilizar um acesso efetivo do povo ao poder para a garantia de seus direitos. O distanciamento entre o povo e seus representantes, ainda que fossem estes democraticamente eleitos, não permitia uma forma prática para que se clamasse por garantia concreta e prática do direito. Tal garantia deveria ser assegurada, inclusive contra o próprio Estado, seus órgãos e agentes.

O judiciário foi considerado o poder permanentemente aberto e, em tese, o mais acessível a todos. Além disso, por sua função institucional e constitucional, que envolve dizer o direito de forma final e definitiva, o judiciário foi incumbido de aplicar uma interpretação mais humana e que revitalizasse o direito. Hoje, dentro da doutrina pós-positivista, há uma interdependência e uma inter-relação entre o judiciário e os princípios jurídicos, entre o judiciário e os novos valores, entre o judiciário e a humanização do direito, e entre o judiciário e a mutação e revitalização constitucional.

No trabalho de garantir direitos até mesmo contra o próprio Estado, notabilizou-se a necessidade de efetiva proteção dos direitos dos administrados em relação aos atos de órgãos estatais, posto que mesmo nessa relação poderiam existir violações à esfera individual.

Numa ordem constitucional destacam-se dois aspectos: a definição da estrutura do Estado e a proteção ao rol mínimo de direitos, cuja finalidade é assegurar o essencial à existência dos indivíduos. Na definição dessa estrutura estatal, encontram-se mecanismos de controle da própria Administração Pública. Para a análise e fiscalização da aplicação dos recursos e do patrimônio público, foram criados e desenvolvidos órgãos de controle, dentre eles os tribunais de contas.

No Estado brasileiro foi destinado relevante papel, para o estabelecimento e proteção da república, ao trabalho dos tribunais de contas. Registre-se, no entanto, que o entendimento acerca da natureza, das funções e das atividades desses órgãos merece atenção, especialmente pelo alcance que seus provimentos passaram a ter dentro do sistema jurídico pátrio.

Com a notabilização desse alcance, que se dilargou em especial quanto à questão da elegibilidade no direito eleitoral, bem como pelo poder de sanção dado aos tribunais de

contas, tornou-se necessário discutir acerca da influência existente dos direitos fundamentais sobre a atividade desses órgãos.

Apesar de ter autonomia para opinar, julgar e decidir sobre um aspecto específico da administração pública – as contas de gestão e de governo, questiona-se acerca da possibilidade de controle posterior desses provimentos na hipótese de agressão a um ou mais dos direitos fundamentais do gestor responsável pelas contas.

Por terem os tribunais de contas importante função republicana, porquanto as atividades destes órgãos têm por escopo a proteção do patrimônio e dos recursos públicos, suas decisões sempre terão como objeto uma relação de direito público-administrativo e serão de interesse da coletividade. Todavia, os posicionamentos dos tribunais de contas não podem conter abusos ou arbitrariedades, mas sim alcançar o equilíbrio de proteger o interesse público sem atingir, além do necessário, a esfera jurídica e fundamentalmente protegida da pessoa fiscalizada.

Por serem órgãos com designação e função constitucional, surgiu, desde muito tempo, no direito brasileiro, a discussão acerca do cabimento de controle posterior, pelo judiciário, sobre os atos e provimentos oriundos dos tribunais de contas, notadamente quando o gestor público submetido à fiscalização fosse lesado ou ameaçado de lesão em seus direitos, especialmente os de natureza fundamental.

O assunto é importante na medida em que confronta a normatização dos direitos fundamentais, que protege a esfera individual das pessoas, com o sistema da separação dos poderes, e gravita em torno do princípio republicano. Além disso, o fato de que o poder judiciário é constantemente provocado para apreciar a legalidade e a validade de pareceres e decisões dos tribunais de contas, e pela existência de controvérsias sobre até que ponto pode a atividade judicial interferir no mérito desses provimentos, reforça a relevância do tema.

Não restam dúvidas de que os componentes dos tribunais de contas fazem a defesa do seu próprio trabalho e consideram uma desvalorização de sua atividade se o judiciário, depois de realizada a fiscalização e emitido um provimento final em nível administrativo, puder declarar a ilegalidade do processo e do mérito técnico, ou seja, se puder anular o provimento.

A análise do caso, no entanto, não pode ser realizada à luz da vaidade nem com base em considerações jurídicas parciais ou superficiais. É preciso ter uma visão macro da teoria da constituição, além de se considerar o texto da Constituição Federal vigente. Considerar a

impossibilidade de controle pelo judiciário por opiniões que, por mais respeitadas que fossem e ainda sejam, foram dadas sob ordens constitucionais anteriores e sem o balizamento doutrinário, humanístico e principiológico da atualidade, é estreitar demais o tema e não permitir a revitalização do direito.

O controle do judiciário sobre os provimentos dos tribunais de contas atrai a necessidade de se entender a posição enciclopédica e a natureza desses órgãos, a natureza jurídica e os efeitos de seus provimentos, bem como saber se são vinculados, e o conteúdo que possuem em seu mérito. Some-se a isso o entendimento necessário acerca dos direitos fundamentais e dos princípios, e da influência que exercem sobre o tema.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, cuja sequência procurou abordar os assuntos numa lógica que permitisse uma conclusão favorável e juridicamente aceitável do problema abordado. O problema enfrentado, a propósito, relaciona-se a se o judiciário pode anular um provimento dos tribunais de contas e, caso afirmativo, por quais razões, e se pode efetuar uma reanálise das contas e das sanções aplicadas. No desenvolvimento do trabalho foram abordados assuntos relacionados, como o entendimento do que é jurisdição, da diferenciação entre jurisdição administrativa e jurisdição judicial, e sobre se os tribunais de contas exercem jurisdição; tratou-se também do judiciário na ordem constitucional brasileira, do sistema da jurisdição una, da inafastabilidade e dos direitos fundamentais; a natureza jurídica dos tribunais de contas, sua posição dentro da estrutura do Estado e em relação às três funções do poder; a natureza jurídica dos provimentos dos tribunais de contas, seus efeitos, sua vinculação e seu mérito, a responsabilidade do Estado, e quando e como pode ocorrer o controle pelo judiciário.

O trabalho baseou-se em ampla pesquisa bibliográfica, bem como em decisões jurisprudenciais e nas súmulas do Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo foi ilustrar o conteúdo desenvolvido. Artigos de profissionais que atuam em tribunais de contas brasileiros também foram citados. Por ser tema pouco abordado na doutrina, procurou-se inovar na abordagem, especialmente quanto à delimitação e à apresentação de aspectos pouco explorados, a exemplo da abordagem principiológica e da responsabilidade do Estado ocasionada por atos das cortes de contas.

O primeiro capítulo trata do entendimento acerca da jurisdição geral, da administrativa e da tipicamente judicial, na ordem constitucional brasileira, e a relaciona com o fortalecimento



institucional. Nesse capítulo apresentou-se um pouco da história dos tribunais de contas no Brasil e em outros países, e a forma como atuam.

No segundo capítulo foram abordados o judiciário e a sua inafastabilidade, e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e sua influência sobre a atividade dos tribunais de contas. O terceiro capítulo abordou a natureza jurídica, a posição estatal e a importância dos tribunais de contas.

O quarto capítulo aborda a natureza, a tipologia e os efeitos dos provimentos dos tribunais de contas, bem como se é possível o controle e a anulação pelo judiciário, tendo apresentado um vasto rol de argumentos favoráveis a essa possibilidade.

A ideia de escrever sobre o tema surgiu da experiência acumulada pelo pesquisador como advogado público e depois como assessor do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Além disso, a visão acadêmica pós-positivista influenciou sobremaneira a necessidade de verificar a possibilidade de controle judicial dos provimentos dos tribunais de contas com o objetivo de garantir direitos individuais, fundamentais e de personalidade, sem, no entanto, deixar de lado a proteção do interesse, recursos e patrimônio público.

# 1 A JURISDIÇÃO E SEU ASPECTO INSTITUCIONAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A formatação do Estado Moderno de Direito teve de passar pelo amadurecimento das instituições e da forma de pensar a figura e o exercício do poder. Pelas luzes lançadas acerca dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, bem como da consciência de que ele somente surge a partir da vontade de todos, ao receber da coletividade uma delegação de poderes, tornou-se possível chegar a uma visão mais elevada quanto à importância de uma ordem que limitasse o uso e o exercício dessas prerrogativas transferidas.

Tornou-se necessário, pois, alcançar um sistema que viabilizasse a realização do interesse público, mas que também protegesse a esfera individual de cada pessoa submetida ao comando do Estado. Era preciso entender que a permissão, oriunda do indivíduo a um poder central, que governasse a vida da comunidade, não era absoluta, nem tinha a natureza totalitária. Tal transferência de poder deveria ocorrer na medida extremamente necessária para a manutenção da concórdia e da paz social, sem olvidar do respeito que o próprio Estado deveria destinar aos seus súditos.

O equilíbrio político tornou-se uma meta. Não se admitiria que a preocupação com o interesse coletivo anulasse a esfera do indivíduo, nem que este, por seu turno, desprezasse a importância do bem-estar da comunidade. Para chegar a esse sistema equilibrado, necessário seria instituir um Estado não absoluto nem arbitrário, mas que conseguisse somar a proteção dos interesses gerais com o respeito à essencialidade do ser humano.

Essa consciência começou a ser atingida quando o Estado passou a ser organizado a partir de uma ordem que o constituísse, mediante comandos formais e informais que dissessem previamente como seria exercido o poder e quais os direitos da pessoa humana que deveriam fundamentar a vida em sociedade.

Da definição acerca da organização estatal, ao ser expresso como se daria a sua atuação, o regime de governo, suas funções e limites, se tornou imperativo designar os órgãos

representativos do Estado e a repartição de suas competências e atribuições, cuja meta é evitar o atropelo e a insegurança no exercício do poder. Tal sistema, portanto, serviria a dois escopos: o primeiro de constituir (criar) o próprio Estado e definir a ordem interna, além de expressar o rol de direitos que possibilitassem a proteção à pessoa humana, e o segundo de balizar e limitar o próprio exercício do poder estatal.

Mas esse sistema, ao prever os órgãos estatais e as atribuições de cada um deles, deveria ele mesmo receber uma dupla proteção: uma em face dos atos, notadamente dos próprios órgãos e poderes do Estado, que atentassem contra as normas e valores vigentes, e outra quanto às adaptações necessárias em relação às mudanças que ocorressem na sociedade com o passar dos anos.

A opção encontrada foi a de elaborar uma Lei Fundamental, ou seja, uma determinação maior que instituísse e fundamentasse o Estado e a sociedade para a qual era destinada. Esse comando passou a ser designado de Constituição. Surgia, assim, o fenômeno do constitucionalismo.<sup>1</sup>

A Constituição, por conseguinte, tinha como meta controlar e limitar o exercício do poder pelo Estado e dar guarida à esfera pessoal dos indivíduos. Esse objetivo poderia ser resumido numa só palavra: segurança. É bem verdade que tal segurança, num primeiro momento, teve por meta assegurar a doutrina liberal e a ascensão da burguesia ao patamar de classe hegemônica dentro da estrutura social.<sup>2</sup> Mesmo com essa vicissitude, foi este paradigma que abriu as portas para a afirmação do Estado de Direito pelo estabelecimento da ordem constitucional.

Com a prática constitucional, surge o Estado de Direito, ou seja, não mais se permitia a imposição unilateral, arbitrária e absoluta da vontade de um soberano sobre seus súditos. Passou-se a exigir a formalização de regramento prévio que formaria uma ordem jurídica, que

---

<sup>1</sup> Por meio do constitucionalismo, “em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis. [...]. O Estado Constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 167.

<sup>2</sup> O desenvolvimento do constitucionalismo e do pensamento constitucional, fazendo surgir o Estado de Direito moderno, teve como ponto vital o liberalismo, cuja doutrina não tem um momento histórico bem definido acerca de seu surgimento, sendo que alguns de seus traços já eram observados na Idade Média. O constitucionalismo se caracterizou, em seu início, pelo racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, o legalismo e a redução das intervenções estatais na sociedade. A base do Estado Moderno se deu, portanto, sobre o iluminismo e o liberalismo. SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 19-21.

diria o Direito tanto para as pessoas naturais quanto para o próprio Estado. Sobre este veio a exigência de, no exercício da função de regular e organizar a sociedade, expor a sua motivação, e a de fundamentar suas decisões nesses instrumentos formais. Tal aplicação, por sua vez, deveria ser realizada tanto nas relações entre particulares quanto entre os particulares e o próprio Estado.

Esse dever de fundamentação surge do princípio da legalidade, cujo teor deveria levar os órgãos e entes estatais a se preocupar com a observância da lei, ao ser consignada a segurança jurídica necessária às relações submetidas à análise do Estado. O Estado de Direito, portanto, deveria ser protegido por meio da correta, imparcial e independente aplicação da lei, que passou a fazer previsões quanto ao modo de ser considerados os fatos e as relações jurídicas. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, notou-se ainda mais a necessidade de proteção à pessoa humana e de ser assegurado um rol mínimo de direitos que servisse para a salvaguarda de sua dignidade. Mesmo com as declarações de direitos ocorridas no século XVIII, inclusive em sua mais remota versão – a Carta Magna Inglesa e a Carta de João Sem Terra, do século XIII, as atrocidades cometidas contra a humanidade pelos dois conflitos mundiais fizeram com que mudasse o modo de se encarar a política e de se governar. Além disso, a doutrina política do pós-guerra, carregada da desconfiança para com os regimes ditos democráticos, mas que haviam desembocado em ditaduras e em arbitrariedades, passou a ter como base a transparência e o direito de participação de todos, e o reforço do princípio democrático. Na verdade, o Estado deveria se basear não apenas na legalidade, mas também na fundamentalidade de direitos inerentes à pessoa humana. Transferiu-se o centro das atenções da lei para a pessoa, das regras para os princípios, dos princípios para os valores. Era preciso encontrar o equilíbrio da segurança a ser destinada ao interesse público e ao interesse individual. Proclama-se, então, o Estado de Direito Democrático, que não poderia deixar de encontrar saídas jurídicas, humanas e sociais, em que se verificasse a proteção ao interesse público sem deixar de lado a proteção ao indivíduo, nem que o protegesse em detrimento da coletividade. Na condição de Estado de Direito, restava saber como o Estado deveria ser organizado para fazer essa correta aplicação da lei e dos direitos fundamentais ou, em outras palavras, como e a quem caberia dizer o direito. E, uma vez complementado pelos ditames democráticos, também se deveria saber as implicações destes, ou seja, o que significaria ser um Estado que, além de baseado no Direito, fosse também democrático.

Comumente, a ideia de democracia é ligada ao sufrágio e ao erro da crença de que apenas os poderes exercidos por representantes eleitos é que são efetivamente democráticos.

Mas essa visão é limitada. Democracia significa participação e transparência. O sufrágio, por sua vez, representa apenas uma das espécies ou modo de participar da vida pública democrática. Se se limitasse a democracia apenas ao sufrágio, como ficariam os direitos daqueles que não votaram, ou que preferiram votar em branco ou nulo, ou mesmo dos que não possuem capacidade para direitos políticos ativos? Ficariam sem respaldo nem proteção? Certamente que a resposta é negativa. Democracia, pois, não significa apenas votar, nem se liga somente aos poderes eleitos diretamente pelo povo. A participação envolve também o acesso às instituições do Estado. E essa participação, por sua vez, pressupõe transparência.

Logo, o Estado de Direito Democrático, nos moldes constitucionais e neoconstitucionais, significa estar organizado institucionalmente, baseado nos preceitos fundamentais e na lei, decidir com base no Direito posto e pressuposto, além de permitir a transparência em relação aos atos governamentais, bem como a participação aberta e democrática de todos para o alcance da proteção de interesses individuais e coletivos.

No Estado moderno, ninguém, nenhuma pessoa ou função estatal é dona ou detentora exclusiva do poder. Não existe o seu monopólio. O povo, verdadeiro soberano, é de quem os governos e órgãos retiram as prerrogativas para organizar e decidir a vida social. E tal atividade é exercida por meio institucional.<sup>3</sup> As instituições referem-se aos órgãos existentes na burocracia e na estrutura do Estado, cuja posição pode estar dentro ou fora das funções legislativa, administrativa e judicial. O Estado moderno se baseia, pois, no “poder de instituições”, no poder fundado na aprovação do grupo, no poder de direito.<sup>4</sup>

Nesse quadro institucional, o judiciário tem (ou pelo menos deveria ter) influência positiva na vida social, ao ser, em última instância, a função derradeira de fazer cumprir os deveres do Estado. Afinal, o judiciário não foi instituído apenas para julgar e decidir as relações privadas, mas também as relações de natureza pública, aquelas em que o Estado tem interesse na causa. Na verdade, o Estado tem interesse em todas as causas, sejam elas públicas ou privadas, mas nesta última hipótese toma a posição única de árbitro para a pacificação

---

<sup>3</sup> “*Junto a estos – creo – muy válidos y justos objetivos generales, se trataría, pues, de precisar algo más sobre los caracteres de este paradigma democrático, tal y como se expresa en sus mejores propuestas regulativas. Lo primero por resaltar es que los poderes públicos y las correlativas instituciones jurídico-políticas han de tener – a mi juicio – una fuerte aunque controlada presencia (eso es el Estado de Derecho) y una decisiva función promocional de gobierno y administración, con el consecuente respeto a los derechos y libertades individuales (personales)*” DÍAZ, Elías. **De la institución a la constitución:** política y cultura en la España del siglo XX. Madrid: Trotta, 2009, p. 240.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

social. Mas quando a matéria é de ordem pública, o Estado, além da pacificação social, tem interesse administrativo direto, pois figura como polo ativo ou passivo da demanda. Ao decidir, o judiciário garante a segurança da ordem constitucional e os direitos fundamentais, ainda que no caso concreto, dá uma resposta social e fecha o ciclo das instituições democráticas estatais. É preciso entender que o judiciário é componente do poder, e que, ao realizar seu trabalho a contento, afirma e fortalece as instituições estatais. A questão toda diz respeito a como esse trabalho deve ser feito.

O Brasil é uma república, cujo estado é de direito e democrático (artigo 1º *caput* da Constituição Federal). As instituições do Estado brasileiro, portanto, devem alcançar a correta noção de república e de democracia, e conseguir, na prática, o equilíbrio entre a proteção do interesse público e a salvaguarda de direitos do cidadão. Destarte, um não pode ser conseguido em detrimento do outro. Ao ser fundamentado no direito, o Estado brasileiro, sob a ótica jurídica, tem o dever adicional de, formal e oficialmente, dizer e aplicar o direito. Essa atividade é realizada de modo abstrato, por intermédio da elaboração das leis, uma das expressões do direito, e por meio da sua aplicação nos casos concretos, que ocorrerá por meio de seus órgãos e funções encarregados. Na ordem constitucional brasileira, o judiciário é o centro da jurisdição, cujo exercício envolve todo o aspecto institucional. A ele cabe aplicar o direito tanto nas relações privadas quanto nas relações de natureza pública. Questão a ser discutida, no entanto, diz respeito a se o fato de o cidadão acessar o judiciário contra ato do Estado enfraquece as instituições. Ao que parece, permitir que um ato estatal, pelo simples fato de ser oficial, permaneça válido mesmo que viole direitos fundamentais ou a legalidade, isto sim é o que enfraquece o próprio Estado.

Buscar a proteção de direitos, por intermédio do judiciário, ainda que em face de atos do próprio Estado, não significa desprezar a ordem, mas sim reforçar as instituições estatais. Ainda que o objeto de impugnação seja um ato originado de um órgão oficial do Estado, como os tribunais de contas, este fato não ensejará a redução das instituições. Ao contrário, implicará em seu fortalecimento, posto que, ao ser o Estado uma figura una, todas as suas instituições o representam, o que torna impróprio falar em órgãos ou funções vencidas ou vencedoras, mas apenas no alcance de um equilíbrio nas ações e na satisfação do Direito como sistema que visa a proteger o indivíduo e a coletividade. Este é o significado do aspecto institucional na ordem constitucional pátria.

O acesso à jurisdição pressupõe, com isso, a transparência das ações estatais, além de ser verdadeira fonte de participação democrática para a proteção de direitos conquistados. A democracia aproxima mais os envolvidos, pois coloca-os dentro de uma relação de coordenação, mais do que de subordinação.<sup>5</sup> Por esta noção, os governados não são súditos, mas sim cidadãos, e não obedecem, mas permitem a conservação do poder pelos governantes. Estes, por sua vez, não são os donos do poder, mas o exercem em nome do povo, verdadeiro titular da soberania, sendo aqueles apenas encarregados funcionais pela organização da sociedade e pela proteção do interesse público. Ao exercer sua função, o governante é apenas detentor do poder, como se fosse um fâmulos da posse sobre ele.<sup>6</sup>

A principal característica da democracia é a igualdade de participação e a liberdade de expressão. Essa participação, por sua vez, leva à defesa de direitos, cuja meta é influenciar as ações de governo, e à necessária transparência. Assim, a democracia tem por personagem principal o povo, que participa (ou pelo menos deveria participar) ativamente da vida pública.

Conforme frisado, a democracia se baseia em dois elementos: a liberdade e a igualdade. Como regime de liberdade, “a democracia se caracteriza como um regime de franquias, garantidor da plenitude individual e hostil, portanto, a toda idéia de privilégio e submissão”. Entre os corolários da liberdade estão a segurança de direitos, a impessoalidade no exercício do poder, a prudência e a publicidade. Quanto à igualdade, significa que a democracia não pode ser um regime de franquias, isto é, não pode implicar apenas nas declarações de direitos. Ao lado dessas declarações, devem ser estabelecidas garantias para a sua efetivação. O acesso à justiça, isto é, à jurisdição, envolve a participação e permite a busca da proteção a direitos adquiridos. Como forma de assegurar a igualdade e não apenas a liberdade, devem ser estabelecidas, ao lado das franquias, “certas providências relativas ao uso nocivo da liberdade, que consiste no seu emprego anti-social, anti-igualitário”. Hoje a principal causa de desigualdade é o fator econômico, aspecto resultante da prática liberal geradora do capitalismo. A liberdade e a igualdade formam um sistema de limitações recíproco, sempre na

---

<sup>5</sup> “Nos regimes democráticos, a distinção entre governantes e governados é simplesmente formal. Não existem homens nascidos para mandar e outros para obedecer. O poder é tanto de uns quanto de outros, dos governantes, que ostensivamente o exercem, como de governados que substancialmente o conservam.” SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 145.

<sup>6</sup> Ocorre o fâmulos da posse quando alguém detém um bem ou objeto em nome de outra pessoa, que efetivamente é o seu possuidor direto ou indireto, sendo que o detentor não tem poderes ou posse própria sobre o bem, devendo obediência a uma ordem ou instrução do real possuidor. No caso do governante, ele detém o poder, cujo possuidor direto é o povo, sendo que a este deve obediência e respeito aos seus direitos individuais.

procura do equilíbrio entre o individualismo, surgido da liberdade, e o socialismo, surgido da igualdade.<sup>7</sup>

Aos elementos da democracia – liberdade e igualdade –, é possível acrescentar, hoje, a dignidade. Se a democracia, embora com o sistema de frenagem recíproco proporcionado pela liberdade e pela igualdade, não for temperada com a dignidade, estará ela sempre fadada a deixar de lado sua principal razão de ser: o bem-estar do ser humano. Para que a dignidade possa ser assegurada num regime democrático, é preciso a presença de três fundamentos: o reconhecimento de valores personalíssimos, inerentes a toda pessoa, que não podem ser relativizados; o respeito à liberdade espiritual; e a participação efetiva e ativa dos indivíduos na formação da vontade política.<sup>8</sup>

Joseph A. Schumpeter apresenta, em seu conceito de democracia, dois importantes aspectos, o das decisões políticas e o bem comum, ao afirmar:<sup>9</sup>

*The eighteenth-century philosophy of democracy may be couched in the following definition: the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions which realizes the common good by making the people itself decide issues through the election of individuals who are to assemble in order to carry out its will.*<sup>10</sup>

Assim, o conceito de democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo é superficial, e serve apenas para dar uma breve noção e iniciar a educação de base sobre o tema, além de não ser definitivo nem completo por não estar no compasso dos elementos que devem compor o ideal democrático. Desse modo, ao efetuar a junção de todos os elementos originais e atuais da democracia, pode-se conceituá-la como o

regime baseado na liberdade, na igualdade e na dignidade, que viabiliza eleições diretas para a escolha de representantes, permite a participação mais ampla possível nos processos decisórios e a transparência, e assegura direitos individuais, tudo com vistas à realização do bem comum.

A principal característica da democracia é, portanto, o desejo individual consubstanciado nos direitos assegurados. Tais desejos vão desde a participação para a formação dos caminhos políticos até o exercício de direitos individuais.

<sup>7</sup> SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 143-147.

<sup>8</sup> Ibid., 1979, p. 156.

<sup>9</sup> SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. Delhi: Surjeet Publications, 2004, p. 250.

<sup>10</sup> “A filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressada da seguinte maneira: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhes a vontade.” Id. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 305.



Enquanto na democracia o fator humano e individual aparece como figura central, na república o que prevalece é o senso comum, o bem de todos. Apesar de o bem comum ser também objetivo final da democracia, este escopo somente será alcançado se o poder, exercido democraticamente pela classe política, formada pelos representantes eleitos pelo povo, for posto em prática com respeito ao interesse coletivo. Nesse sentido, a república serve para prevenir e combater os desvios no exercício do poder. Para que isso ocorra, a república apresenta como pano de fundo a responsabilidade e a responsabilização. Por ser regime baseado precipuamente na liberdade, a democracia não se caracteriza apenas na liberdade dos cidadãos, mas, em certa medida, também confere liberdade no exercício do poder. Esta dose de liberdade deve ser exercida com responsabilidade. E o desvio da liberdade no exercício do poder, ao se fazer mau uso dele em benefício próprio ou de outrem, deve levar à responsabilização dos envolvidos.

Ao efetuar a aplicação da liberdade dos servidores do Estado, cujo sentido também se relaciona com os representantes eleitos, e relacioná-la com a responsabilidade, pressuposto da república, ensina John Stuart Mill:

Deviam ser responsáveis perante a lei pela violação de regras, e as próprias regras deviam ser estabelecidas pela legislatura; a autoridade administrativa central apenas supervisionaria a sua execução, e, caso não fossem adequadamente postas em prática, apelaria, de acordo com a natureza do caso, ou ao tribunal, para que este fizesse cumprir a lei, ou ao eleitorado, para que se livrasse dos funcionários que não as tivessem executado de acordo com o seu espírito.<sup>11</sup>

Stuart Mill chama a atenção para a possibilidade de uma dupla responsabilização para o caso de desrespeito das regras e do espaço público: a primeira de natureza jurídica, pela aplicação das sanções previstas em lei, e a segunda de cunho político, oriunda do eleitorado que pode desprezar estes representantes. Note-se que tanto a sanção jurídica quanto a política possuem como pressuposto a atividade de controle.

Importantíssimo para a república como realidade política fática é a educação para a cidadania e para a preocupação com a coletividade, fatores frisados por Platão no diálogo entre Sócrates e Glauco:

A lei não visa o bem-estar absoluto de uma só classe de cidadãos, mas ao contrário procura que no Estado este seja alcançado com a concórdia entre todas as classes, seja por meio da persuasão, seja pela coação, obrigando a todas a repartir entre si a contribuição que cada uma delas está em condição de trazer para a coletividade. Se

---

<sup>11</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 187-188.

a lei assim os torna cidadãos, seu objetivo não é o de deixá-los livres para fazer o que quiserem, mas de obrigar a cada um a colaborar para a concórdia do Estado. Se nós, por meio de uma tal educação e de tal exercício, tomarmos homens bem estruturados no corpo e no espírito, a própria justiça não nos haverá de censurar e haveremos de salvar a república e o governo.<sup>12</sup>

Para Platão, a república pressupunha a cidadania que, por sua vez, não poderia dispensar a educação para o seu exercício, mas implementar a formação de homens que procurassem acima de tudo proteger e dar sua contribuição ao espaço público. O oposto da república, dentro da estrutura estatal, é a monarquia.<sup>13</sup> Mas em sentido axiológico, seu oposto está na busca desenfreada dos desejos individuais em detrimento do interesse público, cujo resultado é a corrupção. Sobreleva os comentários de Maquiavel em sua obra *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, ao frisar aquilo que forma a essência do espírito republicano e seu oposto – a corrupção:

Considerando todos os aspectos desta questão, seria difícil decidir a quem confiar a guarda da liberdade, pois não se pode determinar com clareza que espécie de homem é mais nociva numa república: a dos que desejam adquirir o que não possuem ou a dos que só querem conservar as vantagens alcançadas. Vamos supor, em primeiro lugar, uma cidade que chegou ao estado máximo de corrupção, onde a questão se apresenta com toda a força de sua dificuldade. Onde o desregramento é universal, não há leis nem instituições que o possam reprimir. De fato, os bons costumes só podem ser conservados com o apoio de boas leis, e a observação das leis exige bons costumes. Além disto, as leis e instituições estabelecidas na origem de uma república, quando os cidadãos eram virtuosos, se tornam insuficientes quando eles começam a se corromper. E se os acontecimentos determinam alterações nas leis, como o mais comum é que as instituições não se modifiquem, a legislação nova fica sem efeito, já que as instituições originais cedo as corrompem.<sup>14</sup> (Grifo aditado)

Os verbos “desejar” e “querer” não são usados à toa. Eles dão a dimensão do universo individualista, egoísta, em que o homem busca seus próprios interesses por não se preocupar com o espaço público. Esses desejos caracterizam o espaço democrático, pois é nele que se asseguram direitos e a participação dos indivíduos. Mas esse desejo, se desmedido, pode resultar em práticas de desvios e de corrupção. Em contraposição, o autor usa os vocábulos “instituições” e “virtuosos” como antídotos para evitar tal situação danosa para o Estado e para a sociedade. De fato, o espaço público, formado pelas instituições legitimamente

<sup>12</sup> PLATÃO. **A república**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007, p. 249, 269.

<sup>13</sup> Enquanto que na república os governantes são investidos do exercício do poder por meio de eleições, existindo para eles o dever de dar satisfação social e a possibilidade de responsabilização, a monarquia resulta da hereditariedade pela linhagem familiar, não havendo controle sobre as atividades do monarca, nem transparência, nem responsabilização. Não há a distribuição das funções do poder, sendo ele totalmente concentrado na pessoa do soberano. Não há cidadania, mas sim súditos. Não há espaço público, mas sim a personificação do poder na figura do rei.

<sup>14</sup> MAQUIAVEL. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 34, 75.

estabelecidas, é protegido se cidadãos e governantes têm o espírito republicano. Este, por sua vez, se origina da virtude. Para Kant, a república é a melhor forma de Estado, possui consequências práticas e destina comandos tanto aos governantes quanto aos cidadãos. Segundo ele, uma Constituição é legítima e republicana quando manifesta a vontade do povo e não de indivíduos ou de grupos particulares. Para que a liberdade política seja assegurada, é preciso que a esfera pública se mantenha imune a influências particulares ou privadas.<sup>15</sup>

Assim, pode-se conceituar a república como o regime baseado na virtude e na responsabilidade, na proteção e no respeito ao interesse público ao impedir as influências individuais ou particulares sobre os assuntos de natureza pública, e no exercício do poder originado da vontade popular. A república, uma vez genuinamente estabelecida, tem como consequência o combate aos desvios e à corrupção, além de inserir no povo o senso de respeito à coletividade por meio da educação, das leis, dos costumes e das instituições. A principal característica da república é, no entanto, a responsabilidade. A conclusão de Maquiavel se deu, então, no seguinte sentido:

É necessário ser um homem de bem para reformar a vida política e as instituições de um Estado; mas a usurpação violenta do poder pressupõe um homem ambicioso e corrupto. Assim raramente acontecerá que um cidadão virtuoso queira apossar-se do poder por meios ilegítimos, mesmo com as melhores intenções; ou que um homem mau, tendo alcançado o poder, queira fazer o bem, dando boa utilização ao poder que conquistou com o mal. Do que acabo de dizer, transparece a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de manter o governo republicano numa cidade corrompida, ou de ali estabelecê-lo.<sup>16</sup>

Na verdade, as palavras de Maquiavel resumem a contradição e a tensão entre a democracia e a república, pois na abertura dada pela democracia é que se torna possível o aparecimento da ênfase ao interesse individual, ao passo que o espírito republicano deve temperar os excessos democráticos e evitar as agressões ao interesse público pelo mau uso do poder.

Um país republicano, cujo estado é de direito e democrático, portanto, deve representar bem as suas instituições, além de viabilizar e permitir a participação de todos e o acesso ao judiciário, tanto para a proteção do interesse individual quanto do público. O que se deve ter em mente, entretanto, é que a proteção ao interesse público não pode ser alcançado com a violação a direitos fundamentais e à legalidade. O direito individual não pode prevalecer sobre o interesse público, pois se um provimento estatal que estabeleça uma punição a um

<sup>15</sup> ANDRADE, Régia de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. I, p. 62-63.

<sup>16</sup> MAQUIAVEL **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 77.

governante ou ordenador de despesa o faz dentro do respeito aos seus direitos fundamentais e à legalidade, tal ato é irreprovável e não merece revisão. No entanto, mesmo um gestor público, cujo dever é de prestar contas e ser responsabilizado por eventuais desvios, não pode ser sancionado mediante processo ou provimento estatal que inobserve seus direitos pessoais. Como a jurisdição brasileira é una e indivisível, centralizada no judiciário, não restará ao ofendido pelo provimento oficial senão buscar a análise judicial como alternativa remanescente para garantir seus direitos, notadamente de ter uma nova análise de seus atos. Tal intento não é incompatível com a ordem constitucional brasileira.

### **1.1 A jurisdição judicial e a jurisdição administrativa**

De acordo com o exposto anteriormente, no Brasil a ordem constitucional estabeleceu a jurisdição centralizada no judiciário. Baseada no princípio da legalidade, a jurisdição estatal deve ser exercida por meio da observância, regulamentação e aplicação do direito, seja por iniciativa própria ou por provocação dos interessados. De outro lado, com a evolução do Estado de Direito, especialmente pelo desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, entendeu-se que ao ente estatal caberia o exercício de três funções: a de elaborar as leis, a de administrar de acordo com as leis e a de julgar em consonância com as leis. A incumbência dessas três funções, respectivamente, caberia ao legislativo, ao executivo e ao judiciário.

Note-se que o Direito está relacionado com as três funções, de legislar, executar e julgar, o que se leva à conclusão de que a atividade jurisdicional não se relaciona apenas ao trabalho típico destinado ao judiciário. Na realidade, pode-se dizer que a jurisdição é da essência do próprio Estado, relacionada a todo trabalho e objetivo estatais, exercida de forma geral (*lato sensu*).

Para Hans Kelsen há um limite teórico-jurídico entre a jurisdição exercida pela Corte Constitucional e a jurisdição administrativa geral, eis que a primeira cuida do controle de constitucionalidade direto e a segunda do indireto, ao ressaltar que no referido sistema a Corte Constitucional não é componente do Poder Judiciário. O fato, porém, é que esse entendimento indica que a jurisdição é característica do Estado, e pode ser exercida por todos os seus órgãos.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug; tradução do italiano de Eduardo Brandão; e tradução do francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18-19.

Para Cândido Rangel Dinamarco, “ontologicamente a jurisdição não difere da administração e da legislação”, e destaca que o poder que o Estado exerce “é sempre o mesmo na sua essência, no seu fundamento e na sua legitimidade – sendo estéril e metodologicamente mal endereçada a obsessão pela busca de distinções muito significativas entre a jurisdição e a legislação, ou entre ela e a administração”.<sup>18</sup>

O vocábulo “jurisdição”, na verdade, tem amplo sentido. Não significa apenas a aplicação do direito ao caso concreto. A palavra “jurisdição” não pode ser usada apenas para designar a função judicial, pois, por seu amplo significado, é possível defini-la como atividade, poder, direito ou autoridade legal para ouvir e julgar uma causa ou causas, considerados em geral ou com referência a um caso particular, assim como governar e legislar.

Note-se que a jurisdição pode ser exercida tanto na elaboração das leis quanto na sua aplicação, seja pelo poder executivo, seja pelo legislativo ou pelo judiciário, e implicar em que o direito possa ser dito de várias formas e por vários órgãos diferentes, ligados ou não a uma dessas funções do poder, como ocorre com os tribunais de contas.<sup>19</sup> O exercício do trabalho jurisdicional do Estado, portanto, é distribuído entre as três funções estatais e entre os vários órgãos da administração direta, bem como entre as entidades da administração indireta, e estendido a órgãos estatais administrativos. As ações de legislar, governar e julgar formam, portanto, o conjunto da atividade jurisdicional geral do Estado, independentemente de haver ou não litigiosidade. Como bem colocou Pedro Lessa, “não ha assumptos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária”.<sup>20</sup> Logo, o exercício da jurisdição pelo Estado atrela-se ao poder institucional, pois é por meio de suas instituições, compostas por órgãos e entidades, que o Estado emite atos jurisdicionais.

Acontece que, como medida de organização funcional, tornou-se necessário especificar quem exerceria, dentro da estrutura do Estado, a função de dar a palavra final e destinar segurança às relações, na verdade, a quem caberia decidir de modo final e imutável. Esse trabalho envolveria a função de proteger a ordem constitucional, o sistema jurídico vigente e os direitos conquistados. Surge, então, a diferenciação entre a *jurisdição geral do Estado (lato sensu)* e a *função jurisdicional típica (específica) do Estado*, caracterizada pelo poder de

---

<sup>18</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136-139.

<sup>19</sup> CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo**: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 255.

<sup>20</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 15.

decidir de modo final e imutável. Pelo princípio da separação tripartida dos poderes, a função jurisdicional típica, final e imutável, de aplicar o direito é exercida, no direito brasileiro, apenas pelo judiciário.<sup>21</sup>

Sobre a jurisdição típica, atribuída ao judiciário, ensina José de Albuquerque Rocha que “a jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário”. Ressalta, ainda, que seu objetivo é “manter o ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade”, cuja função é exercida, “preponderantemente”, pelo judiciário.<sup>22</sup>

Ao fazer uso da expressão “em última instância” e da palavra “preponderantemente”, o referido autor segue justamente a linha acima exposta, qual seja, de que a jurisdição designada ao judiciário é de resolução de casos concretos de forma final e imutável, o que não significa, porém, que os demais órgãos e entidades estatais também não exerçam jurisdição. Além disso, o exercício da função jurisdicional típica, pelo judiciário, não impede a existência, dentro da estrutura do Estado, de uma jurisdição especial (abstrata ou de casos concretos) criada e colocada aos cuidados de um tribunal, designada a um órgão estatal fora da esfera do

---

<sup>21</sup> Ao tratar da jurisdição judicial típica, fazendo o contraponto com a atividade administrativa, ensina a obra *Teoria geral do processo*, encabeçada por Ada Pellegrini Grinover: “Quanto à atividade *administrativa*, não há dúvida de que também através dela o Estado cumpre a lei (e por isso não faltou quem dissesse inexistir diferença ontológica entre administração e a jurisdição). Mas a diferença entre as duas atividades está em que: a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não tem o *escopo* de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum) b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado que realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo; c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos. Acima de tudo, só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade. [...] Em todos os países a jurisdição é informada por alguns princípios fundamentais que, com ou sem expressão na própria lei, são universalmente reconhecidos. São eles: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 136-137.

<sup>22</sup> “A jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário. Sua nota individualizadora é de natureza funcional e consiste, por conseguinte, em estar dirigida, especificamente, ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico no caso concreto, ou seja, manter o ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade. Ademais, no direito brasileiro, a jurisdição caracteriza-se, do ponto de vista estrutural, por ser exercida, preponderantemente, por órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, através do devido processo legal. Portanto, podemos definir a jurisdição como a função de atuação terminal do direito exercida, preponderantemente, pelos órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da lei através do devido processo legal. [...] seria incompreensível que o Estado estabelecesse o direito e não instituisse, concomitantemente, uma atividade específica, tendente a garantir sua eficácia nos casos de violação. Daí, pois, a criação da função jurisdicional com objetivo específico de assegurar, em última instância, a hegemonia do direito na sociedade, até com o uso da força, quando não se logre sua observância pela espontânea adequação das condutas às suas normas”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78-79.

judiciário. A diferença, entretanto, reside no fato de que, enquanto os provimentos da jurisdição exercida pelos órgãos estatais em geral não fazem coisa julgada, as decisões do judiciário são imantadas pela definitividade e pela imutabilidade da coisa julgada. No ensino de Athos Gusmão Carneiro, “pode-se dizer que, sob certo aspecto, o juiz é a *longa manus* do legislador, pois transforma, pela jurisdição, em comando concreto entre as partes as normas gerais e abstratas da lei”.<sup>23</sup>

Acerca da função jurisdicional típica do Estado, exercida pelo judiciário, reproduz-se o ensinamento de Jorge Miranda:

Na função jurisdicional define-se o Direito (*jus dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstracto, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de actos jurídicos (máxime, de actos normativos).<sup>24</sup>

Assim, convivem harmonicamente, no mesmo ordenamento jurídico, exercidas pelo mesmo Estado, a jurisdição administrativa e a judicial. Cabe, então, entender a distinção entre as duas jurisdições e os limites de suas competências, cujas atribuições dependerão do sistema jurídico adotado. Distingue-se, portanto, o sistema do contencioso administrativo e o sistema judiciário (ou da jurisdição única).

Pelo sistema do contencioso administrativo, adotado primariamente na França, a jurisdição administrativa resolve os casos e sua competência de modo final e imutável sem que seja possível buscar o controle posterior do poder judiciário. Neste sistema firmou-se a figura do “administrador-juiz, vedando-se à Justiça Comum conhecer de atos da Administração.”<sup>25</sup>

Tal sistema tem como centro o Conselho de Estado, a que todos os tribunais administrativos se sujeitam, que funciona como juízo de apelação, juízo de cassação e como juízo originário e único de determinados litígios administrativos. À instância de cassação do Conselho de Estado, que controla a sua legalidade, são submetidas as decisões do Tribunal de Contas.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388.

<sup>25</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.

<sup>26</sup>“A jurisdição deste órgão supremo da Administração francesa é manifestada através de um desses quatro recursos: a) *contencioso de pena jurisdição*, ou *contencioso de mérito*, ou *contencioso de indenização*, pelo qual o litigante pleiteia o restabelecimento de seus direitos feridos pela Administração; b) *contencioso de anulação*, pelo qual se pleiteia a invalidação de atos administrativos ilegais, por contrários à lei, à moral, ou desviados de seus fins (“détournement de pouvoir”) que, por isso, é também chamado *recurso por excesso de*

Assim, no sistema francês a jurisdição administrativa (contencioso administrativo), que possui o poder de emitir provimentos finais e imutáveis, funciona ao lado da jurisdição comum (ou judicial), é adotado o *sistema da dualidade da jurisdição*. O sistema francês do contencioso administrativo se baseia no entendimento de que a “solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um poder ao outro”. Historicamente, tal sistema resultou da desconfiança em relação ao Poder Judiciário em face da experiência vivida no Antigo Regime.<sup>27</sup>

No sistema francês do contencioso administrativo, há a coisa julgada administrativa, o que impede a submissão de assuntos de natureza administrativa, que envolvam o particular e a Administração, ao crivo do Poder Judiciário. Convivem sob o mesmo sistema jurídico a coisa julgada administrativa e a coisa julgada judicial. No sistema do contencioso administrativo, o trabalho dos tribunais de contas é controlado pelo Conselho de Estado, o que impede a submissão de seus provimentos ao judiciário.

Ao fazer uma análise crítica de seus inconvenientes, a obra de Hely Lopes Meirelles discorre acerca do sistema do contencioso administrativo:

Não abonamos a excelência desse regime. Entre outros inconvenientes sobressai o do estabelecimento de dois critérios de Justiça: um da jurisdição administrativa, outro da jurisdição comum. Além disso, como bem observa Ranelletti, o Estado moderno, sendo um Estado de Direito, deve reconhecer e garantir ao indivíduo e à Administração, por via da mesma Justiça, os seus direitos fundamentais, sem privilégios de uma jurisdição especial constituída por funcionários saídos da própria Administração e sem as garantias de independência que se reconhecem necessárias à Magistratura.<sup>28</sup>

Entre o sistema do contencioso administrativo francês e o sistema inglês do judiciário ou da jurisdição única há uma contraposição. Originado na Inglaterra, o sistema da jurisdição única foi transplantado para os Estados Unidos e outros países.<sup>29</sup> Neste sistema, portanto, não se

---

*poder* (“recours d’excès de pouvoir”); c) *contencioso de interpretação*, pelo qual se pleiteia a declaração do sentido do ato e de seus efeitos em relação ao litigante; d) *contencioso de repressão*, pelo qual se obtém a condenação do infrator à pena administrativa prevista em lei, como nos casos de infração de trânsito ou de atentado ao domínio público”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53-54.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., 2004, p. 55.

<sup>29</sup> Na história da humanidade é possível observar que foram desenvolvidos vários sistemas jurídicos, todos aplicados no interior dos diversos Estados, como o direito canônico, o direito hindu e o direito judaico. “*Os diversos direitos exprimem-se em múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e são feitos para sociedades cujas estruturas, crenças e costumes são muito variados*”, sendo que, entre eles há elementos variáveis e elementos constantes do direito, além de possuir, cada sistema, suas características próprias, como certo vocabulário, certos conceitos, categorias, técnicas, concepção da ordem social, modo de aplicação, função própria. Apesar de existirem variados sistemas jurídicos, poucas foram as famílias do direito que delas decorreram, notabilizando-se os grupos da *common law* e a *civil law*, além da família dos direitos socialistas



admite o contencioso administrativo do regime francês, e toda controvérsia, litígio ou questão, existente entre o particular e a Administração, se resolve no judiciário, que é o único que detém autoridade para decidir de maneira final, conclusiva e imutável.<sup>30</sup> Debaxo do sistema inglês da jurisdição una, não há a coisa julgada administrativa, mas apenas a coisa julgada judicial.

Não significa que no sistema da jurisdição única, centrada no judiciário, não exista o exercício da jurisdição administrativa. A atividade jurisdicional administrativa continua a ser exercida por intermédio dos demais órgãos e entidades da administração pública, ou pelos órgãos de controle. O que ocorre, contudo, é que os provimentos administrativos, no sistema da jurisdição única, não têm o condão da imutabilidade da coisa julgada, eis que podem ser controlados *a posteriori* pelo judiciário. Neste sentido é o raciocínio de Rafael Bielsa:

*Podemos reducir las precedentes nociones a las conclusiones siguientes: 1º) Los sistemas se diferecian por dos características principales: 1) según el poder a que pertenezca el tribunal que conoce y decide em las causas contenciosoadministrativas; 2) según la extensión de las facultades jurisdiccionales de ese tribunal. 2º) En el sistema judicial, el tribunal pertenece a esse poder y decide sobre la legitimidad de los actos que ante él se someten. La sentencia que esse tribunal dicta tiene efectos inter partes; él no puede anular erga omnes e lacto impugnado. 3º) En el sistema do la jurisdicción contencioso administrativa los tribunales pertenecen al poder administrador y su función jurisdiccional comprende el conocimiento y decisión (instrucción de la causa y sentencia). 4º) Con estos dos sistemas pueden coexistir tribunales administrativos especiales (v. gr.: de cuentas, militares, universitários, disciplinarios respecto de los funcionarios públicos, fiscales, etc). 5º) En los sistemas mixtos los actos administrativos que lesionan derechos civiles se someten a los tribunales judiciales, y las reclamaciones que la lesión de derechos surgidos de leyes administrativas, es decir los recursos que ellos generan, se someten a los tribunales administrativos especiales.<sup>31</sup>*

O sistema da jurisdição única pelo judiciário, caracterizada pela definitividade e pela imutabilidade, não leva à desvalorização da jurisdição geral do Estado, nem significa o desprezo às instituições. O controle posterior pelo judiciário, provocado pelo interessado pelo uso do direito de ação, fortalece o aspecto institucional, pois implementa a segurança jurídica

---

(DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 15-17). No exercício do poder estatal, os americanos, cujo sistema desenvolveu-se a partir do sistema inglês da *common law*, diferentemente dos europeus, sempre confiaram mais no judiciário do que nos outros poderes, especialmente no legislativo. A doutrina do chamado “realismo jurídico” (que destacava o papel ativo do juiz na criação do direito); o aparecimento histórico do juiz como superior ao legislador; a desconfiança para com a assembléia inglesa, cujas leis eram consideradas arbitrarias pelos americanos; e a influência da *common law* inglesa, que é direito de origem judicial, apesar do declínio do judiciário na Inglaterra, fato não ocorrido em suas ex-colônias após a independência (ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 89-91). De acordo com a família jurídica da *common law*, predomina sobre a lei a interpretação judicial. Por mais rica que seja a atividade do legislador, seus comandos como que necessitam de uma ratificação judicial, passando pelo crivo da aplicação prática. Com isso, há a super-valorização do trabalho dos juizes.

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

<sup>31</sup> BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1957, p. 109-110.

almejada, já que possibilita a chancela judicial definitiva sobre os provimentos administrativos, ou a ordem para a sua revisão pela existência de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, ou pela não observância de direitos fundamentais do gestor cujas contas foram fiscalizadas.

Além do fortalecimento institucional, o sistema da jurisdição unia pelo judiciário protege a ordem constitucional, os objetivos e a credibilidade estatal, assim como o rol de direitos fundamentais.

A ordem jurídica brasileira adotou o sistema da jurisdição única centrada no judiciário, o que permite que os provimentos de natureza administrativa, emanados dos órgãos e entidades da administração pública, possam ser submetidos ao controle pelo Poder Judiciário. Este controle judicial inclui os provimentos emanados da jurisdição administrativa exercida pelos tribunais de contas. O fundamento estabelecido para o sistema jurisdicional brasileiro está no artigo 5º da Constituição Federal, incisos XXXV e XXXVI. No inciso XXXV está o princípio da inafastabilidade jurisdicional, atividade exercida pelo judiciário, qualificado como direito fundamental. Por meio dele, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser afastada da análise judicial desde que o jurisdicionado deduza sua pretensão em juízo (exercício do direito de ação).<sup>32</sup>

O texto contido no inciso XXXV não excepciona os atos praticados nas demais atividades jurisdicionais de natureza administrativa, o que significa que seus provimentos podem ser submetidos ao controle judicial, inclusive os atos emanados dos tribunais de contas. Apesar da lei não poder afastar a possibilidade de análise judicial sobre lesão ou ameaça a direito, a Constituição, como Lei Fundamental, inauguradora do Estado, poderia estabelecer uma ou outra proibição. O constituinte originário da Constituição Federal brasileira vigente optou por uma única proibição, qual seja, a de esgotamento prévio da justiça desportiva para revisão de seus julgados (CF, art. 217, §§ 1º e 2º), e estabeleceu a ampla

---

<sup>32</sup> “Para o cidadão, a jurisdição se afigura como um direito posto a sua disposição. Qualquer cidadão tem o direito de invocar a atuação jurisdicional do Estado, que se dá por meio do Processo, sempre que julgue ser-lhe necessária a intervenção de um terceiro imparcial na solução de um litígio. A provocação, que vai dar origem ao Processo, veículo pelo qual irá ser desempenhada a jurisdição, ocorre por meio da “Ação”. [...] A jurisdição é um direito garantido ao particular e ao qual obriga o Estado, devendo prestá-lo sempre que provocado, apreciando a pretensão deduzida em juízo. Dessa forma, qualquer atuação do Estado no sentido de limitar, impedir ou dificultar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, a real apreciação o litígio, importa ausência, desperdício ou negativa de jurisdição” BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. *Jurisdição negada: um lamentável exemplo*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 199-200.

abertura para a busca do judiciário, o que abrangeu a garantia do mandado de segurança também como direito fundamental (artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal).

Pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a ordem constitucional estabeleceu a proteção à coisa julgada, provimento apenas de natureza judicial, onde nem mesmo a lei pode desconsiderá-la. Simples e comumente definida como a decisão judicial da qual não cabe mais recurso, ou seja, que foi blindada pelo sistema processual, a coisa julgada possibilita a segurança jurídico-processual, cujo papel é de fundamental importância para a credibilidade dos provimentos emanados pelo judiciário. Seu objetivo é dar um fim definitivo e seguro ao litígio (coisa julgada material), e evitar a indefinibilidade do processo. Há, ainda, a coisa julgada formal, que ocorre quando a decisão encerra o processo, mas não adentra no mérito da demanda.

Outro princípio que fundamenta a jurisdição una pelo judiciário é o do juiz natural, contido no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal. Seu teor estabelece o direito do jurisdicionado de ter prévio conhecimento de quem é competente para processar e julgar a sua conduta e suas relações jurídicas, seja entre particulares ou entre estes e o Estado. Significa saber previamente as regras de competência, o que evita manobras iníquas e exceções estabelecidas com propósito de prejudicar uma ou outra pessoa. Este princípio se relaciona com outros dois: o da proibição de tribunal de exceção e o da impessoalidade.

Os três princípios acima tratados, da inafastabilidade jurisdicional, da coisa julgada e do juiz natural, aplicados tipicamente ao judiciário, são qualificados como direitos fundamentais do jurisdicionado e se apresentam como pilares do sistema brasileiro da jurisdição una.

Além disso, deve receber destaque o rol das funções essenciais à justiça (sistema da justiça una), especificadas nos artigos 127 a 135 da Constituição Federal. Acerca das funções essenciais à justiça, notadamente o Ministério Público e a Advocacia, ressalta-se que a primeira está afeita ao princípio da legalidade, pela atividade de fiscal da lei e por sua legitimidade para o ajuizamento de certas ações judiciais, especialmente para a proteção de direitos difusos e coletivos, e a segunda ao princípio da ampla defesa. Tais funções também ratificam o sistema brasileiro da jurisdição una ao centralizar no judiciário o trabalho de proteção e segurança da ordem constitucional, além de serem essenciais à justiça oriunda da atividade judicial.

O controle exercido pela atuação do judiciário, para fazer valer o poder institucional, tem aplicação sobre o próprio Estado e sobre os atos por ele produzidos. O Estado de Direito tende a ser aquele que dispõe de normas cujos destinatários não são apenas os seus governados, mas também, e prioritariamente, o próprio Estado ao limitar a sua atuação e servir como prevenção a ações arbitrárias e absolutas. Dentre tais normas estão as de natureza processual, que controlam o exercício da jurisdição, inclusive a exercida, centralizada e tipicamente, pelo judiciário, pois é no momento de aplicar as leis e exercer seu poder de polícia, que reside a maior possibilidade de usurpação do poder e de surgirem arbitrariedades. Daí residir no espírito das leis processuais a preocupação em organizar, delimitar e frear a força estatal.<sup>33</sup>

Como disse Bobbio, hoje dá-se prioridade à proteção da pessoa, enquanto que a proteção à propriedade tornou-se secundária. Mas nem sempre foi assim. O progresso social e participativo da sociedade, a implementação de liberdades políticas e civis serviram para contrabalançar a posição entre o Estado e o governado. E as normas processuais são representativas dessas liberdades políticas e civis, pois o processo serve, dentre outras, como instrumento de modificação, conscientização, defesa e exercício de direitos e pacificação social.

Dessa preocupação com o Estado deriva a tripartição das funções do poder e a proteção dos indivíduos pelo Direito. Tal organização do poder funciona, além de organizar a atividade estatal, como forma de limitar e frear reciprocamente os entes e agentes estatais, e evitar que o Estado ultrapasse os limites de suas prerrogativas e invada a esfera juridicamente protegida dos indivíduos. Ultrapassados esses limites, ainda que o Estado seja o autor dos abusos, permite o sistema que o judiciário seja provocado para efetivar a aplicação correta, efetiva e eficaz do ordenamento jurídico.

Para ilustrar essa sistematização observada na constitucionalização de medidas necessárias à delimitação da atuação estatal, reproduz-se o ensinamento de Norberto Bobbio:

---

<sup>33</sup> “É preciso distinguir entre a liberdade pessoal e os outros direitos naturais: a primeira é fundamento do Estado do direito, que se baseia no princípio da “*rule of law*”, ao passo que os segundos são o pressuposto do Estado liberal, ou seja, do Estado limitado. O alvo da primeira é o poder arbitrário; o da segunda, o poder absoluto. O fato de que o poder tenda a ser arbitrário quando se amplia o seu caráter absoluto não significa que um e outro ponham o mesmo problema quando se trata de escolher os meios para combatê-los. O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 123.

A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado ‘constitucionalismo’).

O segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que freqüentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional, fundado em relações pessoais e patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi descrito com muita penetração por Max Weber.<sup>34</sup>

Acerca da importância do controle judicial sobre a atividade estatal por meio da sistemática processual, consubstanciada no princípio do devido processo legal (*due process of law*), ensina Chaïm Perelman:

O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo.

Para que exista um Estado de direito é necessário, de fato, que aqueles que governam o Estado, e são encarregados de administrar e de julgar em conformidade com a lei, observem as regras que eles mesmos instituíram. Na ausência daquilo que os americanos qualificam de *due process of law*, o respeito pelas regras da honesta aplicação da justiça, a própria idéia de direito pode servir de biombo a todos os excessos de um poder arbitrário.<sup>35</sup>

Assim, o sistema de jurisdição *una* encontra apoio na necessidade natural de que o próprio Estado efetue um autocontrole de suas ações por meio do judiciário. Principalmente, porém, o acesso livre ao judiciário serve para proteger a pessoa natural contra atos ilegais, inconstitucionais ou abusivos emitidos por órgãos e entidades da administração pública, inclusive dos órgãos administrativos de controle. Permitir que o judiciário possa analisar provimentos estatais, inclusive dos tribunais de contas, não viola a ordem constitucional, pois, conforme se verá mais adiante no presente trabalho, a Constituição não excepcionou da análise judicial os atos destes órgãos. Nem o exercício do direito de ação, perante o judiciário, enfraquece as instituições. Ao contrário, seu objetivo é garantir o exercício e a observância dos direitos, e fortalecer a credibilidade institucional do Estado.

Apesar do direito brasileiro adotar o sistema *judiciarista* ou da jurisdição *una*, centrado no judiciário, não deixa de existir na ordem constitucional e no direito administrativo pátrio o contencioso administrativo e a coisa julgada administrativa. Isto porque, toda a atividade

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 148.

<sup>35</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 99, 199.

administrativa, por seus órgãos ou por meio de tribunais administrativos, que, em sua relação com os administrados, verifique-se aplicação do direito, dentro de uma dialeticidade, poderá ser caracterizada como contencioso administrativo.<sup>36</sup> E coisa julgada administrativa existirá sempre que todas as instâncias administrativas que permitam a referida dialeticidade estiverem esgotadas (pela aplicação da preclusão consumativa, temporal ou lógica), bem como pela aplicação da prescrição ou decadência ou pela irrevogabilidade do provimento (por respeito a direitos adquiridos). A questão é que, nos países em que é adotado o sistema do contencioso administrativo puro ou próprio, como no caso francês, não haverá a mínima possibilidade de discussão da matéria no judiciário, assim como a coisa julgada administrativa é definitiva e imutável, não passível de ser rediscutida num tribunal judicial. No caso brasileiro é diferente. O provimento resultante do contencioso administrativo pátrio, ainda que passado em julgado, pode ser atacado e anulado judicialmente na hipótese de nele ser detectada uma ilegalidade manifesta ou uma inconstitucionalidade.

Desse modo, os tribunais de contas exercem jurisdição administrativa, nela existe contencioso administrativo e sua decisão (no julgamento das contas de gestão) faz coisa julgada administrativa quando não mais houver oportunidade de recurso.

## 1.2 O controle da administração pública pelos tribunais de contas: sua origem na antiguidade e sua aplicação no estado moderno

A corrupção e os desvios praticados dentro da administração pública, cometidos pelos próprios agentes encarregados do Estado, sempre acompanharam os passos da humanidade em qualquer lugar ou país, e sob qualquer sistema ou modelo jurídico vigente. Sua existência

---

<sup>36</sup> “Compreende-se na expressão *contencioso administrativo* [...] “os processos nos quais a administração está envolvida”, ou ainda “o ramo do direito administrativo que tem por objeto a organização dos tribunais administrativos, o estudo de sua competência e a determinação das formas de processo que lhe dizem respeito. Ao lado do direito *determinador* que indica as regras e formula os direitos, o contencioso administrativo constitui o direito *sancionador* que lhe assegura a observação rigorosa”. Trata-se, pois, de “um sistema de jurisdição, mais ou menos extensa, atribuída à própria administração, quando em litígio com os administrados”. CRETELLA JÚNIOR, J. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. VI, p. 68-69.

“O contencioso administrativo pode ser definido sob o ponto de vista formal ou material. No primeiro sentido deve-se atender à natureza das partes que intervêm na controvérsia, no segundo, deve-se levar em consideração a natureza do ato que serve de base, de fundamento, ao litígio. Quanto ao primeiro aspecto da questão, é preciso considera-se sempre a intervenção do Estado, o seu interesse imediato, para ter-se como de natureza administrativa a controvérsia. É preciso que o ato tenha emanado de uma autoridade administrativa ou que, embora praticado por um particular, torne-se necessária a sua intervenção para a defesa do seu legítimo interesse na controvérsia. [...] Daí decorre o segundo princípio, o que caracteriza o contencioso administrativo pela natureza material do ato, se de direito público ou direito privado. Sòmente no primeiro caso admite-se a intervenção da jurisdição administrativa, isto é, quando a controvérsia tiver por objetivo resolver uma relação de direito público”. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. IV, p. 498-499.

e prática são óbices à realização do interesse público e uma forma de beneficiar indevidamente ao particular com o patrimônio e recursos pertencentes à comunidade. Detectada a corrupção no seio da administração pública, compromete-se a credibilidade das instituições, e surge para o Estado o dever de combater os desvios.

A partir do constitucionalismo, a noção de controle externo da administração pública exigiu atenção e tornou necessária a criação de mecanismos e de órgãos efetivos e independentes de controle, tudo para manter reta a atuação daqueles encarregados de manusear e gerenciar a coisa pública. Como uma Constituição define a existência e a estrutura de tais órgãos, bem como o sistema de controle externo do Estado, atenta às tendências comportamentais e culturais da sociedade para a qual se tornou a Lei Fundamental, este se tornou um assunto recorrente e um tema de extrema relevância para a segurança e para a estabilidade das instituições estatais. De fato, com o constitucionalismo e a queda do Estado Absoluto, surgiu a importância do sistema de controle externo sobre as ações de governo, e se destacou a ideia de responsabilidade e de responsabilização, bem como o dever de prestar contas e de dar satisfação social.

Para melhor entender a importância do constitucionalismo dentro da racionalidade estatal, pertence lembrar que o avanço intelectual da humanidade pode ser dividido em três momentos: da Idade Antiga, marcada pelos pensadores clássicos; da Idade Média, que se destacou pela paralisação filosófica e estagnação do pensamento político-estatal, calcada nos dogmas religiosos; e da Idade Moderna, que se caracterizou pela retomada da liberdade de pensar, criticar e buscar fundamentos na razão.

Na Idade Média, marcada pela obscuridade trazida pela supremacia da religião, num verdadeiro período de trevas para a filosofia, ocorreu a estagnação do pensamento em face das explicações buscadas para as coisas e acontecimentos a partir das ideias divinas e transcendentais.

Politicamente, esse período é ainda marcado pela presença do absolutismo estatal e, economicamente, pelo feudalismo. Pelo primeiro, limitava-se a participação do povo no poder e impunha-se a vontade do monarca de forma despótica e sem limitação jurídica sob a crença na divindade de sua origem e de suas ações. O feudalismo, por sua vez, causou o desrespeito ao direito de propriedade e do acesso de todos a ela pelo monopólio econômico e a exploração de mão de obra.

O Estado Absoluto, ademais, era caracterizado pela total falta de controle sobre as ações do monarca, que detinha todo o poder e a soberania, conforme se entendia, e marcado pela ausência de qualquer entendimento racional acerca da organização da sociedade, da origem do poder estatal e de fiscalização sobre o seu exercício.

Com as luzes trazidas pelo racionalismo, baseado em fortes correntes liberais, fortalecidas pela queda de poderosos governos despóticos, passou-se a observar as mudanças gradativas no sombrio quadro imposto pelo absolutismo. Tais mudanças advinham da discussão do contrato social, da delegação de poderes do povo para o governante e que este, ao contrário do que se pensava, está a serviço da maioria. Uma de suas obrigações era a de dar satisfação sobre sua gestão à coletividade.

A quebra desse paradigma dá origem a dessacralização e a laicização da ideia de poder, bem como ao ataque a presença de elementos religiosos e despóticos no exercício do governo. Acerca da origem do poder central, o entendimento, influenciado pelo racionalismo, direciona-se no correto sentido de que este não é do governante, mas sim do povo que, apenas na certa e necessária medida, transmite doses limitadas de sua liberdade para a criação de uma autoridade com prerrogativas de falar e decidir pela coletividade. O consentimento é o aspecto fundante do Estado, cujo surgimento é explicado com base na vontade da maioria. O Estado surge, portanto, com a delegação, pelo povo, titular da soberania, do poder necessário para organizar a vida em comunidade. Uma vez agrupadas as pessoas e massificadas as relações humanas, deu-se a necessidade de sua organização e regulamentação, o que fez surgir o ente estatal como centro do poder.

Pelo fato de que o poder central passaria a ser exercido pelos semelhantes dos governados, escolhidos dentre o próprio grupo social, as imperfeições e interesses pessoais poderiam corromper o exercício das prerrogativas de governo, além de torná-lo abusivo e desviado de sua finalidade. Uma vez concentrado no Estado o exercício de todo o poder, era preciso saber como barrar tais possibilidades de imperfeições e arbítrios.

Para o Estado havia a função de organizar e regulamentar a vida em sociedade, bem como a missão de decidir pendências oriundas das relações humanas, impedir o exercício individual do poder e a atuação do indivíduo como juiz em causa própria, e evitar o estado belicoso, além de fazer uso da propriedade destacada e colocada ao seu dispor em benefício exclusivo da



coletividade. A partir desse quadro, o absolutismo encaminhava-se para a ruína e começava a aparecer para o Estado, de modo racional, a responsabilidade pelo exercício do poder.

Essa modernização estatal e a afirmação do Estado de Direito tiveram de passar pelo amadurecimento das instituições e da forma de pensar a figura do poder. Pelas luzes lançadas acerca dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, bem como da consciência de que ele somente surge a partir da vontade de todos, e da delegação de poderes oriunda da coletividade, tornou-se possível chegar a uma visão mais elevada quanto à importância de uma ordem que limitasse o uso e o exercício dessas prerrogativas transferidas.

Apesar de inexistir, até então, o claro entendimento acerca da dicotomia interesse público e interesse privado, especialmente da supremacia do primeiro, óbvia era a necessidade de alcançar um sistema que viabilizasse a realização do interesse coletivo. Era preciso entender que a permissão, dada pelo indivíduo, a um poder central que governasse a vida da comunidade, não era absoluta, nem tinha a natureza totalitária. Tal transferência de poder deveria ocorrer apenas na medida necessária para a manutenção da concórdia e da paz social, e, do próprio Estado, se esperaria o respeito aos direitos de seus cidadãos.

A questão do equilíbrio político como uma meta, e a não admissão de que a preocupação com o interesse coletivo anulasse o indivíduo, nem que este, por sua vez, não se importasse com o bem-estar da comunidade, entrou em pauta. Seria preciso, então, encontrar mecanismos que tornasse efetiva a instituição de um Estado não absoluto nem arbitrário, mas que somasse a proteção dos interesses gerais com o respeito à essencialidade do ser humano.

O ente estatal deveria agir sempre de acordo com sua finalidade central: realizar o interesse público e protegê-lo das ingerências indevidas do interesse pessoal. Tal finalidade era incompatível com o absolutismo, posto que as bases deste eram encontradas no elemento pessoal – na figura do próprio monarca, e não na coletividade. Assim, o próprio governante não poderia fazer uso de sua função para beneficiar a si e aos seus, nem se desviar no exercício do poder para tirar proveito pessoal. Essa consciência começou a ser encaminhada e melhor pensada no momento em que o Estado passou a ser organizado a partir de uma ordem que o constituísse, com a elaboração de normas que passaram a dizer previamente como seria exercido o poder e quais os direitos da pessoa humana que deveriam fundamentar a vida em sociedade.

O princípio do Estado de Direito trouxe consigo a necessidade de delimitar as funções do exercício do poder e designar os órgãos representativos do Estado e a repartição de suas competências e atribuições, numa forma de evitar o atropelo e a insegurança no exercício do poder. Somente assim seria possível atingir dois objetivos: criar o próprio Estado de Direito e estabelecer a ordem interna, com destaque ao rol de direitos que protegessem a pessoa humana, e o segundo de limitar o exercício do poder estatal.

A solução se deu no sentido de ser elaborada uma Lei Inicial, que refletisse a vontade social, e que instituísse e fundamentasse o Estado de Direito e a sociedade para a qual era destinada. Essa norma passou a ser designada de Constituição.<sup>37</sup> Surgia, assim, o fenômeno do constitucionalismo.

Esse novo panorama institucional, no entanto, poderia ser desvirtuado por ataques e violações, inclusive pelos membros do próprio Estado, por vezes colocado a serviço dos ilícitos interesses individuais e mercadológicos. Certos momentos de instabilidade institucional e constitucional são observados, ocasionados por pressões de grupos interessados em se perpetuar no poder ou dele fazer uso para a promoção de seus assuntos.

O fato é que o entendimento acerca da importância da Constituição para o estabelecimento de um Estado que se possa designar de Direito deve passar, inexoravelmente, pelo estudo da evolução do próprio Estado e do desenvolvimento do pensamento constitucional. Este avanço paulatino, especialmente da ideia girada em torno de uma ordem que o constituísse, culminou no desenvolvimento do pensamento constitucional<sup>38</sup> e no surgimento do Estado Moderno.

Com o amadurecimento das instituições, especialmente pelo advento do Estado Moderno e do pensamento constitucional, vários mecanismos de controle estatal foram criados e implementados, corolário da impossibilidade de reativação do absolutismo como

---

<sup>37</sup> Na Grécia antiga, a palavra constituição tinha sentido absolutamente limitado, sendo o vocábulo utilizado no sentido de legalidade e como sinônimo da *pólis*. Mais adiante, o uso romano da palavra *constituto* tinha o sentido de normas emitidas pelo imperador, mas que em nada se relacionavam com a estrutura do Estado. No obscurantismo da Idade Média, tendo havido grande estagnação filosófica e intelectual, a organização social se notabilizou pelos feudos, valorização dos dogmas religiosos e do teocentrismo, existindo, quanto ao Estado, o destaque ao absolutismo e a sua completa desestruturação. SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 13-16.

<sup>38</sup> Somente na segunda metade do século XX é que o pensamento constitucional, pelo acúmulo de experiências e pelas reflexões até ali realizadas, chega a um grau de amadurecimento que permitiu estabelecer a Teoria da Constituição.

forma de exercício do poder. Dentre tais instrumentos, destacam-se os tribunais de contas, cujo formato encontra-se em uso e funcionamento em inúmeros países.

Os registros de iniciativas de controle da administração pública remontam à antiguidade. Três mil e duzentos anos antes de Cristo, no Egito, na Pérsia e na Fenícia, há notícias de que a arrecadação de tributos era controlada por escribas. No Código de Manu, na Índia, mil e trezentos anos antes de Cristo, foram estabelecidas normas de administração financeira, de fiscalização e de regulamentação de coleta de rendas públicas. Na China, conforme o pensamento político de Confúcio, havia a orientação de que a administração financeira e as demais atividades do Estado fossem implementadas em benefício do povo, pois as rendas públicas não deveriam ser consideradas como bens de uso privativo dos reis, o que levava a sua aplicação a ser submetida a rigorosa fiscalização. Na Grécia, já havia a preocupação com a questão do controle dos gastos públicos, como indica a existência dos *legisperitos* que formavam um colegiado que serviria de embrião aos atuais tribunais de contas. Na cidade de Atenas, havia um colegiado constituído por dez oficiais (lojistas) a quem os administradores e funcionários públicos apresentavam suas contas. Em Roma, o Senado, auxiliado por questores, fiscalizava a utilização dos recursos do Tesouro.<sup>39</sup>

No entanto, a ideia de órgãos externos de controle, especializados e de ordem técnica, somente ganhou destaque a partir do constitucionalismo e com o Estado Moderno. Na Itália, em 1864, foi instituído um órgão fiscalizador da Fazenda Pública, cuja denominação era *Corti dei Conti*. Na França revolucionária, criaram-se dois órgãos desta espécie, os denominados de *Chambre des Comptes* e *Cour des Comptes*. Foi com Napoleão que estes órgãos ganharam maior impulso e destaque, e aos seus membros foram dadas as mesmas prerrogativas e os mesmos privilégios da magistratura, cuja importância foi ainda mais realçada com a Constituição Francesa de 1947.<sup>40</sup>

Alguns modelos de controle externo, notadamente dos tribunais de contas, podem ser mencionados para ilustrar e elevar a ideia do leitor acerca do tema. Na França, as decisões da *Cour des Comptes*, criada por uma lei datada de 16 de setembro de 1807,<sup>41</sup> são passíveis de reexame pelo Conselho de Estado, conforme já indicado acima, por ocasião da abordagem do

---

<sup>39</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.21.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 2006, p. 22.

<sup>41</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 159.

contencioso administrativo. As decisões desses tribunais possuem natureza de definitividade (coisa julgada administrativa) e seus membros são escolhidos pela Escola Nacional de Administração. Além da fiscalização efetiva e a emissão de decisões jurisdicionais definitivas, essas Cortes possuem função consultiva (não jurisdicional). Ao julgar as regularidades das contas, tais tribunais exercem funções de juízes de direito. Assim como na Bélgica, seu julgamento se dá de forma objetiva, ou seja, sobre a legalidade das contas, e não sobre os motivos da despesa. Pode-se dizer que o controle francês é realizado *a posteriori*, ou seja, após a realização da despesa.<sup>42</sup> Por isso que o julgamento ocorre sobre os atos dos contadores e não dos ordenadores. Isto se dá pelo fato de que a fiscalização francesa adota o princípio da desconfiança. De acordo com este preceito, a mesma pessoa que ordena a despesa não pode ser a mesma que efetua o pagamento. Por esta razão, o ato de efetuar o pagamento é privativo do contador público. Assim, a análise contábil ocorre sobre os atos dos contadores, de forma objetiva e à luz da legalidade, e não sobre os motivos que levaram à ordem da despesa (subjetividade). Além disso, a análise não é feita apenas sob o ângulo formal da contabilidade pública, mas também pelo exame da qualidade e da eficiência.<sup>43</sup>

O Tribunal de Contas italiano, criado por lei datada de 14 de agosto de 1862, possui um presidente, um procurador-geral, vinte presidentes de seções e quinhentos e dois conselheiros, vice-procuradores-gerais, primeiros referendários, além de magistrados especiais. Exerce funções nas Comissões de Controle sobre as regiões com estatuto ordinário e naquelas com estatuto próprio. Seu trabalho envolve o controle sobre os atos do executivo e a emissão de atos jurisdicionais em matéria contábil e pensões, bem como a função consultiva. Os empenhos jurídicos – decretos que autorizam despesas também são passíveis de controle. Assim como na Bélgica, na Itália as despesas são apresentadas para que recebam o visto.<sup>44</sup> Significa dizer que o controle é feito anteriormente à realização da despesa, isto é, tem caráter preventivo. “No modelo italiano, o veto prévio acarreta impedimento, absoluto ou relativo, à despesa, no sentido de proibir ou suspender, respectivamente, o ato submetido ao controle (veto absoluto ou veto limitado).<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Ibid., 2008, p. 160.

<sup>43</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.29-30.

<sup>44</sup> Ibid., 2006, p. 31-32.

<sup>45</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 161.

Na Bélgica, o Tribunal de Contas, cuja elevação ao patamar constitucional se deu somente em 7 de fevereiro de 1883,<sup>46</sup> é composto por presidentes, conselheiros e secretários, todos nomeados pela Câmara dos Representantes para um período de seis anos, indefinidamente prorrogável, mas igualmente revogável antes do término do prazo. O Tribunal possui duas câmaras, ambas bipartidas em duas seções, cada uma com um presidente, quatro conselheiros e um secretário, cuja composição é periodicamente modificada. Além do controle repressivo, a Corte exerce o controle preventivo sobre a prestação de contas geral do Estado que representam a soma das contas de todos os ministros. A cada ano elabora um caderno de observações onde registra suas críticas à gestão, cujo relatório é prévio à votação, pelo Parlamento, acerca da conta geral. Também fiscaliza as contas das empresas estatais, realiza auditorias (inspeções *in loco*) e publica o resultado das contas analisadas. Sua principal atribuição, no entanto, é dar o visto sobre as ordens de pagamento oriundas dos ordenadores de despesas (ministros de estado ou funcionários delegados), especialmente sobre a fixação de vencimentos e pensões. Na verdade, em semelhança aproximada ao modelo do tribunal italiano, no belga o controle é preventivo. A diferença reside no fato de que, no caso da Bélgica, o visto (ou visa) prévio não é proibitivo da despesa desde o ano de 1846, “uma vez que, por lei específica, foi admitido ao Conselho de Ministros reapreciar os fundamentos da recusa. Se aceita a despesa, o Tribunal de Contas registra o ato sob reserva”.<sup>47</sup> Essa análise sobre a ordem de pagamento não é do fator subjetivo, ou seja, das razões da despesa, mas sim objetivamente, se a despesa é legal ou não. Em caso de recusa do visto, o processo retorna à autoridade de origem com os motivos da negativa. As decisões do Tribunal de Contas belga podem ser revistas pela Corte de Cassação, que tem a prerrogativa de anular o provimento, cuja matéria será submetida a uma comissão da Câmara de Representantes, que emitirá juízo de última instância.<sup>48</sup>

Em Portugal, o Tribunal de Contas ganhou registro constitucional em 1976. É órgão do poder judiciário em relação à responsabilização dos agentes por infrações financeiras. Em relação à Conta Geral do Estado, porém, no qual não julga, mas emite parecer, este é acatado ou recusado mediante a análise da Assembleia da República. Tem sede em Lisboa. Possui cinco seções distribuídas com três na sede, uma na região dos Açores e outra na Madeira. A nomeação e exoneração do presidente do tribunal, cujo mandato é de quatro anos,

---

<sup>46</sup> Ibid., 2008, p. 162.

<sup>47</sup> Ibid., 2008, p. 163.

<sup>48</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 27-29.

prorrogável, são atos privativos do presidente da república, enquanto que os juízes são contratados mediante concurso público e nomeados pelo presidente do tribunal. No exercício de sua função, o objetivo do tribunal não se resume à análise da mera legalidade contábil, mas também da qualidade, consoante os critérios da economicidade, da eficácia e da eficiência, adotado o sistema de auditorias. Como integrante do Poder Judiciário, “das decisões do Tribunal de Contas de Portugal cabe recurso apenas para o Tribunal Constitucional, instância máxima da Justiça portuguesa, encarregado do controle constitucional”.<sup>49</sup>

Na Espanha, adota-se o princípio da dualidade jurisdicional em que o judiciário comum está ao lado da justiça administrativa, dividida entre geral e especial, esta última onde se encontram o Tribunal e as Comissões de Contas. A justiça administrativa do Tribunal de Contas, no entanto, não faz parte do judiciário, tanto que a Constituição Espanhola de 1978 trata do Tribunal de Contas não no título sobre o Poder Judiciário, mas sim no título sobre economia e finanças. O tribunal é órgão supremo de fiscalização, dependente das Cortes Gerais (Parlamento), e exerce suas funções na conformidade das delegações recebidas daquele quanto à Conta Geral do Estado. O tribunal remete ao Parlamento, anualmente, informações acerca das contas, onde indica infrações porventura ocorridas. Aos membros do Tribunal de Contas são destinadas as mesmas garantias dos juízes. É composto por doze conselheiros designados pelo Parlamento, metade pelo Senado e metade pelo Congresso dos Deputados, para um período de nove anos. Eleito o presidente, o mesmo é nomeado pelo Rei para um mandato de três anos. No Tribunal há o secretário-geral, contadores, oficiais e pessoal administrativo.<sup>50</sup>

Na Inglaterra, o controle financeiro é realizado pela Câmara dos Comuns. O cargo de Controlador e Auditor Geral é preenchido por nomeação da Coroa, e é incompatível com qualquer outro cargo ou função na área pública. Por meio dele é feito o controle preventivo sobre as ordens do Tesouro, atinentes às transferências de fundos ao Agente Pagador Central, que não podem ser liberadas sem a autorização do Controlador e Auditor Geral. E pelo controle sucessivo é realizada fiscalização concomitante da gestão dos bens, das contas diárias de caixa, das contas quadrimestrais, dos ingressos e dispêndios, e das contas anuais.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, op. cit., 2008, p. 163.

<sup>50</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 33-34.

<sup>51</sup> Ibid., 2006, p. 35-36.

Nota-se que a prática de desvios ameaça toda e qualquer administração pública, o que torna imprescindível o controle anterior, concomitante e posterior dos atos de gestão. Também é possível observar que esse controle não é realizado ao alvedrio das constituições de seus respectivos países, e que os provimentos dos tribunais de contas passam, uns pela análise e confirmação política, pelo Parlamento, ao passo que outros possuem autoexecutoriedade. O fato, porém, é que em todos eles, seja dentro do sistema do contencioso administrativo, onde há um órgão final, fora dos tribunais de contas, ou dentro do sistema da jurisdição única, pode o gestor público impugnar o provimento da Corte de Contas, seja pela forma, seja pelo conteúdo. Nos casos em que a jurisdição é única, cuja decisão final (coisa julgada) somente é oriunda do judiciário, cabe ao gestor público buscá-lo para o fim de proteger direitos fundamentais ou legais violados por reflexo do provimento do tribunal de contas.

Jorge Ulisses Jacoby faz referência às Entidades de Fiscalização Superior – EFS, nome genérico dado às instituições do tipo dos tribunais de contas. Baseado em estudo de um especialista – Marcos Valério de Araújo, Jacoby indica as suas conclusões em relação aos países da América Latina, Portugal e Espanha: são definitivas as decisões dos tribunais de contas do Chile, Costa Rica, Honduras, Porto Rico, Portugal e Nicarágua; cabe recurso à justiça ordinária, após o pagamento do débito imputado, em face das decisões da EFS da Argentina; e cabe recurso à Corte Suprema de Justiça na Espanha, Panamá, Peru e Venezuela.<sup>52</sup> Eduardo Lobo Botelho Gualazzi faz menção, ainda, ao controle exercido nos Estados Unidos da América e no Estado do Vaticano.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 157.

<sup>53</sup> “Nos Estados Unidos da América, há um órgão que se notabiliza por acentuada autonomia, em relação à Administração, bem como singular eficiência. Trata-se do *Ofício Geral das Contas (General Accounting Office)*, dirigido por um *Controlador Geral de Contas (Comptroller General)*, coadjuvado por um Assistente de Controlador Geral. O *Controlador Geral de Contas* é nomeado pelo Presidente dos Estados Unidos da América, em consonância com parecer do Senado, para um mandato de quinze anos, e é responsável exclusivamente perante o Congresso. O *Controlador Geral de Contas* pode ser removido do cargo, antes do fim do mandato, mediante o procedimento do *impeachment*, e ser submetido a processo de acordo com “resolução” das duas Câmaras legislativas (*Joint Resolution*). O Controlador Geral de Contas exerce controle externo sobre conduta contábil do Poder Executivo, mas também pode efetuar verificação contábil sobre operações financeiras dos organismos legislativos que, de qualquer modo e a qualquer título, recebem fundos do Governo Federal. O *Controlador Geral de Contas* tem direito e o dever de realizar toda e qualquer atividade, formal ou informal, no tocante à legitimidade e à “produtividade” (utilidade, rentabilidade) das despesas públicas, constituindo uma “polícia fiscal” de tais despesas. [...]. O Estado da Cidade do Vaticano, sede jurídico-estatal da Santa-Sé, o Estado Pontifício, apresenta-se no campo do Direito Público como estrutura jurídica *sui generis*, porquanto se trata de Estado soberano, caracterizado por: a) forma constitucional centralizada (monarquia eletiva); b) mera distinção funcional entre semi-poderes, todos subordinados ao Papa, ao soberano Pontífice, que os delega aos vários ofícios (inclusive jurisdicionais), mantendo, assim, reserva a possibilidade de exercita-los diretamente, em qualquer caso, tempo ou modo, bem como retendo a faculdade de emitir instruções e ordens vinculantes; c) ampla elasticidade na aplicação de seu ordenamento jurídico, em

### 1.3 Tribunais de contas no Brasil: o pensamento constitucional e a contabilidade pública portuguesa

Diante do período de ebulição em face dos anseios de emancipação e independência política, administrativa, financeira e jurídica, o pensamento constitucional brasileiro começou a ser desenvolvido a partir de ideias revolucionárias, especialmente do ir e vir das notícias oriundas da Europa e dos acontecimentos relacionados a metrópole portuguesa.

O lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, originado do ideal revolucionário francês, não ecoou com muita força no reino português. A liberdade tinha relação mais próxima com a ideia da constituição, enquanto que a igualdade se aproximava do liberalismo e a fraternidade da tolerância, do convívio e da conciliação. A discussão acerca do lema levantado na Revolução Francesa teve por palco vários jornais e folhetos, e sempre girou em torno do pensamento constitucional revolucionário, especialmente no Brasil. Por razões óbvias, a tríade que compunha o lema francês não era bem-vindo aos portugueses, porquanto representava uma ameaça ao poder e ao controle exercido sobre suas colônias, principalmente o Brasil.

A constituição portuguesa de 1821 não dava azo a uma liberdade absoluta. Seu sentido ligava-se ao processo de Regeneração política portuguesa, cujo teor revelava um patriotismo e a supremacia dos interesses estatais frente aos individuais. No Brasil, sob a ótica política, a liberdade se ligava à ideia de revolução, bem como na consciência de que a liberdade somente poderia ser garantida por meio de uma constituição que previsse medidas adequadas. A ideia de liberdade civil, por sua vez, passava pela soma da liberdade individual, de pensamento, de comunicação e de imprensa.

---

atinência à sensibilidade em face de exigências concretas (sociais e individuais) e em vista da preservação da *salus animarum*, da *ecclesiae utilitas* ou da *ecclesiae benignitas et charitas*. [...] Em 1967, o Papa Paulo VI, por meio da Constituição Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, introduziu novos princípios e profundíssimas alterações nas estruturas financeiras da Santa Sé, com repercussões no sistema de controle (cf. L' *Osservatore Romano*, de 19 de agosto de 1967). Foi criada, em 1967, a *Prefeitura dos Assuntos Econômicos de Santa Sé*, dirigida por uma comissão de três Cardeais, com a incumbência de coordenar todas as administrações dos bens da Santa Sé e exercer sobre tais bens uma atividade de vigilância, a fim de formalizar o balanço geral e preventivo, a ser apresentado ao Soberano Pontífice, a quem são dirigidos, igualmente, relatórios a respeito dos aspectos mais salientes dessa matéria. Aquela Constituição papal de 1967 manteve a *Câmara Apostólica*, que conservou a competência de administrar e controlar os bens e direitos temporais da Santa Sé somente no período de *sede vacante*. Em suma, o controle de gestão financeira, no vaticano, é atualmente exercido por dois órgãos: a) *Prefeitura dos Assuntos Econômicos da santa sé* (de modo permanente, durante sede plena); b) *Câmara Apostólica* (de modo temporário e excepcional, durante sede vacante)” – (Grifo acrescentado). GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 131-136.



Assim, as discussões acerca da ideia constitucional e revolucionária, bem como do ideário liberal, teve como palco os vários jornais e folhetos da época. A liberdade passou a ser traduzida nos escritos como uma nova ordem política. Já o termo liberal entrou timidamente no vocabulário revolucionário, posto que uma Constituição Liberal era considerada aquela que deixava o maior número de direitos aos cidadãos, mas que lhe tolhia apenas aqueles que fossem prejudiciais ao interesse coletivo. Neste ponto se mostrava correto o entendimento acerca do interesse público e da sua supremacia sobre o interesse individual, o que serviria para motivar o trabalho que seria, mais à frente, desenvolvido pelos tribunais de contas no Brasil.

O vocábulo *constituição* virou sinônimo de liberdade e de instrumento do liberalismo. Era uma Lei Fundamental que serviria de oposição ao governo absoluto, mas também como garantia de felicidade e proteção aos cidadãos. O Cônego da Real Capela sintetizou a ideia de Constituição, e Januário da Cunha Barbosa tentou diferenciar um governo despótico de um governo constitucional.<sup>54</sup>

A Regeneração portuguesa se mostrou tímida quanto à definição e alcance do sentido de igualdade, eis que fazia referência às expressões igualdade de direitos e igualdade civil, mas não à igualdade social. Assim como a liberdade, a igualdade não era absoluta. Admitia-se uma igualdade social comedida, posto que se impediria a extinção de classes, como o clero e a nobreza.

A igualdade política era observada na ausência de censo eleitoral, assim como no senso de soberania que fazia pender o governo para uma impessoalização. A soberania da Nação era defendida pelos portugueses, enquanto que a de soberania do povo se ligava aos brasileiros, por óbvias razões revolucionárias. Assim, a soberania da Nação, ideia usada para unir dois reinos, defendida pelos portugueses para a manutenção da colônia, trazia consigo o sentido de irmandade e conciliação.

O racionalismo e a Razão se detinham à finalidade de ataque ao despotismo, enquanto que as luzes se apresentavam com bases liberais ao promover o progresso das ciências e da civilização, e transformar uma sociedade fundamentada no direito divino para aquela baseada na razão. Começava a se firmar uma cultura laicizada.

---

<sup>54</sup> NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais: a cultura política da independência (1820-1822)**. Rio de Janeiro: Revan, FAPERJ, 2003, p. 151-154.

O uso de termos como “progresso”, “civilização”, “instrução pública”, “felicidade”, “razão”, “luzes”, “liberdade”, “igualdade”, “fraternidade” e “constituição” tornou-se comum, e fez parte do vocabulário constitucional e da ideologia revolucionária e libertária. Nesse vocabulário constavam palavras como *regeneração* (pôr fim ao despotismo e regenerar a nação; regeneração política ligada à constituição); *reforma* (traduzia a noção de revolução, enquanto que a regeneração se referia à transformação das instituições e estatutos); *revolução* (no Brasil, tinha o sentido de libertação da metrópole, enquanto que os portugueses a ligavam aos horrores da revolução francesa); *revolucionário* (qualificação da prática política do período constitucional – dois grupos: revolucionários propriamente ditos e os liberais moderados, ambos em contraponto com os absolutistas); *congresso*; *eleição*; *voto*; *deputado*; *cidadão* (no Brasil significava o indivíduo politicamente integrado à Nação); *direitos*; *ordem*; *anarquia*; *anarquistas e demagogos*; *pedreiros-livres* (membro da maçonaria, considerado pelos portugueses como inimigos do Rei); *carbonários* (acusados de defender uma liberdade sem limites com o objetivo de carbonizar o Brasil); *sans-culottes* e *jacobinos* (hipócritas, adutores do povo, tiranos e espoliadores); *democracia e república*; *partido*; *facção*.<sup>55</sup>

Do vocabulário da época, destaca-se, como relacionado ao controle externo da administração e dos gastos públicos, o termo “república”, que, apesar de não ter sido implementada no Brasil com a independência, tinha seu sentido primário – proteção a coisa pública – como fator que permeava a ordem constitucional. Do início do pensamento constitucional brasileiro, podem-se extrair como relevantes a discussão acerca da soberania do povo e a questão da laicização do Direito e do Estado.

Proclamada a independência e outorgada a Constituição de 1824, estabeleceu-se o período imperial no Brasil, certo que o pensamento constitucional passou a abordar temas relevantes para a nação e para a credibilidade e legitimidade do governo imperial. A questão das províncias, notadamente sobre a sua independência ou soberania; a autonomia e as eleições dos presidentes das províncias, que deixaram de ser nomeados; a ideia de federação e a comparação com os Estados Unidos (harmonia federativa); a preocupação em ser mantida a centralização do poder, com o reforço do Estado unitário; a inamovibilidade dos magistrados e a defeituosidade da prestação de contas, que eram prestadas apenas dois anos depois de

---

<sup>55</sup> Ibid., 2003, p. 169-198.

implementadas as despesas, eram temas de frequente discussão e que acaloravam o debate constitucional no Brasil à época do império.<sup>56</sup>

Do império e da Constituição de 1824, muito se discutia acerca do Poder Moderador que se concentrava na figura do imperador, com críticas, ao dizer de Tobias Barreto, à falta de fundamento científico, já que sua base buscava amparo na metafísica, na religião e nas afirmações gerais, sem qualquer racionalismo, e a exaltação desmedida e sem razão da figura do monarca, além da inviolabilidade do rei por seus atos.<sup>57</sup>

O debate que girava em torno do Poder Moderador e da figura do rei como soberano em tudo se relaciona ao trabalho de controle externo das ações públicas, por um órgão incumbido desse mister, porquanto aqui se discutia sobre a irresponsabilidade das ações estatais e que, ainda que estas fossem ilícitas, acabavam sem punição pela proteção dada pelo monarca aos seus partidários e correligionários, numa tendência despótica ao corporativismo corruptivo.

Com a Constituição da República de 1891, aos debates constitucionais foi acrescentado o tema relativo à política dos estados, sob o manto do interesse local, como forma de afronta à ordem constitucional e ao interesse geral. Nesse viés, combatiam-se as práticas administrativas espúrias, como o esbanjamento com o dinheiro público pelos estados, concessão de favores e monopólios, além de empregos bem remunerados, ricas aposentadorias concedidas sem critérios, isenção ilícita de tributos e a realização de contratos rendosos em benefício pessoal. Tal caminho para a corrupção era reforçado pelo abuso do poder político, denotado pela monopolização da administração pública por grupos partidários e por famílias, pela formação de oligarquias e, principalmente, pela impunidade e incapacidade de controle por parte da imprensa e das justiças estaduais e federais.<sup>58</sup>

O surgimento e a evolução dos tribunais de contas no Brasil, como forma técnica e especializada de combater a corrupção e controlar os gastos públicos, não podem ser corretamente entendidos ao arpejo do controle efetuado em Portugal. Inicialmente, a contabilidade pública portuguesa passou a ser feita com a criação do Erário Régio, no reinado de D. José I, conforme Carta de Lei datada de 22 de dezembro de 1761. Seu regime era absolutamente centralizado, todas as rendas da coroa entravam no Erário e todas as despesas

---

<sup>56</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 218-241.

<sup>57</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 375-424.

<sup>58</sup> CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e república brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983, p. 307-327.

eram custeadas com recursos dele originados. O Erário Régio foi presidido pelo Inspetor-Geral do Tesouro – Sebastião José de Carvalho e Melo, o Conde de Oeiras, e depois pelo Marquês de Pombal, que o fez até o ano de 1777. Abaixo do Inspetor estavam o Tesoureiro-Mor e o respectivo escrivão, e depois quatro contadores gerais, cujas competências eram assim distribuídas: Contadoria das Províncias do Reino e Ilhas de Açores e Madeira; Contadoria da África Ocidental, Maranhão e Bahia; e a Contadoria da África Oriental, Rio de Janeiro e Ásia Portuguesa. Na época foi adotada a aplicação do “método das escrituradas em partidas dobradas”.<sup>59</sup> Em 1807, devido ao avanço da ocupação francesa na Europa, as duas contadorias ultramarinas foram extintas, mas retornaram em 1809 quando a sede do Reino já estava no Brasil, de acordo com a Portaria de 19 de setembro. Em 1820, as duas contadorias são unificadas e passam a chamar-se Contadoria Geral do Rio e da Bahia. Em 1832, já debaixo do Império do Brasil, por meio de Decreto datado de 16 de maio, D. Pedro, em Açores, criou o Tribunal do Tesouro Público em substituição ao Erário Régio. Nesse momento, destaca-se a publicidade das contas públicas, onde uma vez por ano o Ministro de Estado da Fazenda devia apresentar à Câmara dos Deputados um balanço com as receitas e despesas realizadas no ano anterior. Em 1844 foi estabelecida uma nova estrutura com a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, o Tribunal do Tesouro Público e o Conselho Fiscal de Contas, pela primeira vez com a distinção entre administração e fiscalização. Assim como ocorre hoje, havia na estrutura interna do Conselho Fiscal a inserção do Ministério Público, bem como a independência do Conselho Fiscal era comprometida pelo fato de seus membros serem nomeados pelo próprio governo. Em 1849, o Conselho Fiscal de Contas é extinto e em seu lugar nasce o Tribunal de Contas.<sup>60</sup>

A conclusão a que se pode chegar é no sentido de que, pela prática do corporativismo em conjunto com os desvios no exercício do poder, existia no Brasil, tanto no império quanto na república, um controle externo meramente retórico. Mesmo assim, o tema do controle externo da administração pública e dos gastos públicos não se limitou ao império e a república, posto que mesmo no período colonial essa preocupação permeava o universo jurídico da nação.

No *período colonial*, ainda no ano de 1680, já havia no Brasil o controle das finanças públicas pela criação das Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de

---

<sup>59</sup> Por este método, as condições financeiras e os resultados são apresentados por meio de contas, sendo que a soma dos débitos devem ser igual à soma dos créditos.

<sup>60</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 651-653.

Janeiro, todas jurisdicionadas a Portugal. Antes da proclamação da independência, o Príncipe Regente D. João VI, por meio de Alvará expedido em 28 de junho de 1808, instituiu, no Brasil, assim como já havia em Portugal, o Erário Régio e o Conselho da Fazenda, a quem incumbia a fiscalização das despesas públicas.<sup>61</sup>

Com a *Constituição de 1824*, o Erário Régio foi transformado em Tesouro e passa a existir os primeiros orçamentos e balanços gerais. Em 23 de junho de 1826, por iniciativa do Visconde de Barbacena e de José Inácio Borges, é apresentado um Projeto de Lei ao Senado do Império para criação de um Tribunal de Contas, cuja implementação veio após quase um século de embate entre a corrente que defendia um mero controle interno, ou seja, de que as contas deveriam ser cuidadas somente por aqueles que as realizavam, e aquela que defendia o controle externo por um órgão independente, com a prevalência desta última. Prevaleceu, no entanto, a intenção de criar um Tribunal de Revisão de Contas, que na verdade não serviria ao objetivo de prevenir desvios.<sup>62</sup>

Muitos defendiam a criação de um Tribunal de Contas, de natureza administrativa, dentre eles Manoel Alves Branco, Pimenta Bueno, José de Alencar, Silveira Martins e Visconde de Ouro Preto.<sup>63</sup> Apesar disso, a Constituição do Império não fazia qualquer menção a um Tribunal de Contas, apenas com referência a algumas normas de administração financeira. O Poder Legislativo tinha a incumbência de aprovar o orçamento, fixar receitas e despesas, mas não julgava as contas do executivo. O Tesouro Nacional, originado da transformação do Erário Régio, era órgão incumbido da execução das contas, mas não no sentido de controlá-las, e estava mais próximo dos órgãos de controle interno. O despertar para um órgão efetivo de controle externo, independente, somente surgiria a partir da república.<sup>64</sup>

Debaixo da *República Velha*, mediante o Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, é criado o Tribunal de Contas da União (TCU). Na *Constituição de 1891*, este Tribunal foi previsto e instituído pelo teor do artigo oitenta e nove. O ideal imaginado para o TCU era semelhante ao do Tribunal de Contas da Itália, que tinha competência para apreciar a legalidade da despesa antes de ela ser realizada, num nítido trabalho preventivo de controle. Mas isso não ocorreu, pois a maneira como foi regulamentado e a prática tornaram

<sup>61</sup> FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 120.

<sup>62</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 23.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 2006, p.23.

<sup>64</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 15-18.

tradicional, no Brasil, um controle predominantemente *a posteriori*. Ressalte-se, contudo, que a apreciação das contas pelo Tribunal ocorria antes do julgamento pelo Congresso Nacional, a quem cabia dar a palavra final.

Com a *Constituição de 1934* foi mantido o Tribunal de Contas da União e dilargados os seus poderes, dentre eles o de sustar atos ilegais e o de ser órgão consultivo. Sua delimitação se tornou mais clara e precisa em suas funções, conforme os artigos 99 a 102. Pela primeira vez foi mencionada a necessidade de registro prévio das despesas e emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da república.<sup>65</sup> Na *Constituição de 1937*, por razões óbvias históricas, regido o país sob ditames ditatoriais, manteve-se o Tribunal, mas reduziram-se os seus poderes, que foram retomados com a Constituição de 1946. Na Constituição de 1937 o Tribunal de Contas foi colocado no capítulo do Poder Judiciário, apesar dele não fazer parte, cuja missão era de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas.<sup>66</sup>

A implementação da *Constituição de 1946* trouxe consigo a definição de amplos poderes e competências ao Tribunal de Contas da União, com destaque para a de acompanhar e fiscalizar diretamente a execução do orçamento, julgar as contas, bem como apreciar a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões.<sup>67</sup>

Sob a égide da *Constituição de 1967* e da *Emenda Constitucional nº 1 de 1969*, por motivos ditatoriais e autoritários, verifica-se a limitação do trabalho dos tribunais de contas e sua mera retórica, apesar da previsão, especialmente da Constituição de 1967, desse órgão ser auxiliar do legislativo com o dever de julgar as contas do executivo.

Com a Constituição Federal de 1988 é que se pode dizer que os tribunais de contas, respeitado o princípio federativo, receberam maior amplitude e raio de ação, com a manutenção da sua importância para o controle do planejamento e dos gastos públicos, bem como mecanismo da mais alta relevância para o combate à corrupção e aos desvios dentro da administração pública. Dotado de autonomia e independência, designado como órgão de auxílio ao poder legislativo, viu ampliado o seu raio de ação, porquanto deixou de exercer controle apenas contábil, financeiro e orçamentário quanto à legalidade, para também analisar o aspecto patrimonial sob a ótica da legitimidade e economicidade das despesas.

---

<sup>65</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias, op. cit., 2006, p. 24.

<sup>66</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias, op. cit., 2006.

<sup>67</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias, op. cit., 2006, p. 19-21.

## 2 O JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A ruptura do Estado puramente liberal, o surgimento de novos vetores sociais, assim como a sobrelevação do poder executivo, o que fez aparecer omissões tanto administrativas quanto legislativas, levaram a mudanças na atuação do poder judicial como via final para a garantia de direitos conquistados, e conduziu a uma nova visão em relação à separação estanque dos poderes. A questão diz respeito ao princípio da separação dos poderes e a sua adequação a essa nova realidade. A hermenêutica constitucional tem importante papel nesse quadro jurídico-social, pois ressalta a aplicação da mutação constitucional como meio para adequar o exercício do poder às novas necessidades sociais sem a presença de traumas que possam desconfigurar o Estado. No sistema constitucional brasileiro, a nova atuação judicial encontra apoio no rol de direitos fundamentais, especialmente no princípio da inafastabilidade jurisdicional, e no princípio da exceção constitucional.

Do Estado se espera a realização de um trabalho complexo, cujo objetivo envolve a regulação e a organização da sociedade. A necessidade de combate ao Estado Absoluto fez surgir o constitucionalismo. Por sua vez, um de seus mecanismos basilares foi a teoria da separação dos poderes. Por meio dela, estruturou-se o Estado para exercer as atividades de legislar, administrar e julgar, sem existir, no sistema constitucional, preponderância de uma sobre a outra. Com esse novo quadro, o cidadão passou a ter como direito central a realização de obrigações, tanto positivas quanto negativas, por parte do Estado, que deveria se organizar com o fim de atender aos anseios sociais, e de receber tratamento com base na igualdade e na liberdade.

Em tese, o trabalho de legislar e de administrar deveria suprir todas as necessidades humanas por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. Para o cumprimento dessa incumbência não deveria ser necessária a atuação judicial, cuja atenção serviria para assegurar a paz social nas relações privadas. No máximo, o judiciário deveria ingerir nas relações de coordenação entre o Estado e o administrado, mas não nas relações de subordinação e de realização de direitos conquistados. No entanto, passou a ser observado que

mesmo no Estado de Direito Democrático havia situações em que o próprio Estado, por atos de seus órgãos e agentes, poderia violar direitos fundamentais, bem como o primado da legalidade. Na ocorrência dessas violações, o cidadão não encontrou alternativa senão buscar a proteção judicial. O judiciário, portanto, passou a ser via de escape para o exercício democrático de acesso ao poder e como forma de buscar a garantia de direitos conquistados, mas eventualmente não observados. Aparecem, então, no cenário estatal as tensões entre o judiciário e as demais esferas de decisão político-administrativas. Tais tensões, no entanto, não envolvem apenas a realização de políticas públicas, mas a proteção ao inteiro rol de direitos e garantias fundamentais.

Assim, o judiciário não passou a ser provocado apenas para suprir, no caso concreto, omissões relacionadas a políticas públicas, e eventuais vácuos deixados pelas funções legislativa e administrativa, mas também sobre todo e qualquer ato de natureza administrativa emitido pelo Estado por meio de seus órgãos e tribunais administrativos. Afinal, esses atos, que não possuem como teor a implementação de ações sociais, também podem levar a agressões sobre os direitos fundamentais. Aparece, então, o problema sobre se essa nova postura esperada do judiciário poderia ser admitida em face do princípio da separação dos poderes.

O estudo do direito constitucional e de sua hermenêutica específica teve de evoluir e acompanhar o passo dessa mudança, e fazer a sua adequação sem afetar o princípio da separação dos poderes, além de levar em conta a ordem constitucional em vigor, especialmente o rol de direitos fundamentais, e a possibilidade de mutação constitucional sem a modificação de sua essência. O papel exercido pela hermenêutica constitucional para essa adequação foi, e é, extremamente importante, pois efetua a análise contínua do texto da Constituição em conjunto com os princípios constitucionais. No caso brasileiro, destaca-se a importância do entendimento do direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional e do princípio da exceção constitucional.

Desse modo, não se pode olvidar da possibilidade de atos administrativos ocasionarem lesão ou ameaça a direitos do cidadão, fundamentais ou não, o que justifica a necessidade de flexibilização da teoria da separação dos poderes, ainda que esta modificação leve às tensões existentes entre o judiciário e as demais esferas de decisão político-administrativas.



## 2.1 O judiciário e o princípio da separação dos poderes

Conforme se verá mais adiante, os tribunais de contas brasileiros não são componentes do poder judiciário, mas também não fazem parte do legislativo nem do executivo. São órgãos administrativos especiais de controle fora das três funções do poder. Sua relação com o executivo é de natureza orçamentária, pois dele recebem os recursos para as suas próprias despesas, como folha de pagamento, material de expediente, diárias e outras, e com o legislativo mantém a relação de apoio, de auxílio, pois seus pareceres prévios sobre as contas de governo podem ser ou não acatados pelo parlamento respectivo, bem como dão informações e notícias de irregularidades praticadas por gestores públicos.

Por não fazer parte de nenhuma das três funções do poder, e não haver expressa proibição constitucional, os provimentos dos tribunais de contas podem ser controlados e impugnados perante o poder judiciário. Apesar de terem jurisdição, esta é exercida fora do poder judiciário. Com isso, as decisões dos tribunais de contas não fazem coisa julgada no sentido judicial, ou seja, inexistente a imutabilidade de seus provimentos. Assim, o judiciário é a função do poder que detém o monopólio típico de dizer o direito de modo final e imutável, posto que o direito brasileiro adotou apenas a coisa julgada judicial.

Mesmo na condição de órgãos administrativos especiais, e diante da inexistência de óbice a que o judiciário analise e anule um provimento deles originado, e determine um novo julgamento do caso, é pertinente dizer que, ainda que as Cortes de Contas fizessem parte do legislativo ou do executivo, o princípio da separação dos poderes não serviria como argumento válido a impedir o controle judicial posterior.

Pela separação dos poderes apresentou-se a teoria dos limites fronteiros das funções típicas, de início estanques, em que o Estado moderno passou a exercer suas prerrogativas por três maneiras: a legislativa, a executiva e a judicial, com ênfase, a partir disso, ao aspecto institucional, com o desprezo à pessoalidade no exercício do poder, centrada na figura absoluta do monarca, para se efetuar uma distribuição mais coletiva das funções de governo. Como componentes da burocracia estatal, os órgãos do Estado passaram a produzir decisões quanto à produção, organização e aplicação das leis, o que levou à existência das esferas de decisão política, administrativa e judicial.

Contudo, paralelamente à sistematização do Estado e à proteção da pessoa humana, o constitucionalismo passou a enfrentar desafios não previstos por ocasião da sua

implementação, cujo aparecimento trouxe a necessidade de uma nova visão acerca da separação dos poderes. Um deles diz respeito à evolução da estrutura e das metas estatais, especialmente com o surgimento do Estado Social, relacionado com a teoria do mínimo existencial, e outro que dizia respeito às exigências do mercado. Todas essas questões e desafios são imbricados com a proteção ao rol de direitos fundamentais e com a aplicação do princípio da legalidade, porquanto a segurança jurídica sempre permeou o ideal constitucional.

Tais mudanças da realidade passaram a exigir uma nova postura do Estado para a satisfação dos novos anseios e das novas exigências sociais. Leis com novos atributos e objetivos, de conteúdo mais complexo, deveriam ser produzidas, e passou-se a esperar o implemento de maiores e bem mais complexas políticas públicas, bem como uma atuação diferente no cenário internacional. Verificou-se que não se poderia mais admitir o Estado ausente, nem o seu afastamento das relações sociais, ou seja, o chamado Estado mínimo. A expectativa passou para um Estado presente que suprisse o mínimo necessário à vida de seus governados, além de regular as relações de mercado, e que não relegasse as vidas que estão sob sua tutela a um plano de distanciamento que simplesmente os jogasse para a vontade livre das relações leoninas existentes na sociedade.

Esse fenômeno levou ao aumento da expectativa quanto às esferas de decisão político-administrativas, porquanto é nelas que reside, em tese, a representatividade democrática, legitimada por meio do sufrágio em que o povo faz a escolha de seus representantes com o objetivo de, e em nome dele, tomar decisões. Tais decisões envolvem a valoração jurídica do Direito produzido socialmente, que expressa as exigências da coletividade, que se dá por meio do fazimento das leis, e a execução ou tomada de decisões administrativas que envolvem o planejamento e a implementação de políticas públicas e a gerência dos recursos públicos. No Estado contemporâneo, a sensação que se tem é que os movimentos sociais, que levam ao surgimento de novas exigências, são bem mais rápidos que o implemento das ações político-administrativas, e que costumes e condutas inéditas são deixados juridicamente desprotegidos, o que leva a uma insatisfação generalizada. A velocidade no fluxo das informações e a rapidez das mudanças, que passaram a influenciar mais rapidamente as relações sociais, exigiram uma maior atenção judicial e a necessidade de se aceitar uma nova realidade sobre os limites de seu trabalho, com a admissão de ultrapassagem, em certas ocasiões, das fronteiras do executivo e do legislativo por conta das omissões oriundas dessas funções do poder.

Dentro da separação dos poderes, no molde pensado pelo liberalismo, cabe ao legislador a dupla função de expressar e regular, por meio das leis, o Direito produzido nas relações sociais e de viabilizar, por intermédio de autorizações legislativas (leis), o implemento e a execução de políticas públicas que ficam a cargo do executivo. Mas a velocidade social, conforme já frisado, e a burocracia do sistema somada à leniência da atividade parlamentar, fazem com que apareçam duas anomalias: uma relativa às omissões que abrem lacunas no ordenamento e impedem o exercício de direitos, inclusive daqueles previstos na Constituição Federal, e a outra no que diz respeito à abertura para que o executivo legisle em “causa própria”.

As duas situações acima descritas tornam-se anomalias na medida em que a primeira deixa os administrados sem a possibilidade de exercer certos direitos, além de relegar certos fatos e relações sociais à condição de marginalidade da lei, o que impede a sua fruição jurídica, tudo sob alegações de interesses econômicos, políticos e religiosos. E a segunda traz consigo a ilegalidade, porquanto normas expedidas administrativamente, ou mesmo na forma de abuso de medidas provisórias, são utilizadas sem o aval do parlamento. Além dessas questões parlamentares e executivas, há ainda atos administrativos que podem ocasionar lesão ou ameaça a direitos do cidadão, produzidos por órgãos ou tribunais administrativos, a exemplo dos tribunais de contas enquanto órgãos de controle externo.

Ao se deparar com a situação de penumbra jurídica ou de sentir-se agredido em sua esfera juridicamente protegida, o cidadão acaba sem saber a quem recorrer, e sua última alternativa é buscar o Poder Judiciário. A questão que se apresenta, então, diz respeito à possibilidade de o judiciário produzir ordens judiciais que supram omissões legislativas e que tenham influência nas políticas públicas. A discussão também chega ao controle externo, ou seja, se pode o judiciário reformar ou mandar ser reanalisado um provimento que analisou as contas dos gestores públicos, contanto aquele provimento possua uma ilegalidade ou uma agressão a um direito fundamental da pessoa que teve as contas fiscalizadas. Até que ponto o judiciário possui legitimidade para atuar nesses planos de natureza administrativa é outra indagação a ser enfrentada.

A discussão gira em torno dos limites da separação dos poderes. É preciso verificar se esta separação, na forma em que foi idealizada e implementada, ainda pode ser tão ferozmente defendida e se ainda é capaz de estruturar adequadamente o Estado que se espera, consoante as novas exigências sociais. O assunto envolve a hermenêutica constitucional, a mutação constitucional e a análise do princípio da inafastabilidade jurisdicional em consonância com o

princípio da exceção constitucional. A tradição da separação dos poderes ainda tem sobre si a característica de dogma inabalável, mas que se encontra num processo cada vez mais firme de mitigação em face das novas necessidades que se apresentam perante o Estado moderno.

Para Carl Schmitt, em sua obra *Teologia Política*, não conseguir o Estado afastar-se de certos dogmas e impedir a mutação das leis é o mesmo que estar ele teologizado, como se sempre estivesse na busca de uma vontade soberana transcendental para justificar a manutenção do *status quo*. Nessa condição, o Estado se assemelha à teologia religiosa, cujo ensinamento é estanque e centrado sempre na pessoa de um Deus superior, numa trindade, baseado em dogmas imutáveis que dizem respeito às leis da natureza. Nas palavras de Schmitt, “o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente”, eis que “a idéia do Estado de Direito moderno ocupa-se com o deísmo, com uma teologia e metafísica que repele o milagre do mundo e recusa o rompimento das leis naturais contido no conceito de milagre”. Ao mencionar um diálogo com o chanceler Friedrich von Müller, Schmitt cita o dizer de um poeta para quem “A doutrina da divindade de Cristo fomenta bem o despotismo, sim, lhe é uma necessidade”.<sup>1</sup> Tal abordagem da teologia faz lembrar da afirmação de Nietzsche, para quem “aonde chegar a influência teológica, estão pervertidas as avaliações e forçosamente invertidos os conceitos “verdadeiro” e “falso””.<sup>2</sup>

Não se pode negar que a forma clássica e bem delimitada da separação das funções do poder se mostrou, de início, bastante útil, mas o surgimento dos desafios e de novos parâmetros exigiu a quebra desse paradigma e a evolução do pensamento em relação ao exercício do poder. É o que ressalta Paulo Bonavides:

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda. Não temos dúvida, por conseguinte, em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência.<sup>3</sup>

Das três funções do poder, parece que a que mais exigiu mudanças foi a judicial (de julgar e aplicar as leis) por conta, em especial, da implementação do Estado Social e da valorização mais amiúde do rol dos direitos humanos fundamentais, consequência lógica da proteção à dignidade da pessoa humana.

<sup>1</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliste Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35, 150.

<sup>2</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 43.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146-147.

A supervalorização do poder executivo e o aumento de suas prerrogativas de regulamentar e legislar, as exigências quanto à implementação de políticas públicas e o aparecimento de novas necessidades sociais a serem supridas, fez surgir e se avolumar as omissões inadmissíveis; a inércia do poder legislativo em votar e aprovar leis imprescindíveis para a realização e o exercício de direitos sociais; e a notoriedade dos direitos fundamentais. Todos esses são fatores que levaram à quebra do paradigma quanto à atuação do poder judicial em sua relação com as outras duas funções estatais.

No Brasil, o judiciário detém o poder de dar a palavra final sobre a aplicação do direito, inclusive para se sobrepor aos atos de natureza administrativa, e apenas os seus provimentos são passíveis de transitar em julgado. A tensão entre as esferas de decisões estatais, de um lado as de natureza política e administrativa, e de outro a judicial, faz parte do movimento democrático e do equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado, numa influência recíproca e fortalecedora das instituições, cujos aspectos político e jurídico são acionados. Envolve o estabelecimento, ao mesmo tempo, da estrutura estatal e da busca de proteção aos direitos fundamentais, posto que um não elimina o outro, mas apenas prevalece um sobre o outro, no caso concreto, mediante a aplicação do primado da proporcionalidade e pela análise da legalidade dos atos emanados do Estado. Para que seja legítima, a atuação judicial deve ser livre para observar e ingerir sobre as políticas públicas e sobre os atos administrativos de forma geral, desde que pontualmente e sobre casos concretos e, logicamente, com respeito ao sistema de forma global.

É evidente que não cabe ao judiciário intervir de forma geral e abstrata nas esferas política e administrativa, apesar de ocorrer, no Brasil, a comum provocação do Ministério Público no sentido de tentar ingerir, pela via judicial, nas decisões gerais de natureza administrativa em relação às políticas públicas, orçamento e execução de projetos. Deve ser esclarecido que a ingerência permitida do judiciário sobre as decisões político-administrativas somente deve ocorrer, cumulativamente, em casos concretos e pontuais, e com respeito ao interesse público. Afinal, a “adequação social do direito, constitucionalmente amparada” não pode olhar nem só para a estrutura estatal, nem só para os interesses individuais, mas equilibrar os dois aspectos para cumprir a “convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 64.

É preciso esclarecer, em adição, que não se está aqui em defesa da queda da separação dos poderes, pois ela ainda tem sua utilidade para o Estado e para a sua organização. A necessidade premente, no entanto, é que os direitos fundamentais sejam garantidos. Ao existirem agressões a esse rol mínimo de direitos, mesmo que por omissões ou ações tomadas nas esferas político-administrativas do Estado, deve ser facultado ao cidadão um mecanismo de reversão. Para isso é preciso que ocorra a flexibilização da separação dos poderes para que, na medida da individualidade pessoal, cada um possa buscar e receber, efetiva e eficazmente, uma prestação judicial de qualidade e nos limites da esfera juridicamente protegida do ser humano. Pois, “se a situação se tornar demasiado ultrajante, há sempre a esperança de que os desvios da administração sejam coibidos por um poder judiciário independente”.<sup>5</sup>

Para combater certos dogmas políticos, ainda que de base liberal-democrática, é preciso ampliar os horizontes e fazer uso da Hermenêutica. O ato de interpretar não se confunde com a hermenêutica, pois esta sistematiza a verbalização e implementação do primeiro. A Hermenêutica se origina da inexauribilidade ou inesgotabilidade do sentido, viabiliza o ato de interpretar corretamente, e detecta no intérprete qualquer descompasso entre a realidade do momento e uma norma ultrapassada, sem afastar totalmente o princípio da legalidade, para evitar que o Direito se torne instrumento de injustiça.<sup>6</sup> Essa função e trabalho da Hermenêutica Pura, quando levado para o Direito Constitucional, faz surgir a Hermenêutica Constitucional, disciplina extremamente importante para o tema abordado nestas páginas.

A Hermenêutica Constitucional constitui-se no ato de interpretar e reinterpretar o texto de uma determinada Constituição em uma “busca infundável pela compreensão”, mas cuja meta “não vai chegar a nenhum modelo perfeito e infalível com aceitação total – ou à definição de um objetivo único ou de uma forma única de procedimento”.<sup>7</sup> Essa atividade interpretativa não é restrita aos órgãos e agentes estatais. Peter Häberle chama a atenção para o fato de que esse trabalho pertence a todos os cidadãos e grupos, o que leva à inexistência de *numerus clausus* do rol de intérpretes da Constituição. O ato, entretanto, de extrair o sentido da Constituição, a chamada “interpretação conforme a Constituição”, cabe precipuamente à Corte Constitucional, que deve levar em conta o Novo, ou seja, as inéditas ou aperfeiçoadas exigências sociais. Além de deixar de lado qualquer comodidade que tenda a desprezar a necessária observância da realidade, o intérprete deve se abstrair de seus próprios

<sup>5</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e de Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 95.

<sup>6</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 244-250.

<sup>7</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michel. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

preconceitos para verificar, dentro dos limites jurídicos da ordem constitucional vigente, as possibilidades de adaptação e de uma nova abordagem dos fatos.<sup>8</sup>

Para Inocêncio Mártires Coelho, a interpretação constitucional deve ter em mente que as normas positivadas, inclusive as contidas na Constituição, não traduzem “decisões inequívocas do legislador”, nem expressam uma vontade própria oriunda do texto constitucional. Tal atividade interpretativa deve ser contextualizada com momentos históricos e culturais, seja da realidade vivida quando da transição e elaboração da Constituição, seja da circunstância histórica que permeia o ato de extrair o sentido da norma, sem se esquecer da subjetividade do próprio intérprete. Na Hermenêutica Constitucional um cuidado que o intérprete deve ter é de não partir de conceitos preconcebidos para fazer uma adaptação anômala da norma aos seus preconceitos. Imprescindível, ademais, que o exegeta deixe de lado a literalidade da lei para adotar “pautas axiológicas mais amplas e flexíveis”, o que permite um maior ajuste dos modelos jurídicos às necessidades complexas que lhes são apresentadas.<sup>9</sup>

Sem ter por meta a “concordância objetiva com a realidade”, a Hermenêutica Constitucional perde muito de sua objetividade, pois tal objeto não implica em imutabilidade de significado, no dizer de Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Outro fator relevante diz respeito às relações entre Estado e Constituição, a “proximidade entre a hermenêutica constitucional, teoria do Estado e teoria da Constituição”, onde a interpretação constitucional encontra-se no limiar de dois aspectos, o influxo político, dada a natureza eminentemente política da Constituição, e a sua dimensão jurídica, pelo fato da Constituição ser a norma inauguradora do sistema jurídico, cujos limites devem ser levados em conta na sua interpretação e aplicação. Os dois aspectos devem se imbricar na atividade interpretativa, sem o sacrifício de um em detrimento do outro.<sup>10</sup>

A cultura do legalismo, escondida atrás da cortina da legalidade, suposta justificadora da segurança jurídica, sempre representou óbice ao avanço do Direito e seu aperfeiçoamento, inclusive no patamar constitucional. A Hermenêutica Constitucional, por sua vez, traz consigo uma sistematização que visa a combater esse trancamento cognitivo, na busca da implementação de novas visões do Estado dentro dos limites juridicamente expostos e

<sup>8</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 13, 24-25.

<sup>9</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40-43, 50-52.

<sup>10</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 229-231, 233-235.

possíveis. A cultura positivista deve ser vencida, pois um dos elementos do positivismo jurídico reside no entendimento do direito limitado à norma de validade, mas sem a preocupação com a sua eficácia.<sup>11</sup>

Na verdade, a legalidade, dogma referente ao fechamento em torno do parlamento como função do poder que detém, na teoria liberal da separação dos poderes, o apoio popular, tolhe o avanço do direito e do Estado, em contraponto à legitimidade constitucional. Desse modo pontua Carl Schmitt:

Se as coisas ocorrem de forma extremamente legalista, exceções são abominadas, há desconfiança de mutações.

[...]

A nova ciência puramente terrenal-humana é um progresso-processo incessante de uma ampliação do conhecimento e renovação do conhecimento humano que não excede o terrenal, realizadas pela incessante curiosidade humana.

[...]

O Novo Homem é agressivo no sentido da incessante evolução e incessantes recolocações; [...]; ele ultrapassa o Antigo através do Novo científico-técnico-industrial; o Antigo não é inimigo do Novo; o Antigo resolve-se a si mesmo e por si mesmo no progresso-processo científico-técnico-industrial, que valoriza o Antigo – segundo a medida de nova valoração – ou ignora como inaproveitável, ou extingue como desvalor incômodo.<sup>12</sup>

Nesse ponto deve-se trazer à pauta a discussão em torno da mutação constitucional, possibilidade estudada pela Hermenêutica Constitucional e que interessa ao tema ora tratado, no caso, do novo papel do judiciário dentro da nova feição da separação dos poderes. É a questão de deixar de lado o modo de pensar o Direito apenas como norma válida, limitado ao que está positivado numa Constituição, para verificar a eficácia das tradições político-jurídicas e estudar a implementação de mudanças. Depois de entendida em que consiste a declaração contida numa Constituição, observa-se na obra conjunta de Laurence Tribe e Michel Dorf um indicativo acerca das possibilidades de evolução pelo qual o Estado e a sua atuação governamental podem passar:<sup>13</sup>

A Constituição por sua vez marca um contraste enorme. Ela não é nem uma justificativa e nem um pedido. [...] criando uma nação com base em palavras: palavras que foram endereçadas a um príncipe estrangeiro, de um poder distante, uma entidade transformada em ser pelas próprias palavras; palavras que são endereçadas a um governo que elas se propõe a construir; palavras que se dirigem às gerações subsequentes de cidadãos que darão vida a este mesmo governo nos anos que se sucederão.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 142.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliste Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 142, 151-152.

<sup>13</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michel. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.



Note-se que os autores acima fazem referência ao ponto de partida de uma constituição, porém, admitem que a ação do tempo e das gerações é que dará vida ao governo. Essa “vida” envolve a revitalização das ações estatais e a influência das mudanças de acordo com as exigências sociais, que podem levar a uma nova feição à atuação do Estado e de suas instituições. Mudar uma ordem infraconstitucional se mostra bem menos complexo que implementar modificações no pensamento constitucional. Isto porque, a complexidade do tema exige mais cuidado, por parte do intérprete, no momento de entender a realidade e de fazer a adequação do texto de uma Constituição, que deve verificar seu aspecto material em consonância com os novos fatos. A questão gira em torno de como operar uma mutação no entendimento constitucional e na sua aplicação sem deixar de atender aos princípios basilares que permeiam a Hermenêutica Constitucional, notadamente o da unidade da Constituição, da repartição funcional e da interpretação conforme a Constituição;<sup>14</sup> mais importante ainda é como fazer essa mutação sem traumas jurídicos, sem golpe de estado e sem implementar uma revolução. Tal desiderato parece ser ainda mais difícil no caso do intérprete estar diante de texto prolixo, que não raro dificulta a adaptação da Constituição com a nova realidade.

A mutação constitucional, portanto, encontra sua justificativa na oxigenação do sistema jurídico-constitucional, no fortalecimento e revalidação institucional do Estado, e no atendimento dos anseios sociais e na eficácia plena dos direitos fundamentais. A mutação constitucional funda-se em dois outros princípios da Hermenêutica Constitucional: o da máxima efetividade, que deve “preferir a interpretação da norma que lhe confira maior eficácia (realização prática e acatamento social)” e o da força normativa da Constituição, que deve “atualizá-la com a vivência dos valores por parte da comunidade”.<sup>15</sup>

Ressalta-se que a mutação constitucional não encontra óbice no princípio da supremacia da Constituição, posto que esta supremacia, acima de tudo, deve representar a supremacia do Direito.<sup>16</sup> E, como é cediço, o Direito preexiste ao Estado, porquanto é produzido nas relações humanas e sociais. O Estado é apenas o seu organizador e sistematizador por meio de normas postas e impostas. No conjunto de tais normas, encontra-se a Constituição como seu ápice, visto que ela também é oriunda do Direito preexistente. Com isso, muda-se a expressão social do Direito e se exige uma mudança de postura do Estado, que deve suprir os anseios do povo, verdadeiro titular da soberania e produtor primário do Direito. Tal suprimimento pode ou não

---

<sup>14</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 78-81.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 2001, p. 80.

<sup>16</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 127-128.

exigir uma mudança da ordem constitucional, e esta, por sua vez, pode exigir ou não uma emenda no texto constitucional. Sim, a mutação constitucional nem sempre exigirá a inserção imediata (que pode nem ser necessária) de uma emenda no texto da Constituição, o que requer de seu intérprete a imperativa sensibilidade para flexibilizar o enfoque e a aplicação da ordem constitucional (ao imbricar o aspecto político e os limites jurídicos da Constituição). Esse é o cerne da mutação constitucional.

O tema tem Hsü Dau-Lin como autor de destaque, cuja obra, traduzida para o espanhol, trata da *Mutación de la Constitución*. Seu ensinamento pontua que a mutação constitucional não passa por uma interpretação autêntica da Constituição, ou seja, da Constituição pela própria Constituição, que esbarra em suas próprias limitações textuais. Tal mutação diz respeito à interpretação da Constituição de acordo com a realidade, e se origina dos tribunais e das decisões judiciais (1932, pp. 88, 89). Das palavras de Dau-Lin, destaca-se a importância da mutação constitucional para a manutenção de uma relação direta e viva, na verdade uma real efetividade, entre a Constituição e a comunidade:

*Pero la importancia predominante de la interpretación de la Constitución es, sobre todo, un resultado necesario del procedimiento bastante difícil para su cambio. [...] Pero puesto que siempre existe la necesidad de un cambio – [...] – entonces una interpretación que aplica las prescripciones constitucionales descuidando el sentido que les fue dado originalmente, aunque correspondiendo, a las necesidades y opiniones dominantes, es le camino más natural para mantener la relación directa y viva entre la Constitución y la comunidad estatal.<sup>17</sup>*

Ao ressaltar a importância da observação dos costumes para a mutação constitucional, mas cujo implemento é uma questão de opção política, prossegue Dau-Lin:

*Una comprensión de la relación auténtica que media entre le derecho consuetudinario y el constitucional, solamente se puede obtener contemplando el desarrollo jurídico, histórico y la realidad jurídica actual: cualquier teorización que trabaje con conceptos puramente abstractos corre el peligro de no ver la verdadera situación del problema aferrado a su razonamiento dogmático. [...] es correcto decir que las proposiciones jurídicas positivas nunca serán capaces de excluir completamente la presencia del derecho consuetudinario. [...] si la verdadera voluntad del pueblo (derecho consuetudinario) entrase en conflicto con la del soberano (derecho vigente), entonces la voluntad del soberano debería ceder ante la voluntad popular, puesto que todo derecho debe remontarse al espíritu popular.*

---

<sup>17</sup> DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución** (*Die Verfassungswandlung*). Traducción de Pablo Lucas Verdu e Christian Forster. Walter de Gruyter Berlin und Leipzig, 1932, p. 90.

*Esto es evidente en los casos de cambios materiales de la Constitución, o en la interpretación constitucional, aquí la idea de la necesidad política es el único punto de vista orientador, según el cual se verifica la mutación de la Constitución.*<sup>18</sup>

Acerca da mutação constitucional, Konrad Hesse ressalta que frequentes reformas do texto constitucional, em prazos curtos, ocasionam o que ele chamou de uma “evolução diáfana, que atenua possíveis pontos conflitivos”. Significa dizer que, em vez de efetuar uma sensível e real mutação, as emendas constantes escondem conflitos que deveriam ser amadurecidos e mais bem pensados e formatados em sua inserção na ordem constitucional. A mutação constitucional significa muito mais do que emendas à Constituição, pois nela se “modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente”. Ao mencionar Kelsen, ensina Hesse:

[...] a aplicação das normas constitucionais modifica-se, lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem sem alteração no texto constitucional atribui-se um sentido distinto do original, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto e com qualquer sentido possível da Constituição.<sup>19</sup>

Para o referido autor, “a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”.<sup>20</sup> Por último, Hesse atribui como limite geral para esta mutação a própria Constituição, o que denota que a mudança de sentido deve ser motivada pelos fatos em consonância com as

<sup>18</sup> DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución** (*Die Verfassungswandlung*). Traducción de Pablo Lucas Verdu e Christian Forster. Walter de Gruyter Berlin und Leipzig, 1932, p. 117-120.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. **Temas do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150-152.

<sup>20</sup> “A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. [...] Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade da Constituição. Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. [...]. O Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus limites. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados. Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder. E outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 20-21, 26-27.

possibilidades existentes no texto constitucional.<sup>21</sup> Ao relacionar a aplicação dessa abordagem ao tema da separação dos poderes e a busca do judiciário para garantir direitos mesmo em face de decisões tomadas nas esferas político-administrativas, verifica-se que não é preciso uma emenda à Constituição para efetivar essa possibilidade. Para isso, basta a sensibilidade interpretativa destinada à Constituição, e a adaptação dos meios políticos e jurídicos, para que se verifique a mutação do sentido da ordem constitucional. Verifica-se agora, então, se essa mutação é possível dentro dos limites do texto constitucional em vigor.

Ao corroborar com a hermenêutica e a mutação constitucional, notadamente pela nova aplicação de princípios antes tidos como intocáveis, a exemplo da separação dos poderes, Luís Roberto Barroso pontua a releitura de tais preceitos concomitantemente à queda do positivismo jurídico.<sup>22</sup> De fato, atualmente o direito constitucional se apresenta com uma nova roupagem, de caráter positivo, porquanto o mesmo é submetido ao estudo e a aplicação do chamado neoconstitucionalismo implementado pela corrente pós-positivista, cujo escopo é a leitura do Direito colocado entre o jusnaturalismo e o positivismo. Um Direito “solto”, livre das amarras da norma como dogma, assim como não ser tão idealista e transcendental a ponto de se distanciar da realidade.<sup>23</sup> Como se observa, a aplicação e estabelecimento do pós-

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. **Temas do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166-169.

<sup>22</sup> “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela se inscrevem em longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como a dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327-328.

<sup>23</sup> A corrente pós-positivista é abordada por Hugo de Brito Machado Segundo que a posiciona na história e expõe seu conteúdo e objetivos: “Depois da Segunda Guerra Mundial, as atrocidades praticadas pelos regimes totalitários da Europa, especialmente da Alemanha nazista, tornara explícita a insuficiência de uma visão puramente formal do direito, produto do positivismo normativista. Viu-se até que ponto poderia chegar o sistema de normas coativamente imposto pelo Estado. Algo diverso da coação deveria ser invocado como fundamento para o Direito, que não poderia mais ser visto de forma alheia aos seus fins, nem como tudo o que existe enquanto tal, independentemente de qualquer consideração de cunho axiológico. Assim, depois de um renascimento do Direito Natural, sobretudo em Gustav Radbruch, que teria supostamente sido efêmero ou episódico, alguns teóricos do Direito passaram a se denominar pós-positivistas, corrente que consistiria em uma superação dialética entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Essa superação dialética consistiria,

positivismo não podem ocorrer sem a atuação ampla do judiciário e sem o pleno acesso a ele.<sup>24</sup> Guilherme Peña de Moraes chama a atenção para os efeitos dos princípios constitucionais e os designa de eficácia negativa e eficácia positiva, além de estabelecer a importância que hoje possui o Poder Judiciário para a implementação comissiva de direitos conquistados e assegurados constitucionalmente.<sup>25</sup>

---

basicamente, no reconhecimento da positividade de princípios jurídicos, que permitiria ao intérprete tomar decisões com base em valores, mas não valores subjetivos, e sim valores devidamente positivados na ordem jurídica. [...]. De qualquer forma, talvez seja possível, de forma aproximada e não definitiva, apontar as principais características do pós-positivismo como as seguintes: a) a norma jurídica, sendo o sentido de um ato de linguagem, é necessariamente determinada pelo intérprete, que “completa” um trabalho iniciado, mas só iniciado, pelo legislador; b) na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera sobretudo os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto, em face das quais esses princípios serão ponderados; c) os princípios são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível. Estão consagrados, implícita ou explicitamente, no texto constitucional; d) na determinação da norma aplicável ao caso, o intérprete há de realizar a conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize de forma “ótima”, vale dizer, com a maior intensidade possível. Em caso de conflito entre os princípios implicados, deve haver uma ponderação, de sorte a que se adote a solução que os realize da forma mais equilibrada possível; e) os direitos indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana estão positivados na Constituição, implícita ou explicitamente, em normas que podem ter estrutura de princípio. São os direitos fundamentais; f) os direitos fundamentais, até por serem consagrados em norma com estrutura de princípio, não têm como ser prestigiados de forma absoluta. Têm de ser conciliados, ou “relativizados”, com aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma a que seja possível o controle intersubjetivo e racional da decisão respectiva. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 59-62.

<sup>24</sup> “O que é o Estado de Direito? [...] Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. [...] Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadão individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. [...] A concepção centrada nos direitos, por outro lado, insistirá em que pelo menos um tipo de questão política consiste justamente nas questões que juízes confrontados com casos controversos devem perguntar. Pois a questão final que *ela* apresenta em um caso controverso é a questão de determinar se o queixoso tem o direito moral de receber no tribunal aquilo que exige. O texto jurídico é *relevante* para essa questão final. Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral, *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou. [...] Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão que uma decisão judicial? [...] Mas não consigo imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. [...] Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas. [...] A técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores.” DWORCKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6-7, 14, 26- 27.

<sup>25</sup> “Os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que prevêm os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente. [...]. Os princípios constitucionais são providos de duas modalidades principais de eficácia jurídica, quais sejam: negativa e positiva. Eficácia negativa, porquanto os princípios impedem que sejam praticados atos ou produzidos normas contrárias aos seus propósitos. Eficácia positiva, porquanto os princípios autorizam que

Luigi Ferrajoli, um dos autores que desenvolvem a doutrina pós-positivista, notadamente a do chamado garantismo jurídico, assim relaciona os “novos” direitos com a atuação jurisdicional pelo judiciário:

*Propongo llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Distinguiré, por tanto, entre garantías negativas, según que resulte positiva o negativa la expectativa garantizada. Las garantías positivas consistirán en la obligación de la comisión, las garantías negativas, en la obligación de la omisión – es decir, en la prohibición – del comportamiento que es contenido de la expectativa. Son, por tanto, garantías, respectivamente, positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos.*

*De ese modo, en el Estado constitucional de derecho la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio – el quién y el cómo de las decisiones –, sino también por las reglas que condicionan su sustancia – es decir, qué es lícito u obligatorio decir, por cualquier mayoría – y que son, justamente, las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales: las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y de la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente, por los derechos fundamentales.*

*Se trata de un fenómeno que a su vez está conectado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación y de limitación de los poderes públicos, producida con el crecimiento de la complejidad de los actuales sistemas políticos y como consecuencia del paradigma del Estado de derecho. En efecto, puede afirmarse que a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción. Puesto que la jurisdicción interviene precisamente en presencia de las violaciones del derecho y, por consiguiente, cuanto más crece éste, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, más se expande el área de las posibles ilegalidades, que ya no son sólo las cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder.<sup>26</sup>*

Cabe, portanto, à jurisdição a garantia dos direitos fundamentais, dos direitos de personalidade e da legalidade. Caso fosse diferente de nada adiantaria a atuação político-legislativa em assegurar direitos, seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional,

---

sejam exigidas as prestações que compõem o seu conteúdo essencial perante o Poder Judiciário, com o escopo de assegurar a realização de tudo aquilo que a norma pretende no mundo do dever ser, que não tenha sido produzido no mundo do ser”. MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: teoria da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 93-94.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Christian Courtis, Marina Gascón Abellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte y Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 63-67, 208.

se não houvesse um meio democrático de implemento prático para assegurá-los. Esse mecanismo de garantia de direitos pode, e deve, ser buscado tanto em face de um particular como em face do próprio Estado. Assim, pode-se dizer que o judiciário não deve ser entendido, hoje, da mesma forma como nos séculos XVIII e XIX até a metade do século XX. Sua feição, dentro do novo panorama da separação dos poderes, coloca-o em destaque dentro do Estado e do aspecto institucional, mas, principalmente, como mecanismo efetivo da democracia e da proteção dos princípios constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais individuais, bem como dos direitos difusos e coletivos.

No dizer de Carlos Maximiliano, ao aplicar uma metáfora ao caso, no palco social o judiciário é o ator e o legislador é o dramaturgo. Assim como o bom ator, que muitas vezes refoge do texto para poder satisfazer a uma exigência imprevista, o judiciário deve estar atento aos novos anseios e buscar proteger a ordem, os princípios e o direito vigente mesmo que, para isso, tenha de inovar e dar uma resposta pouco usual, contanto que busque a realização razoável e proporcional das expectativas dos jurisdicionados.<sup>27</sup>

## 2.2 O direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional

De acordo com a ordem constitucional brasileira, a função que dita a palavra final nos assuntos da nação é a judicial, sendo a única das três funções do poder dotada do atributo da inafastabilidade (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), cujo teor foi elevado ao patamar de direito fundamental. A atuação do executivo e do legislativo não foi chamada a compor o rol de direitos fundamentais como inarredável à pessoa humana, pois destas duas funções do poder se presume como realizadoras de direitos conquistados, posto que a relação

---

<sup>27</sup> “Apesar das limitações decorrentes da divisão e independência dos poderes, ainda resta aos magistrados um campo vastíssimo de atividade autônoma, em consequência do dever inelutável de despachar, ou decidir, todos os feitos compreendidos na sua jurisdição e competência, sejam quais forem as deficiências dos textos positivos. Insensivelmente se foi tornado, nos países cultos, sobretudo nos últimos anos, cada vez mais livre e independente a Aplicação do Direito. Nem podia ser de outro modo. Sem uma certa amplitude de autoridade em face das normas estritas, a magistratura ficaria “impotente contra as resistências brutais da realidade das coisas”. Por isso, todas as escolas lhe reconhecem o direito de abrandar a rigidez das fórmulas legais, esforço este em que influi e transparece o coeficiente pessoal. Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matriz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às *espécies* ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 49-50

entre os direitos fundamentais e os poderes executivo e legislativo se mistura entre as obrigações de fazer e de não fazer.

É bem verdade que essa hibridez (mistura de obrigações positivas e negativas) aplica-se também ao judiciário, pois a ele não é permitido tomar uma atitude que viole um ou mais dos direitos fundamentais, nem que se omita em observá-los. E dele se espera também a realização de uma obrigação de fazer, no caso, a jurisdicional. Contudo, a inafastabilidade é característica inerente ao trabalho judicial, o que indica que dele não se admitem erros ou omissões. A inafastabilidade é palavra substantiva que define algo que não pode deixar de existir ou que não pode ser desprezado nem impedido. No caso do Poder Judiciário, a inafastabilidade tem ainda o sentido de adjetivação, ou seja, é um atributo da função jurisdicional. Ele é inafastável, apenas condicionado à provocação por parte do interessado (direito de ação). Tanto que não se admite ao juiz que deixe de julgar, ainda que diante de uma lacuna ou obscuridade do ordenamento.

Essa única condição da inafastabilidade, qual seja, de que o judiciário seja provocado (princípio da inércia) denota que a atuação jurisdicional depende da vontade e do interesse do jurisdicionado (direito de ação). Significa dizer que do judiciário não se exige um fazer inicial, como é o caso do legislativo e do executivo. Mas ele dá a palavra final, mediante manifestação conclusiva, com papel preponderante no equilíbrio social e político da nação. Para o judiciário, portanto, a inafastabilidade é um atributo, enquanto que para o jurisdicionado é uma garantia na forma de direito fundamental, um instrumento de defesa que visa a proteger sua dignidade como ser humano e como membro da sociedade.

Do judiciário não se espera uma ação de governo, uma iniciativa. A formação inicial do Estado não está condicionada a qualquer atitude judicial. Porém, a manutenção e a estabilidade do Estado estão implicitamente ligadas à função judicial, desde que ela seja exercida a contento, com competência, com qualidade, com lisura, sem jogo de interesses, nem influências externas. Que não seja corrompida. Que seja eficiente, célere, e que debele rapidamente, por assim dizer, qualquer sinal de fogo destruidor que possa pôr em risco a estabilidade estatal ou social.

Sobre o caráter democrático do judiciário, Robert Alexy diz que sua essência é tão democrática quanto a do executivo e do legislativo. Apesar de nesses últimos estar envolvida a participação popular por meio de eleições, o judiciário, especialmente pela “jurisdição



constitucional”, também possui o aspecto democrático pela aceitação social de seus argumentos. Se suas decisões são corretas e aceitas por pessoas com capacidade mínima de racionalidade, não é a ausência de eleição direta pelo povo que retira o caráter democrático do judiciário. “Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela”. Ter-se-á atingido o que Alexy chama de “representação argumentativa autêntica”.<sup>28</sup>

Ao tratar dos direitos fundamentais ligados ao acesso à justiça, Robert Alexy explica que “o direito à proteção jurídica” era inicialmente ligado apenas à propriedade. Com o passar do tempo, essa proteção foi estendida a outros direitos fundamentais e a simples proteção jurídica se tornou um direito fundamental a procedimentos. Sobre os direitos fundamentais sociais, por ele chamados de direitos “*prima facie*”, Alexy confronta a questão da “competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes” com a liberdade fática, os direitos fundamentais sociais e os interesses coletivos.

Uma das justificativas mais utilizadas pelos legisladores e administradores públicos para o não implemento de certos direitos é a falta de condições financeiras do Estado. Ao enfrentar essa questão, Alexy ressalta que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”. Em sua análise acerca da garantia de realização de direitos fundamentais sociais, Alexy ensina que os mesmos não podem ficar na dependência de uma regulamentação infraconstitucional, o que implicaria no condicionamento ao trabalho do legislador. Este, ainda que democraticamente legitimado, não pode deter o monopólio jurídico da realização dos direitos fundamentais e sociais.

Ao abordar o papel a ser exercido pela função jurisdicional na realização destes direitos diante da falta de sua regulação, Alexy delinea que a ela caberá, ao realizar um sopesamento, declarar a inconstitucionalidade, assinar prazo para que o legislador regule e possibilite o direito, ou, na hipótese de não haver a necessária regulação, emitir uma “determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição”. Para ele, as competências públicas estatais, a serem exercidas pelos poderes legislativo e executivo, na realização dos direitos fundamentais sociais, “não altera a possibilidade de que seja objeto do controle pelo tribunal

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162-165.

constitucional avaliar se [...] o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente”. E conclui que “a competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido.”<sup>29</sup>

Neste aspecto, de saber até aonde vai a competência do judiciário para interferir nas políticas públicas e nos atos administrativos em geral, inclusive os de controle, é que reside a maior discussão acerca do alcance da inafastabilidade e de suas limitações em face dos demais poderes. A politização da justiça é uma realidade, fato este garantido pela inafastabilidade, o que fez do judiciário um poder democraticamente legitimado. Resultado disso foi a mudança em relação à atividade jurisdicional, que exigiu uma tomada de posição na efetivação do interesse geral e o implemento de uma maior politicidade no trabalho judicial, que aproxima, em tese, o judiciário do povo e o torna um poder mais antenado com o princípio democrático.

Para Canotilho, o fato de o Provedor da Justiça estar previsto entre os direitos fundamentais indica ser ele um “órgão de garantia de direitos fundamentais. Acrescente-se: de todos os direitos fundamentais e não apenas dos direitos, liberdades e garantias”. Observa-se que, na doutrina de Canotilho, o trabalho do judiciário é o mais amplo possível, e envolve a proteção aos direitos fundamentais mesmo que a agressão seja oriunda de uma atividade estatal ou do próprio poder central.<sup>30</sup>

Diante desse fato é que se destaca o trabalho jurisdicional e a sua importância para a democracia, que, na opinião de Paulo Bonavides, torna o judiciário um poder hegemônico e preeminente:<sup>31</sup>

A idade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo da liberdade atribui ao Judiciário papel de destaque, não raro de hegemonia e preeminência, que o liga inapartavelmente ao futuro da democracia, enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa do aparelho judiciário, como concretizador bem-sucedido dos sobreditos direitos, nomeadamente os das três primeiras gerações que dele dependem. Isto – advirta-se – não há de levar ao malsinado ‘governo dos juizes’, forma de todo ilegítima, mas há de significar, sem dúvida, necessidade de referendar novo contrato social, cujos pactuários não poderão deixar de admitir que um judiciário forte é a primeira salvaguarda da democracia.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 475-476, 512-514, 519.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 89.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74-75.

Dentro da estrutura de poder do Estado Social, ao judiciário foi dado um papel político que o aproxima do povo e, conseqüentemente, o caracteriza como função democrática. No exercício dessa função cabe ao judiciário buscar o equilíbrio sem perder a independência, ciente de não ser subordinado a nenhuma das outras duas funções do poder. Seu trabalho deve buscar a proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e sociais, e pacificar as relações públicas ou privadas sem ferir o princípio da separação dos poderes.

Não se admite, por conseguinte, que o judiciário desvirtue essas funções para seguir orientações e tendências políticas, e se torne casa de manobras para os interesses que não dizem respeito à finalidade pública. Sem independência, certamente não conseguirá desempenhar a contento a sua função dentro do Estado de Direito democrático e republicano. De fato, para que o trabalho judicial seja realizado dentro destes moldes, os órgãos do Poder Judiciário, na condição de detentores do monopólio da jurisdição, devem exercer aberta e livremente duas prerrogativas: a independência e a imparcialidade. O exercício dessas duas prerrogativas, que possuem natureza funcional, não é opcional, pois elas não ficam ao alvedrio dos magistrados. Constituem-se numa obrigação, haja vista que servem também, ao lado da inafastabilidade jurisdicional, como garantias aos jurisdicionados.

No dizer de José de Albuquerque Rocha, a independência significa a negação de sujeição a qualquer poder, enquanto que a imparcialidade implica em que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses. Tanto a independência quanto a imparcialidade são meios para a realização de um mesmo valor: a sujeição do juiz unicamente à lei.<sup>32</sup> Deve-se frisar, como faz o referido autor, que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, que se torna uma retórica na medida em que nenhum ser humano está imune à escala de valores que acompanham a sua vida. Mas isto não impede que o julgamento seja imparcial. Entre a teoria e a realidade, entretanto, para que a independência e a imparcialidade se transformem em algo real e efetivo, exige-se o implemento de “mecanismos capazes de impedir a atuação dos fatores reais do poder, principalmente os de natureza político-econômica, influentes, como sabemos, em qualquer processo decisório, portanto, também no judicial.”

Note-se que, para que seja possível a atuação independente e imparcial do judiciário é imperativo que seus órgãos estejam livres da influência de qualquer das outras funções do poder. Veja: basta a simples influência, e não a submissão. Esta influência, por sua vez, acaso venha a existir, acarretará num entrave para que as decisões judiciais sejam independentes e

---

<sup>32</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28-30.

imparciais e, pior ainda, impedirá a efetividade e a eficácia das decisões judiciais como garantia de direitos. Em relação ao aspecto dos direitos fundamentais, deve-se esclarecer que ao judiciário também compete respeitá-los e aplicá-los, pois sua atuação deve ser balizada pelas prerrogativas mínimas asseguradas à pessoa humana. Ao judiciário, porém, cuja função primária envolve dizer o direito, bem como assegurar a governabilidade e a estrutura estatal, é dada a incumbência de julgar inclusive a atuação dos demais poderes.

O direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional, dito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. José Afonso da Silva frisa, primeiramente, que, diferentemente das Constituições da Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garantem diretamente o acesso à justiça, a Constituição brasileira o inseriu de forma indireta e negativa, ou seja, por meio de uma proibição de competência ao legislador infraconstitucional. A Constituição Federal garante não apenas o acesso à justiça para proteção a lesão, mas também no caso de ameaça a direito, ou seja, antes mesmo da concretização da lesão pode o jurisdicionado buscar a proteção judicial.<sup>33</sup>

José Afonso da Silva indica que os provimentos judiciais se traduzem “numa decisão que define se houve ou não a lesão ao direito, se há ou não a ameaça a direito alegada pela pessoa ou coletividade que recorreu ao Poder Judiciário”, e, sobre as garantias envolvidas no referido direito fundamental, discorre:

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo, que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, [...].<sup>34</sup>

O vocábulo “direito”, contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, tem o sentido mais amplo possível e envolve qualquer prerrogativa contra qualquer pessoa, inclusive contra o próprio Estado. Em conjunto com o direito fundamental da inafastabilidade da apreciação judicial está outro, igualmente albergado de fundamentalidade, que é a garantia da coisa julgada, dito no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, também por meio indireto e negativo, no qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A coisa julgada, que significa a imutabilidade de provimentos estatais,

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 131-132.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 2008, p. 132.

aplica-se apenas às decisões judiciais, e é inaplicável, no direito pátrio, a qualquer decisão de natureza administrativa ou política. A soma dos princípios da coisa julgada e da inafastabilidade jurisdicional, que é cimentada pela aplicação do princípio da proporcionalidade em relação ao princípio da separação dos poderes, indica que não há qualquer anomalia em interferir o Poder Judiciário nas esferas de decisão político-administrativas, desde que esta interferência ocorra em casos concretos.

De fato, o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema da jurisdição una e centralizada no Poder Judiciário, que garante o direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional ante a lesão ou a ameaça a direito, seja constitucional, fundamental ou não, bem como infraconstitucional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Assim, tanto os pareceres prévios quanto as decisões dos tribunais de contas, desde que contenham lesão ou ameaça de lesão a direito do gestor que prestou contas (seja constitucional, fundamental ou não, bem como infraconstitucional), podem ser alvo de anulação por meio de ação judicial. Não há, na Constituição Federal, proibição, implícita ou explícita, a que o judiciário possa ingerir nos provimentos dos tribunais de contas. Desse modo, pode o gestor público recorrer ao judiciário para anular e buscar uma ordem para nova análise das contas, sem prejuízo do direito de receber uma antecipação da tutela para evitar a concretização (execução do julgado) da lesão.

A tradição do Direito brasileiro sempre foi o de admitir apenas a jurisdição una, típica, destinada ao Poder Judiciário.<sup>35</sup> Com a valorização, na Constituição de 1988, de princípios e valores fundamentais, baseados na dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça foi elevado ao patamar de direito fundamental, somente expressamente ressalvada a hipótese do artigo 217, §1º, da Constituição Federal.<sup>36</sup> No caso de violação de um direito do cidadão, ainda que esta seja oriunda de ato de um órgão ou de um agente do próprio Estado, poderá o judiciário ser chamado a intervir para fazer estancar a lesão ou impedir que a ameaça se concretize, além

---

<sup>35</sup> “Os nossos reformadores constitucionais e os nossos sonhadores liberais ainda não se convenceram de que nem a generalização do sufrágio direto, nem o *self-government* valerão sem o primado do Poder Judiciário – sem que este poder tenha pelo Brasil toda a penetração, a segurança, a acessibilidade que o ponha a toda hora e a todo momento ao alcance do Jeca mais humilde e desamparado, não precisando ele – para tê-lo junto a si – de mais do que um gesto da sua mão numa petição ou de uma palavra de sua boca num apelo. Sufrágio direto ou sufrágio universal, regalias de autonomia, federalismos, municipalismos – de nada valerão sem este primado do Judiciário, sem a generalidade das garantias trazidas por ele à liberdade civil do cidadão” VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987. v. II, p. 159.

<sup>36</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 217, §1º: “Art. 217 [...]. §1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

de ser possível responsabilizar o Estado por sua ação ou omissão ilícita.<sup>37</sup> Do acesso ao judiciário é que o Estado, mas primordialmente o cidadão, a pessoa humana, pode conseguir a tutela efetiva de seus direitos e a segurança jurídica, tão almejada por todos.<sup>38</sup>

### 2.3 A influência dos direitos fundamentais sobre a atividade dos tribunais de contas

Numa ordem constitucional destacam-se dois aspectos: a definição da estrutura do Estado e a proteção ao rol mínimo de direitos, cuja finalidade é assegurar o essencial à existência dos indivíduos. Dentro da estrutura do Estado brasileiro foi destinado relevante papel para o estabelecimento e proteção da república ao trabalho dos tribunais de contas. Registre-se, no entanto, que o entendimento acerca da natureza, funções e das atividades

<sup>37</sup> “A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-objectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). [...] Pela própria arqueologia o *due process* verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um *direito de defesa* do particular perante os poderes públicos. Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de protecção do particular através de tribunais* do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (*dever* de protecção do Estado e *direito* do particular a exigir essa protecção). [...] Esta “dependência” do direito à protecção judicial de *prestações* do Estado (criação de tribunais, processos jurisdicionais) justifica a afirmação corrente de que o *conteúdo essencial do direito* de acesso aos tribunais é a *garantia da via judiciária* (= “garantia da via judicial”, “garantia da protecção judicial”, “garantia da protecção jurídica através dos tribunais”). [...] Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do **núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária**. A *garantia institucional* conexas-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever resulta apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”) que impõe um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico”. (Grifos e negrito no original). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-408, 496-497.

<sup>38</sup> “Assim sendo, a discricionariedade é produzida pela própria ordem jurídica (*Merkel, Verwaltungsrecht*, p.144) e, por isso mesmo, dentro da ordem jurídica há de ser exercida, sem se confundir com a arbitrariedade. [...] O problema do respeito dos direitos subjetivos pela Administração também surge ao se tratar da faculdade, que à mesma Administração pertence, de alterar ou revogar os seus próprios atos: o exercício dessa faculdade, tal é a doutrina corrente, é limitado pela inviolabilidade dos direitos dos administrados. [...] Assim sendo e em ocorrendo desconhecimento, ou turbação, ou violação do livre exercício dessa faculdade, se o titular não pudesse exercer livremente o seu poder de invocar a intervenção e a atividade coercitiva da autoridade pública e, principalmente, a do Poder Judiciário, para efetivamente protegê-lo, o próprio direito, despido de segurança, perderia a certeza de sua realização. [...] Dessa pressuposição da vontade de defesa e da possibilidade de efetiva-la é que nasce a segurança dos direitos; e devido a uma causa e outra, da noção dos direitos se não pode separar o poder de defesa que, por tudo isso, se afirma como um de seus elementos essenciais. Constitui, portanto, o poder jurídico de reclamar o amparo jurisdicional dos direitos o *jus persequendi in judicio quod nobis debeatur aut quod nostrum est*, segundo a velha e sábia noção de Gaio (Inst. IV, 6, § 1º.), poder que, jurisdicionalmente, por via da ação se exerce.” RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 925-928.

desses órgãos merece atenção, especialmente pelo alcance que seus provimentos passaram a ter dentro do sistema jurídico pátrio. Com a notabilização desse alcance, que se dilargou em especial quanto à questão da elegibilidade no direito eleitoral, bem como pelo poder de sanção dado aos tribunais de contas, tornou-se necessário discutir acerca da influência existente dos direitos fundamentais sobre a atividade desses órgãos.

Apesar de ter autonomia para opinar, julgar e decidir sobre um aspecto específico da administração pública – as contas de gestão e de governo, questiona-se acerca da possibilidade de controle posterior desses provimentos na hipótese de agressão a um ou mais dos direitos, fundamentais ou não, do gestor responsabilizado pelas contas.

Por terem os tribunais de contas importante função republicana, porquanto as atividades destes órgãos têm por escopo a proteção do patrimônio e dos recursos públicos, seus atos sempre terão como objeto uma relação de direito público-administrativo e serão de interesse da coletividade. Todavia, os posicionamentos dos tribunais de contas não podem conter abusos ou arbitrariedades, pois sua finalidade deve ser o alcance da proteção do interesse público sem atingir, além do necessário, a esfera jurídica e fundamentalmente protegida da pessoa, autora das contas fiscalizadas. Decorrente desse escopo surge, então, outro aspecto: o cabimento de controle posterior, pelo judiciário, dos provimentos finais dos tribunais de contas, na hipótese do gestor público submetido à fiscalização ser lesado ou ameaçado de lesão em seus direitos, especialmente os de natureza fundamental.

O assunto é importante na medida em que confronta a normatização dos direitos fundamentais, que protege a esfera individual das pessoas, com a separação dos poderes, o princípio republicano e o princípio democrático. Além disso, o fato de que o Poder Judiciário é constantemente provocado para apreciar a legalidade e a validade de pareceres e decisões dos tribunais de contas, e pela existência de controvérsias sobre até que ponto pode a atividade judicial interferir nos efeitos desses provimentos, reforça a relevância do tema.

Os direitos fundamentais, a partir do constitucionalismo moderno e do desenvolvimento da Teoria da Constituição, desempenham importante papel para a validade dos sistemas jurídicos e para a segurança jurídica almejada, e possibilitam a harmonização das relações. A Lei Fundamental, conforme passou a ser considerada a Constituição de um Estado no período pós-revolucionário, estava calcada em dois aspectos: definição da estrutura e do exercício do poder pelo Estado, e o estabelecimento do rol de direitos fundamentais. Entendeu-se, todavia,

especialmente a partir da segunda metade do século XX, no período após a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de que o Direito destinasse atenção mais amíúde à pessoa humana. A partir desse ponto é que se desenvolveram princípios, como o da dignidade da pessoa humana, além da doutrina dos direitos de personalidade.<sup>39</sup>

De início os direitos fundamentais tinham aplicação nas relações entre os particulares, o que tornava desnecessária a sua incidência quanto ao Estado, porquanto se considerava que a atuação do poder público estava livre de máculas que pudessem levar prejuízos aos governados. O surgimento da doutrina da responsabilidade do Estado e a possibilidade de danos por ele causados ao grupo social, individual ou coletivamente, direcionaram a discussão a um ponto de equilíbrio, e dilargou-se o alcance dos direitos fundamentais também ao próprio Estado.<sup>40</sup> Passou-se a ver que estas prerrogativas, dotadas de fundamentalidade, deviam proteger a pessoa não apenas em relação ao seu semelhante, mas também em face do ente estatal.

Antes de se entender a questão da fundamentalidade, falava-se somente em direitos humanos, direitos da pessoa humana ou em direitos naturais. A necessidade de se estabelecer expressamente um rol mínimo de direitos às pessoas naturais se origina, em especial, com o fenômeno estatal, isto é, com o fato de se permitir a organização social por um ente legitimado pela coletividade para governar. É com o aparecimento do Estado, onde o grupo

---

<sup>39</sup> “Os direitos, portanto, são algo que já temos pelo fato de sermos seres humanos absolutamente à margem de qualquer condição ou característica social. [...] A idéia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o “direito a ter direitos”. [...]. Se temos o poder político e legislativo necessários – estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e internacionais daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todas e de todos. [...] Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade. FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 33-38, 39.

<sup>40</sup> “O Estado e o direito comportam-se reciprocamente como organismo e organização. O Estado é o direito como atividade normativa, o direito é o Estado como situação normatizada, portanto, distinguíveis, mas inseparáveis um em relação ao outro. De acordo com essa concepção que iguala Estado e direito, aquele estaria inserido neste, e o Estado que procedesse de modo antijurídico já não seria mais Estado; portanto, o problema da vinculação do Estado ao seu direito não seria mais solucionado, mas eliminado. [...]. O problema da prioridade do direito ou do Estado refere-se, por um lado, ao conceito normativo do direito e, por outro, ao conceito de realidade do Estado. Entre ambos os conceitos não só não há nenhuma espécie de identidade, como, inversamente, há uma aguda tensão, tensão como a que se encontra entre uma norma e uma realidade que, no entanto, sofre aqui uma intensificação. [...]. O Estado está, pois, vinculado ao seu direito positivo por um direito supra-positivo, natural, pelo mesmo princípio jusnaturalista com o qual a vigência do próprio direito positivo pode propriamente fundamentar-se. [...]. Não se deve menosprezar a mera aplicação do conceito de direito à construção do Estado de direito, pois o direito é tão-somente aquilo que tem o sentido de ser justiça. Todavia, com a justiça dá-se a igualdade. Uma ordenação estatal que pretenda valer para alguns homens e para alguns casos, não seria direito, mas arbitrariedade.” RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo; Martins Fontes, 2004, p. 266-269, 272.



social delegou a organização da coletividade a um poder central, que se nota o “sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. [...] Direitos de que ninguém abre mão, exceto na exata e restrita medida imprescindível para a vida em comum”.<sup>41</sup>

Para que existisse uma figura central, constituída para comandar, organizar, juridicizar e proteger o grupo, era óbvio que o exercício dessas funções exigiria uma delegação de poderes da periferia (do povo) para o centro (o Estado), numa automática liberalidade e transferência de direitos que permitisse ao Estado governar na busca da paz social. Tal sacrifício em prol do interesse coletivo, para que não ultrapassasse os limites do necessário, precisava de uma proteção, o que tornou imperativo garantir um rol de direitos mínimos que efetivasse o respeito aos indivíduos, cujo paradigma deveria ser a própria natureza humana. Este sacrifício individual em prol da comunidade deveria corresponder a uma limitação quanto ao exercício do poder pelo Estado, além de cumprir seu papel sem deixar de respeitar certas prerrogativas inerentes aos governados. Os governantes deveriam lembrar que, por serem eles próprios pessoas humanas e o Estado uma ficção criada para viabilizar o bom convívio social, aos cidadãos era preciso garantir sua individualidade, e assegurar o que era minimamente necessário para uma vida digna. Imperativo seria diferenciar e ter em mente que uma coisa é a pessoa humana e outra coisa é o Estado. O interesse público, por sua vez, não poderia, em hipótese alguma, ser observado em detrimento da natureza humana, nem desrespeitar a personalidade e a individualidade de cada um.

Os direitos da pessoa humana, por sua vez, tiveram sua origem formal em algumas das declarações dos direitos do homem, com destaque para a Declaração da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Deve-se ressaltar que os direitos do homem, apesar do destaque dele recebido, não possuem sua raiz no liberalismo, posto que seu cunho é eminentemente jusnaturalista. Antigos pensadores faziam menção à existência de um conjunto de direitos do homem dado pelos deuses, numa referência metafísica e metajurídica, e davam destaque a sua superioridade em relação aos demais direitos que eventualmente viessem a ser assegurados pela ordem humana.

Com a doutrina iluminista e a conseqüente laicização e humanização do direito, entendeu-se que determinados direitos decorrem da própria natureza humana, o que fez surgir o chamado jusnaturalismo racionalista. Fortemente admitido pelo liberalismo, tais correntes levaram à conclusão de que certo rol de prerrogativas se origina do próprio homem, cujos

---

<sup>41</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

sistemas jurídicos deveriam protegê-los e garanti-los.<sup>42</sup> É dessa conclusão que se chega à necessidade de formalizar as declarações dos direitos do homem.

Quanto ao aspecto da fundamentalidade, destinada aos direitos humanos, o mesmo é alcançado na escolha e delimitação de determinados desses direitos pela Constituição de um Estado. Tal fundamentalidade dos direitos deve ser entendida a partir do pensamento constitucional moderno, e pela consideração da Constituição como instrumento jurídico estabelecido como Lei Fundamental do Estado. Elaborada por um poder constituinte originário, a Constituição deveria se ocupar basicamente em dizer como funcionaria o Estado e elencar um rol mínimo de direitos marcados pela insigne da proteção à personalidade e à individualidade do ser humano. Nesse caso, a fundamentalidade não se confunde com a universalidade, mas sim com a escolha e com o destaque, dado por uma determinada sociedade, a um rol específico de direitos.

É no momento da elaboração de uma Constituição que se estabelecem e se expressam determinados direitos humanos, que passam a ter o caráter da fundamentalidade, eleitos e especificados de acordo com as necessidades sociológicas, históricas, políticas e jurídicas da sociedade para a qual é elaborada. Em relação à distinção entre direitos humanos (ou direitos do homem) e direitos fundamentais, Paulo Bonavides leva em conta dois critérios estabelecidos por

---

<sup>42</sup> Antonio Carlos Wolkmer desenvolve há vários anos a teoria crítica dos direitos humanos na defesa de um pluralismo jurídico que assegure a viabilidade do exercício de direitos antigos e de novos direitos, ainda que esses últimos não possuam previsão legal: “O questionamento acerca da crise e das rupturas da racionalidade tradicional (idealismo/positivismo), a construção de novos paradigmas sóciopolíticos na esfera da epistemologia das ciências humanas e os recentes avanços da filosofia das ciências devem incidir na presente investigação sobre a essência, a natureza e a cientificidade do mundo jurídico e serem incorporados a ela. Amplos setores da epistemologia jurídica contemporânea não estão alheios à criação dos atuais modelos de fundamentação e à discussão sobre as chamadas revoluções científicas. A modernidade de tais parâmetros desperta a consciência dos jusfilósofos, tanto no nível da filosofia do Direito quanto de uma Teoria Geral do Direito para a obrigatoriedade de profunda reflexão que leve a repensar os fundamentos e a estrutura do pensamento jurídico moderno ocidental, marcado pela lógica de racionalidade técnico-formal e por pressupostos científicos calcados na dogmática do cientificismo positivista. Compartilhando as mudanças de paradigmas que vêm processando na filosofia das ciências e nas ciências humanas, urge integrar nessa direção a teoria, a produção e a prática jurídica contemporânea. Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicionais, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma no Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas a executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Lefort, projete a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça. [...] Ainda que se venham a admitir, no primeiro momento, determinados limites em seus pressupostos epistemológicos, não há que se minimizar e denegar no âmbito da filosofia jurídica contemporânea as possibilidades reais do “pensamento crítico” (representado por “críticos transformadores” e “antidogmáticos liberal-democráticos”), pensamento que não apenas releve a ineficiência do formalismo normativista comprometido com os mitos alienantes e as relações de poder dominante, mas que, sobretudo, materialize o espaço pedagógico de discussão e de construção da aplicabilidade de um Direito verdadeiramente justo.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21-22,33.

Carl Schmitt: um de natureza formal e outro de natureza material.<sup>43</sup> No primeiro, direitos fundamentais são aqueles “nomeados e especificados no instrumento constitucional”, bem como os que “receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança: ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada”. No segundo, sob o aspecto da materialidade, os direitos fundamentais variam de acordo com a “ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.”

Não seria correto afirmar que os direitos fundamentais têm por objetivo apenas proteger o governado em relação ao Estado, visto que a sua aplicabilidade se dá tanto nas relações privadas quanto nas relações públicas, entre o Estado e seus súditos; mas é indubitável que sua principal função passou a ser a de proteger as pessoas em face do Estado.<sup>44</sup> Pela delegação de poderes do indivíduo para o ente estatal, passou este último a ter um acúmulo de prerrogativas e de funções que tornou necessária a criação de um mecanismo de controle, posto se ter verificado que as atividades exercidas poderiam conter abusos, desvios e extremos.

Nesse assunto releva o posicionamento de Konrad Hesse, para quem os direitos fundamentais têm a função de “defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado”, que corresponde ao que ele chama de “preceitos negativos de competência”, cujo significado diz respeito às competências legislativas, administrativas e judiciais que encontram seu limite nos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514-515.

<sup>44</sup> “Também da Constituição resulta o reconhecimento de certos direitos – os de liberdade e igualdade, sobretudo – que os indivíduos titularizam independentemente de outorga estatal. As Declarações de Direitos, solenemente embutidas nas Constituições americana e francesa e depois repetidas e aumentadas em todas as Constituições modernas, permitirão que os indivíduos oponham seus direitos ao próprio Estado. [...] Sendo de origem constitucional, tais direitos não poderão ser suprimidos pelo Estado, nem mesmo por via legislativa. Portanto, ainda que o interesse público prevaleça sobre o interesse particular, isso nunca poderá se dar em prejuízo dos direitos individuais previsto na Constituição. [...] Da garantia contida na Constituição, de direitos em favor dos indivíduos surgirá a noção de *direito subjetivo público*, isto é, de um direito que o indivíduo titulariza contra o próprio Estado, [...] A proteção do indivíduo contra o Estado é o objetivo de toda a magistral construção jurídica que percorremos. Nada mais natural, portanto, que o direito público por inteiro esteja embebido desta preocupação última, que exala desde a Constituição até a mais ínfima das normas. Gordillo, ao analisar a evolução do Estado de Direito da mera legalidade para a ampla constitucionalidade, acentua com propriedade esta idéia: “[...] O indivíduo aparece, assim, protegido contra os avanços injustos dos poderes públicos numa dupla face: por um lado, que a Administração respeite lei, e, por outro, que o legislador respeite a Constituição. O cerne da questão radica sempre, como se percebe, em que os individuais não sejam transgredidos por parte dos poderes públicos.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46-49.

<sup>45</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36b.

Os direitos fundamentais passaram por uma evolução de acordo com as necessidades sociais e políticas de seus destinatários, bem como pelas mudanças estruturais e dos objetivos do Estado.<sup>46</sup> Desse modo ocorreu o surgimento do que se denomina de gerações dos direitos fundamentais que, apesar da nomenclatura, não implicou na sucessão de uma geração por outra, ou no desaparecimento da geração anterior com a sua substituição pela posterior. Estas gerações ou dimensões são três, a saber, dos direitos individuais, civis e políticos (liberdades), direitos sociais (igualdade) e direitos difusos (fraternidade). Paulo Bonavides defende ainda a existência de uma quarta geração, cujo conteúdo está relacionado à globalização política e envolve o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>47</sup>

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins colocam a questão dos direitos fundamentais sob o prisma das garantias preventivas e repressivas. Nestas últimas encontram-se os remédios constitucionais, cuja posição tem, paralelamente, o necessário acesso ao Poder Judiciário.<sup>48</sup> Em adição, para descobrir se um ato estatal, seja ele administrativo ou mesmo judicial, agrediu um direito fundamental do cidadão, expõem os referidos autores alguns questionamentos que servem de critério para se chegar a uma conclusão positiva ou negativa da agressão:

**Exame de constitucionalidade de medida administrativa ou judiciária que limita direitos negativos (de resistência) e políticos**

1. O comportamento ou *status* jurídico contemplado pela medida situa-se na área de proteção de um direito fundamental?
2. A medida intervém na área de proteção do direito fundamental contemplado pela medida?
3. A intervenção verificada é justificada constitucionalmente (intervenção permitida)?
  - 3.1 A medida tem fundamento legal?
  - 3.2 A medida aplica a lei (fundamento legal) em conformidade com a Constituição?

<sup>46</sup> Exemplo disso é a evolução do Estado liberal ao Estado social.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 516-526.

<sup>48</sup> “As garantias fundamentais correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos: Tais garantias “são meios destinados a fazer valer esses direitos”. Há garantias preventivas e repressivas. As primeiras são também conhecidas como *garantias da Constituição*. Pertencem a essa categoria os princípios de organização e fiscalização das autoridades estatais que objetivam limitar o poder estatal e concretizam o princípio da separação dos poderes. As garantias repressivas (*remédios constitucionais*) visam a impedir violações de direitos ou sanar lesões decorrentes de tais violações (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular etc.). [...]. As garantias *preventivas* dos direitos fundamentais se relacionam diretamente com as formas de organização do Estado. Consistem em competências de autoridades estatais que objetivam impedir abusos de poder. O texto constitucional estabelece qual autoridade estatal e sob quais condições poderá fiscalizar as demais, regulamentando a atuação dos vários órgãos e comissões. A Constituição Federal de 1988 adota o princípio da separação dos poderes que, nesse âmbito, objetiva estabelecer mecanismos de controles recíprocos das autoridades estatais no intuito de preservar os direitos dos indivíduos de indevidas interferências dos detentores do poder.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.80, 96.

- 3.3 A medida é clara e concreta?
- 3.4 A medida respeita o critério da proporcionalidade?
  - 3.4.1 O propósito da intervenção é constitucionalmente admitido (lícito)?
  - 3.4.2 O meio de intervenção é constitucionalmente admitido (lícito)?
  - 3.4.3 O meio de intervenção é adequado ao alcance do propósito almejado?
  - 3.4.4 O meio de intervenção é necessário para o alcance do propósito almejado?

**Observação:** Haverá violação de um direito fundamental se nós respondemos ‘sim’ às duas primeiras questões e ‘não’ a pelo menos um dos itens da terceira. (Negrito no original).<sup>49</sup>

Os critérios acima expostos são pertinentes, pois mostram que o próprio Estado, cujo maior escopo é a organização e a pacificação da sociedade, e a busca do interesse público, tudo com base no respeito aos indivíduos e seus limites jurídicos pessoais, pode ser o autor de agressões indevidas.<sup>50</sup> Nessa hipótese entram os provimentos dos tribunais de contas, que podem conter vício de conteúdo pela existência de uma ilegalidade ou de uma violação a um direito fundamental. As indagações acima delineadas devem, por conseguinte, ser efetuadas pelos ministros e conselheiros das Cortes de Contas que participam da apreciação e julgamento das gestões públicas. Afinal, mesmo o gestor público, que no uso de suas prerrogativas tenha malversado recursos públicos e ocasionado danos ao erário, não pode ter sua personalidade e seu nível de fundamentalidade agredido. Essa afirmação é extraída da lógica contida no direito fundamental contido no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Ora, se até mesmo a pessoas condenadas é dever do Estado respeitar sua esfera jurídica inividual, pelas mais fortes razões também devem ser respeitados os direitos fundamentais e os direitos de personalidade do gestor público, além da legalidade envolvida num processo de prestação de contas.

<sup>49</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246.

<sup>50</sup> “A luta dentro do direito supõe uma evidente superação do enfrentamento puro e cru. Isso ocorre quando o contraste entre as partes se submete a normas jurídicas prévias, aceitas pelas partes que litigam, cuja interpretação e aplicação são confiadas a uma instância objetiva, imparcial e especializada (os juízes), que tem sua decisão aceita por todos. Isso representa um passo gigantesco para a convivência civil e se coaduna perfeitamente com o significado e alcance do Estado de Direito. Em definitivo, existe uma luta contínua, incessante, dentro do Direito, o que supõe uma superação e um impedimento no sentido de regressar ao *status naturae*. [...]. Ainda que certos grupos doutrinários, pensadores, juristas e políticos defendam a substituição do governo dos homens pelo das leis, ainda que se intente delimitar o poder real e, num momento posterior, o poder das assembléias, ou ainda que se pretenda resguardar os direitos e liberdades básicos, o Direito pugna contra a prepotência de um ou de vários homens, deste ou daquele órgão constitucional; combate os abusos do poder e as arbitrariedades administrativas que suprimem ou desvirtuam direitos e liberdades. No entanto, o Direito lutou – e continua a lutar – contra o próprio Estado. O constitucionalismo liberal se esforçou no sentido de determinar seus poderes e assegurar as liberdades. O constitucionalismo maturado entre as duas guerras mundiais e o pós-constitucionalismo do nosso tempo se movem a favor dos direitos socioeconômicos, tomando posições ante o crescente intervencionismo estatal em esferas que antes era, m estranhas à sua ingerência” VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-130, 134.

Essa proteção, por óbvio, vai muito além dos aspectos formais do processo, como defendem alguns doutrinadores. Afinal, uma ilegalidade ou uma agressão a um direito fundamental ou de personalidade do gestor pode existir além de um vício processual. A mácula pode ser oriunda, por exemplo, da aplicação indevida de uma sanção, de uma avaliação errônea dos fatos, da identificação equivocada da pessoa do gestor (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”) ou da desproporção entre o dano e a sanção. Será que um provimento dos tribunais de contas, que contenha tal mácula, deve ser albergado no ordenamento, além de fruir todos os seus efeitos sobre o gestor, tudo por conta do capricho e da vaidade daqueles que compõem esses órgãos, ou simplesmente pela visão jurídica e constitucional antidemocrática, totalitária ou arcaica de anos atrás? De fato, nos dias de hoje, o direito constitucional não mais alberga esta interpretação, pois é dever de qualquer órgão do Estado, o que inclui os tribunais de contas quanto ao autor das contas fiscalizadas, observar os direitos fundamentais.

A altruísta atividade e objetivo republicano dos tribunais de contas não podem servir como justificativas para a manutenção de provimentos incompatíveis com os princípios constitucionais, com os direitos fundamentais e com a legalidade. Tais provimentos, se assim forem albergados, não terão a aprovação nem a eficácia social, escopos superiores do Direito.<sup>51</sup>

## 2.4 Direitos fundamentais na forma de princípios administrativos

Com o advento do neopositivismo (ou pós-positivismo), passou-se a entender que as normas jurídicas, na condição de comandos que têm por objetivo ordenar algo a ser realizado (negativa ou positivamente) dentro das possibilidades fáticas existentes, são expressas sob dois

---

<sup>51</sup> “Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui a importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. [...]. Os conceitos sociológico e ético de validade são conceitos de validade puros, no sentido de não precisarem conter necessariamente elementos dos outros conceitos de validade. No caso do conceito jurídico de validade, a situação é diferente. Seu objeto é a validade jurídica. Quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, ou seja, não desenvolve a menor eficácia social, esse sistema normativo ou essa norma não pode ter validade jurídica. Assim, pois, o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos da validade social”. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.15, 103.

formatos: regras e princípios. As regras tipificam, detalhada e gramaticalmente no ordenamento, as condutas a serem implementadas ou evitadas por seus destinatários. Os princípios, por sua vez, podem estar ou não igualmente expressos, sendo dotados de maior grau de abstração.

Os princípios, além de serem normas propriamente ditas, positivadas ou não, servem de base para as normas escritas, bem como para integrar o sistema jurídico. Assim, não é requisito de validade dos princípios a sua positivação no sistema. Na verdade, a maioria deles é observada abstratamente e expressa pela doutrina e pela jurisprudência, com aplicação aos casos concretos.

Fato é que há uma forte dependência do sistema ou do ordenamento jurídico para com os princípios. Essa dependência é ainda mais acentuada nos sistemas jurídicos que adotaram o legado do Direito Romano-Germânico.<sup>52</sup> Afinal, nessa sistemática, que adota a codificação como principal forma de positivação das leis, gera-se um condicionamento relativo à existência de previsão normativa. A impossibilidade do legislador prever todas as situações e hipóteses possíveis, torna função dos aplicadores do Direito o manuseio dos princípios constitucionais e gerais para dar solução ao feito.<sup>53</sup>

A influência dessa nova estrutura chegou às normas constitucionais, inclusive aos direitos fundamentais, que passaram pelo fenômeno da principiologia, e destinou aos princípios um maior destaque e ênfase no constitucionalismo contemporâneo. Isto porque, além de serem normas, estes preceitos passaram também a ter a função de interpretação e

---

<sup>52</sup> Ao comparar o sistema de Direito Romano-Germânico, adotado no Brasil, e o Direito Anglo-Saxônico, especialmente o da *common law*, ensina Saddi e Castelar Pinheiro (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 25): “O sistema do Direito Romano parte do pressuposto de uma exaustiva série de princípios, como se mencionará adiante. Esses princípios são estabelecidos em numerosos textos legais, na Constituição e nos vários códigos, que são compilações da lei. Casos individuais são, então, decididos de acordo com esses dogmas básicos e em respeito a tais princípios. Em contraste, o método de solução da *common law* é examinar com minúcia os julgamentos de casos prévios e deles extrair princípios gerais para serem aplicados aos problemas particulares submetidos ao Poder Judiciário. Os juizes no sistema da *common law* são obrigados a seguir casos precedentes, decididos anteriormente por juizes das Cortes superiores, uma vez ocorrida uma situação real similar ao caso precedente e no caso a ser julgado. Em oposição, no sistema do Direito romano os princípios codificados – e não os casos julgados – devem se sobrepor aos casos precedentes. Os juizes não estão obrigados a seguir decisões prévias: podem decidir de acordo com suas próprias interpretações, convicções e crenças, baseados nos vários textos de lei. [...] Não obstante, a legislação em jurisdições de *common law* não é destinada a ser independente da aplicação dos precedentes e deve caminhar em conjunto com ela.”

<sup>53</sup> “A conexão aglutinadora das normas que compõem o sistema jurídico – daí a sua unidade – encontra-se nos *princípios gerais do direito* (de *cada direito*). Mas é necessário sabermos, não obstante, que os princípios – como veremos mais adiante – também são normas. [...] O sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriidade do conhecimento científico. O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

aplicação das regras, com a conclusão de que existem princípios-normas, princípios interpretativos e princípios integradores.

De acordo com o desenvolvimento teórico de Robert Alexy, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: os de “normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional” e os de “normas de direito fundamental atribuídas”. Explica, ainda, que uma norma passa a ser de direito fundamental por atribuição se ela recebe uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”<sup>54</sup> Significa dizer que uma norma recebe o caráter da fundamentalidade no caso de sua interpretação e aplicação serem feitas com o apoio em direitos fundamentais, posto que estes últimos são aqueles expressos diretamente no texto constitucional.

O fato, porém, é que os direitos fundamentais são expressos na forma de regras e de princípios, e não se limitam apenas aos previstos diretamente no título e nas seções específicas do texto constitucional. Para entender a alcunha da fundamentalidade, dada a uma norma jurídica, pertine lembrar que Alexy,<sup>55</sup> de modo correto, chama a atenção para o duplo caráter que uma norma de direito fundamental pode assumir, qual seja, de ser construída pela reunião e soma dos dois níveis: regras e princípios. Significa isso que numa mesma norma de direito fundamental pode-se ter uma regra e um princípio em seu bojo, o que, aliás, é o que mais ocorre.<sup>56</sup>

Na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, ao levar em conta o universo aberto e não taxativo dos direitos fundamentais, estão normas (regras+princípios, ou regras ou

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73-74.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 2008, p. 141.

<sup>56</sup> Ronald Dworkin, outro teórico pós-positivista, desenvolve acerca da diferenciação entre regras e princípios: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...]. Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. [...]. O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. [...]. Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39, 53-55.



princípios) de natureza civil, penal, processual, social, tributária, ambiental, financeira e orçamentária, trabalhista, política, e da nacionalidade, posto que tais normas são previstas diretamente no título e seções específicas do texto ou nele espalhadas. Neste rol fundamental se enquadram as normas de natureza administrativa, cuja concentração é de direito público.<sup>57</sup>

Já se estabeleceu acima que o principal objetivo dos direitos fundamentais é proteger, diante da ação estatal, o mínimo da existência digna da pessoa humana. O indivíduo, portanto, é o centro pelo qual gravitam os direitos fundamentais, e a proteção da pessoa é seu objetivo final correspondente ao fato de que um direito fundamental tem como destinatário primário o Estado, que tem o dever de respeitar a órbita pessoal e individual de seus cidadãos. Não seria incorreto afirmar, portanto, que todas as normas de direito fundamental possuem natureza administrativa e judicial, já que seu destinatário primário é o Estado, que deve respeitá-las, por meio de todos os seus órgãos – tanto administrativos quanto judiciais, para possibilitar a preservação da órbita jurídica da pessoa humana de seus governados, e não desperceber que há normas de direito fundamental de natureza especificamente administrativa.

Desse modo, uma mesma norma de direito fundamental (processual, civil, penal etc.) tem tanto o objetivo administrativo, de orientador das ações do Estado, quanto de proteger o indivíduo que, na hipótese de não observância pelo ente estatal, pode usá-la para realizar seus direitos. E o mesmo ocorre com as normas específicas do direito administrativo.

Destarte, cabe ao Estado, por todos os seus órgãos e agentes, observar os direitos fundamentais, sejam eles normas expressas como regras, como princípios ou como regra e princípio, previstos expressa ou implicitamente na ordem constitucional, colocadas no setor específico da Lei Fundamental ou nela espalhadas, ainda que especificamente administrativas ou de qualquer outra natureza. Assim, qualquer norma de direito fundamental influencia o trabalho dos órgãos estatais, o que inclui a atividade dos tribunais de contas.

Não observada alguma norma de direito fundamental, o ato administrativo emanado do Estado, por qualquer de seus órgãos, torna-se anulável e passivo de controle posterior. Ultrapassada a questão da normatização dotada de fundamentalidade e pela exigência da delimitação do tema, o próximo passo é entender a natureza jurídica, as funções e a

---

<sup>57</sup> “O direito público é o conjunto das regras de direito que se aplicam ao Estado e, na nossa doutrina, aos governantes e aos seus agentes, nas suas relações entre si e com os particulares. [...]. O direito público está sendo submetido à grande lei da evolução do direito. Existe, antes de tudo, nas consciências individuais, e tende a exteriorizar-se”. DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 63.

importância dos tribunais de contas, e exemplificar normas de direito fundamental, de cunho geral ou especificamente administrativo, a serem observadas pelos órgãos de contas.

Como o sistema vigente na ordem constitucional pátria é o da jurisdição una, titularizada pelo judiciário, cabe a esta função do poder a análise e a palavra final acerca das contendas existentes na sociedade,<sup>58</sup> mesmo que nelas esteja envolvido um ato do Estado. Desde que seja provocado pelo interessado (o gestor público, no caso dos tribunais de contas) para anular o provimento por ilegalidade ou inconstitucionalidade (violação de direito fundamental ou de personalidade), ainda que o vício diga respeito ao conteúdo do provimento e não apenas sobre seu aspecto formal, não somente pode como deve o judiciário se pronunciar acerca da existência ou não de nulidade.<sup>59</sup> A garantia da aplicação de tais princípios e direitos conquistados é a finalidade do judiciário, além de assegurar a validade do sistema jurídico e da ordem constitucional em vigor, sob pena de ocorrer a chamada erosão constitucional.

---

<sup>58</sup> “Quanto à própria função de julgar trouxe a Constituição nova um outro enfoque, bem distinto do tradicional. Obviamente, continua este Poder incumbido primacialmente de julgar. É ainda quem aplica contenciosamente a lei para sancionar a conduta dos indivíduos. Contudo, a Carta lhe deu, mesmo nessa função típica, um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV, da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc. , quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei, o que já vem sendo feito. No que tange ao controle da Administração, o controle muito se alargou. Basta ver que, por força do art. 37, *caput*, da Constituição pode ele verificar o cumprimento de princípios – cujo conteúdo é subjetivo – dentre os quais os de moralidade, impessoalidade e, agora, por força da Emenda n. 19/98, o da eficiência. Insinua-se nisto um controle que vai além da mera legalidade: um controle de legitimidade. O exame mais aprofundado da Lei Magna, todavia, confirma, em outros pontos de relevo, que esta não entende o Judiciário como mero Poder neutro, incumbido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201- 202.

<sup>59</sup> “*El giro hermenéutico tiene repercusiones directas sobre uno de los puntos centrales de la teoría tradicional de la interpretación jurídica que, al considerar muy distintos el momento de la producción legislativa y el momento de su aplicación, reflejaba y garantizaba no sólo la distinción entre el política y derecho sino, al mismo tiempo, el equilibrio entre el poder legislativo y el judicial. En la tradición jurídica a la teoría de la interpretación le correspondía la tarea de garantizar el equilibrio entre los poderes. La recíproca y constitutiva limitación de derecho y poder se traducían en la distinción/separación entre el ámbito de la política, en el que se despliega el proceso colectivo de creación de las leyes, y el ámbito jurisdiccional, en el que éstas son interpretadas y aplicadas. Esta separación/ distinción ha sido uno de los principios generadores del espacio simbólico de la democracia moderna. El proceso de formación de las leyes se instituye como proceso colectivo, delegado a los representantes del pueblo soberano, mientras que el proceso de interpretación se plantea como competencia exclusiva de una tropa de especialistas en derecho. En suma: el derecho hace vivir las leyes y las actualiza en la vida cotidiana, pero en ningún caso se halla en una posición subordinada respecto del poder soberano que las instituye, pero que a su vez no puede reservarse también el papel de interpretarlas y aplicarlas a los casos concretos como pretendía en cambio el absolutismo*” CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas: sociedad global y filosofía del derecho**. Traducción de Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 2009, p. 145.

## 2.5 Análise de alguns direitos fundamentais e princípios administrativos

Por serem atos administrativos, ainda que possam ser designados como atos de controle, os provimentos finais dos tribunais de contas, sejam os pareceres prévios nas contas de governo ou julgamentos nas contas de gestão ou em processos correlatos, são dotados da chamada presunção de legitimidade ou de legalidade. Tal presunção é *iuris tantum*, ou seja, é relativa, pois tais atos podem conter abusos, ilegalidades ou desvios por vício formal ou material no processo e/ou na instrução. Também podem ser detectados excessos na aplicação de sanções ou de recomendações que ultrapassem os limites do necessário para a proteção do erário, que violem a esfera jurídica da pessoa responsável pelas contas.

Por vezes designa-se a palavra “mérito” ao teor dos provimentos finais dos tribunais de contas. Contudo, por não serem órgãos da Administração Pública propriamente dita, a palavra “mérito”, aqui, não tem o sentido da conveniência e oportunidade que se aplica aos atos discricionários dos administradores públicos. O sentido da palavra “mérito”, aplicada a esses órgãos de controle externo, diz respeito à análise contábil, às determinações e sanções que, por sua vez, são vinculadas à lei e à Constituição. Desse modo, os atos administrativos de controle, emanados dos tribunais de contas, são vinculados.

Vários princípios, previstos na Constituição, por terem o Estado como destinatário primário, tornam-se normas de direito fundamental e passam a ter cunho administrativo, porquanto devam reger todas as atividades estatais, como as dos tribunais de contas. Esclareça-se que, embora não possua partes antagônicas, nem seja de natureza judicial, a fiscalização exercida pelos tribunais de contas é realizada mediante atividade processual, isto é, processos administrativos, o que faz surgir para estes órgãos o dever de observância do chamado direito constitucional processual. Assim, além dos princípios administrativos propriamente ditos, expressos no texto constitucional, os tribunais de contas devem observar os princípios processuais. Logo, há princípios que envolvem o mérito, isto é, a análise das contas propriamente dita, e outros que influenciam na formalidade, os aspectos processuais.

A análise que se segue tem início com os princípios fundamentais majoritários (segurança, dignidade da pessoa humana, e a inviolabilidade da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade), e depois discorre sobre outros direitos fundamentais e acerca dos princípios constitucionais da administração pública. Por último, são estudados o princípio republicano e o princípio democrático.

### 2.5.1 *Segurança*

A “segurança” é frisada no início do texto da Constituição Federal, especialmente no preâmbulo e depois no *caput* do artigo 5º. A “segurança” é gênero e dela decorrem várias espécies, onde a mais importante para a vida relacional das pessoas a “segurança jurídica”. Por meio deste princípio, aos tribunais de contas não é permitido, no exercício de seu trabalho de controle, a título exemplificativo, decidir com base em instrução técnica, fiscal e jurídica equivocada, o que o levaria a cometer um erro de cálculo, de identificação ou individualização errônea do responsável ou dos responsáveis, ou decidir com base em documentos falsos ou ineficazes. No caso de um ou mais desses vícios, poderá o provimento ser atacado e modificado por intermédio do Recurso de Revisão<sup>60</sup> ou, não anulado o ato, pelo próprio tribunal de contas, que se provoque o judiciário para intervir. A segurança jurídica também é vista nas normas processuais quanto à forma e ao modo da atividade dos tribunais de contas, pois ela possibilita o controle social, político e jurídico da aplicação do direito material.

### 2.5.2 *Dignidade da pessoa humana*

A visão humanística do Direito elevou a importância do princípio da dignidade para a manutenção da sociedade e para a realização do bem-estar do ser humano como seu componente. As normas jurídicas, como um todo, têm o cunho de efetuar a regulação sobre os fatos apresentados socialmente, e ocupa-se com a proteção à dignidade da pessoa humana.

Note-se que esta dignidade não é inerente às pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou de direito público. Afinal, as pessoas jurídicas, e o próprio Estado, têm origem na lei, numa ficção legal, uma criatividade do legislador para a consecução de objetivos maiores, inalcançáveis ao ser humano em sua individualidade. Assim, essa dignidade se relaciona com um estado de espírito, com um sentimento de ser alguém, de sentir que é importante no contexto social e comunitário. Envolve uma sensação de bem-estar, a certeza de que receberá tratamento adequado e condizente com a situação em que se enquadra, que não será ultrapassado em sua esfera juridicamente protegida e, se o for, que ocorrerá por quem tenha legitimidade para afetá-la, com respeito à ampla defesa, por decisão de uma autoridade

---

<sup>60</sup> Essas hipóteses de fundamento para o Recurso de Revisão se baseiam no artigo 34 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 12.160/1993) e no artigo 107 do Regimento Interno do mesmo Tribunal. Porém, a legislação atinente a cada Tribunal de Contas especifica as hipóteses para a interposição de Recurso de Revisão.

competente e previamente constituída, por motivo justo, com fundamento legal e pela aplicação de medidas ou sanções razoáveis e legais.

A dignidade envolve a proteção a qualquer direito de personalidade inerente ao ser humano, cujo rol não é exaustivo, dentre eles a vida, a segurança, a liberdade, a propriedade (seu patrimônio), o nome, a integridade física, a honra, a imagem, a voz, os direitos autorais etc. Ressalta-se o ensinamento de Ruy Cirne Lima acerca do princípio em comento:

Na concomitante afirmação dos direitos de personalidade e dos direitos de cidadão se funda, pois, o dualismo ‘indivíduo-Estado’ – base sobre a qual as Constituições Políticas lançam a trama das relações jurídicas constitucionais de diferentes países e diferentes momentos históricos, se dizem, não obstante a sua origem tópica ou duração efêmera, direitos individuais também. [...]. Essa dignidade é intangível e inviolável. O princípio da dignidade da pessoa humana tem como origem a concepção jusnaturalista da liberdade e dos direitos fundamentais. A idéia básica é a de que o Estado existe para proteger a liberdade e os direitos humanos, não para violá-los. A liberdade e a propriedade dos indivíduos podem ser limitadas apenas pelas exigências do bem comum, jamais pelo oportunismo político e pelas finalidades burocráticas do Estado. [...] Todo o poder do Estado está subordinado à realização desses objetivos de proteção à dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos fundamentais e do reconhecimento do valor justiça. Na realidade, os direitos fundamentais preexistem ao Estado, cabendo aos poderes estatais assegurá-los e respeitá-los.<sup>61</sup>

As normas processuais, por sua vez, que visam à realização desses direitos de forma concreta, têm por pano de fundo a proteção à dignidade da pessoa humana. Aquele que presidir monocraticamente um processo ou os membros de um órgão colegiado processante não pode esquecer que, apesar de ser fria a letra da lei e as páginas de um volume processual, vidas e pessoas humanas com suas dignidades estão por trás, e que as decisões e provimentos finais lhes afetarão de forma positiva ou negativa, com a possibilidade de algumas dessas ocorrerem de forma danosa. É na dignidade da pessoa humana que se estribam as normas de direito fundamental e princípios correlatos, como as de natureza processual, a exemplo do contraditório, da proibição de uso de provas ilícitas, do juiz natural e da individualização da penalidade cominada, bem como os princípios constitucionais da administração pública.

### 2.5.3 *Inviolabilidade da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade*

Dentre o rol de direitos e princípios alocados no ordenamento como fundamentais à inviolabilidade da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade, estão aqueles que atuam diretamente sobre a atividade do Estado enquanto aplicador das normas. Tal atividade, porém,

---

<sup>61</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 295-297.

necessita de organização, sistematização e definição dos procedimentos a serem seguidos, tudo no intuito de viabilizar de forma equânime a atuação estatal.

Os direitos mencionados pela sua inviolabilidade servem como limites da atividade fiscalizatória dos tribunais de contas e, ao mesmo tempo, como bem da vida a ser protegido pelo seu provimento final. A limitação trata do respeito que essa atividade deve ter sobre a vida, a liberdade e a propriedade (patrimônio) das pessoas envolvidas e titulares de direitos.

A liberdade do indivíduo, a ser protegida também na atividade processual, se manifesta de várias maneiras, dentre elas a de escolha e determinação política, de associação e de profissão. A propriedade, que tem reflexo sobre todo o patrimônio do indivíduo, não pode sofrer ingerências estatais indevidas, seja por processo judicial ou administrativo, pelo avanço sobre a esfera patrimonial do interessado sem o devido fundamento, proporcionalidade e razoabilidade. Em relação ao gênero segurança, aplicam-se os comentários feitos anteriormente.

#### *2.5.4 Princípio da anterioridade e da legalidade das sanções (artigo 5º, XXXIX) c/c Princípio da individualização da pena (sanção) – artigo 5º, XLV e XLVI*

No ordenamento jurídico brasileiro a penalização de uma pessoa somente pode ocorrer se as sanções estiverem previstas em lei antes do fato, assim como deve estar prevista e descrita anteriormente a conduta que originou a aplicação da pena. Não se pode aplicar penas ou sanções criadas depois da ocorrência do fato. Como os tribunais de contas podem, no julgamento das contas de gestão, cominar sanções de natureza pecuniária, estas têm de estar devidamente previstas em lei (princípio da reserva legal) antes da ocorrência do fato, conduta ou ação julgada.

Demais disso, o processo deve delimitar corretamente as responsabilidades pessoais para que não se apliquem penas ou sanções a quem não deu prejuízo ao erário. A individualização da pena ou sanção serve para assegurar ao gestor a certeza de que ele responderá apenas por sua conduta pessoal. Tal ação é intransferível, assim como a sanção a ele aplicada, e não podem responder pessoas que não participaram do ato fiscalizado. A sanção pecuniária também não passará da pessoa sancionada, apenas estendida aos sucessores após o falecimento do responsável, até os limites da herança.

O erro na individualização do responsável, a aplicação de sanção pecuniária a quem não deu causa ou não foi a figura principal do ato impugnado, ou a aplicação de sanções não previstas em lei, dá azo ao manuseio do Recurso de Revisão ou ao controle pelo Poder Judiciário para a desconstituição do Acórdão emitido pelo Tribunal de Contas. É por conta desses aspectos da atividade de controle, extraídos do direito penal e do direito processual penal, que se deve garantir ao gestor a plena legalidade e o mais amplo respeito possível aos seus direitos fundamentais e de personalidade. É também por estes aspectos penais que o processo de controle, nos tribunais de contas, se assemelham ao processo penal.

#### 2.5.5 *Devido processo legal (artigo 5º, LIV)*

O *due process of law* significa que toda atividade processual pública deve estar prevista em lei ou exercida de acordo com os princípios constitucionais ou legais imbutidos no ordenamento, com o fim de que seu desfecho atenda ao trâmite exigido como mínimo essencial a um provimento adequado e juridicamente aceitável.

Esse princípio engloba, portanto, todas as atividades processuais de natureza pública, ou seja, comandadas e utilizadas pelo Estado. Ele é *devido* em face do dever do Estado em prestar uma atividade condizente com a dignidade da pessoa humana e com a obrigação que tem de se abster de julgar sem analisar imparcialmente os fatos e ouvir os envolvidos. O *processo* se relaciona ao conjunto de atos procedimentais públicos com o fim de zelar pela aplicação do direito material, a começar pelos direitos fundamentais, e proteção ao interesse público. E é *legal* no sentido de que sua atividade deve estar prevista no ordenamento e buscar a emissão de um provimento final justo.

#### 2.5.6 *Contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV) c/c princípio recursal (artigo 5º, LV)*

Pilares do devido processo legal, esses princípios se relacionam com a oportunização aos interessados para exercer uma participação ativa e influenciar no conteúdo do processo. O *contraditório* é ato de quem preside o processo, por impulso oficial, ao entender e atender aos momentos que a lei determina ou em que se faz necessário informar e chamar o interessado para se pronunciar acerca de um procedimento tomado nos autos. Significar dar oportunidade ao interessado para contraditar o conteúdo de uma acusação ou de um pleito feito em seu desfavor. O contraditório tem conteúdo objetivo e subjetivo. O objetivo diz respeito ao momento em que deve ser observado, que é determinado pela lei. E o subjetivo relaciona-se a

quem a lei determina como incumbido de observar e dar o contraditório e daquele que deve ser o seu destinatário e beneficiário.

Odete Medauar chama a atenção de três desdobramentos relacionados ao princípio do contraditório: 1) o direito à informação geral, ou seja, de “obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo”; 2) a oitiva dos sujeitos ou a chamada audiência das partes; 3) a motivação das decisões e dos atos administrativos.<sup>62</sup>

A *ampla defesa*, por sua vez, consubstancia-se na participação do interessado em atendimento ao contraditório a ele proporcionado. Enquanto que o contraditório é um ato obrigatório, a ser cumprido pela pessoa que preside o processo, a ampla defesa é uma opção da pessoa beneficiada pelo contraditório, que poderá ou não exercê-la, consciente dos possíveis efeitos da sua não participação no processo.

No caso dos processos tramitados nos tribunais de contas, é a defesa ou justificativa, oriunda do gestor, que contesta ou impugna o relatório ou informação técnico-contábil que indica a presença de irregularidades nas contas, em desfavor do interessado. Essa defesa, apresentada por escrito, é inserida nos autos em face do protocolo feito dentro do prazo estabelecido no contraditório.

De acordo com a Constituição Federal, a ampla defesa envolve o uso dos “meios e recursos a ela inerentes”. Esses *meios* podem ser entendidos como todos os argumentos cabíveis, forma escrita ou oral de apresentação da defesa, meios processuais e tipos de prova admitidos em Direito, ainda que não previstos em lei. E os *recursos* se referem às espécies recursais previstas em lei.

O *princípio recursal* diz respeito ao direito ao duplo grau de jurisdição, isto é, a possibilidade de apresentação de uma nova defesa com novos argumentos, onde há a devolução da matéria para reapreciação. Essa revisão, por sua vez, será efetivamente exercida se feita por órgão diverso daquele que prolatou a decisão que se busca reformar, o que não ocorre nos tribunais de contas, posto que é o próprio órgão que julga o recurso, apesar da sua apreciação pelo Pleno. O direito de recorrer deve ser exercido pelo manuseio das espécies de recurso previstas na normatização de cada tribunal de contas, com a aplicação do princípio da tipicidade recursal.

---

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 110-117.



Nos tribunais de contas os recursos, além de devolver a matéria para ser reapreciada, têm, em geral, o efeito suspensivo da decisão, a exceção do Recurso de Revisão que não tem o condão de suspender os efeitos da decisão atacada. Exauridas as vias recursais (preclusão consumativa) ou se não exercida a oportunidade recursal dentro do prazo (preclusão temporal), torna-se administrativamente definitiva a decisão, e se encerra o dever do contraditório para quem preside o processo e o direito de ampla defesa do interessado. Passar-se-á, então, a tornar efetiva a decisão na vida social e na esfera jurídica, patrimonial e política do interessado.

Ainda sobre os recursos processuais nos tribunais de contas, deve-se ressaltar que, por objetivar um provimento final de natureza opinativa, no caso, um parecer prévio, não há previsão de espécie recursal nos processos de contas de governo.

### 2.5.7 *Vedação de provas ilícitas (artigo 5º, LVI)*

Este princípio impede que o provimento processual seja resultante de uma instrução que apresente vício originado do uso de provas essencialmente ilícitas ou obtidas por meios ilícitos.

No caso dos tribunais de contas, estas provas ilícitas tanto não podem ser usadas pelo interessado (como, exemplificadamente, Decretos, Leis e documentos falsos ou licitações forjadas), como não podem ser transformadas em ilícitas pelo próprio Tribunal, como ilustra o caso em que o Tribunal de Contas da União quebrou o sigilo bancário da pessoa do gestor em detrimento de uma prerrogativa destinada apenas ao judiciário, fato este rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal (em mais um exemplo em que o judiciário entrou no mérito do julgamento feito pelo Tribunal de Contas).<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. OPERAÇÕES FINANCEIRAS. SIGILO. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário. BRASIL. STF - MS 22801/DF -

### 2.5.8 *Princípio da motivação e fundamentação das decisões (artigo 93, IX)*

De acordo com o Estado de Direito Democrático, o princípio em comento evita decisões arbitrárias e ilegais em face da falta de motivação (não indicação de razões e fatos) ou diante da ausência de fundamentação (não especificação dos dispositivos legais que apoiam a decisão). Este princípio, no direito processual brasileiro, é um dever, uma obrigação inafastável de quem julga na condição de representante do Estado.

Decisões que não explicitam seus motivos e fundamentos são passíveis de combate por meio dos Embargos de Declaração, bem como se torna um erro formal e material do processo, o que possibilita a sua anulação pelo judiciário. A falta de motivação e fundamentação impossibilita o correto manuseio das espécies recursais, pois deixa o interessado sem saber o que vai atacar em face da ausência das razões que levaram os julgadores a decidir de determinada forma. Por via reflexa, viola a ampla defesa.

Assim, todos os acórdãos dos tribunais de contas devem ser apropriadamente motivados e fundamentados. Esse dever envolve desde a especificação de cada falha encontrada nas contas e, nas hipóteses de julgamento e cominação de sanções, o detalhamento de cada irregularidade e a sanção correspondente ao explicitar a dosimetria da multa ou do débito, além de explicitar os fundamentos legais e constitucionais.

Ultrapassado o exame dos princípios majoritários e de outros, relacionados ao direito processual e ao material, passa-se à análise dos princípios puramente administrativos que, embora tenham tal objetivo explicitado na Carta Federal, não deixam de possuir a característica da fundamentalidade, porquanto sirvam para a proteção da república e dos interesses individuais e coletivos.

### 2.5.9 *Princípio da legalidade (artigo 37 caput)*

A legalidade estrita, característica do direito administrativo, deve ser observada não apenas pelo gestor público, mas também pelo órgão que fiscaliza as suas ações. Não pode o tribunal de contas agir fora dos parâmetros legais e constitucionais em desrespeito a esfera jurídica individual da pessoa que teve suas contas fiscalizadas.

A instrução dos processos de fiscalização destes órgãos, inerentes ao mérito (aspectos intrínsecos), deve buscar a aplicação do ordenamento, e atender os mandamentos constitucionais e legais quanto ao orçamento, despesas, limites, percentuais mínimos e máximos, licitações, contratos, convênios, subvenções, arrecadação tributária, consórcios, análise de concursos, admissão de pessoal, atos de aposentadoria, padrões financeiros e contábeis, exigências legais para contratações específicas, dentre vários outros assuntos.

Os tribunais de contas não podem criar obrigações e deveres não previstos na legislação, nem exigir dos gestores a realização de ações que o legislador não previu. Demais disso, o principal aspecto a ser levado em consideração é a definição das sanções pecuniárias aplicadas. A dosimetria e os valores, não apenas das multas, mas também das imputações de débito, devem ser explicitadas e devidamente fundamentadas nas normas de regência, o que evitará a existência de nulidade visceral do julgado.

Em relação ao âmbito formal (aspectos extrínsecos), o apego ao princípio da legalidade obriga os tribunais de contas a observar os direitos fundamentais de natureza processual, exemplificadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Não se desperceba que a legalidade diz respeito ao fato de que a lei prevê e descreve a situação possível, além de dizer como deve o gestor público proceder. De modo reflexo, com base justamente nessa tipicidade legal, é que o órgão fiscalizador das contas fará um juízo sobre os atos fiscalizados, ou seja, pela subsunção das ações implementadas com o que manda a lei, é que se decidirá (nas prestações de contas de gestão) ou se recomendará (nas prestações de contas de governo) no sentido da aprovação ou desaprovação das contas.

Mas não é apenas nos atos administrativos de controle vinculados que a legalidade age, posto que a discricionariedade também é definida pela lei. Assim, tanto no ato vinculado, ou seja, totalmente descrito na lei, quanto no ato discricionário, em que a lei dá margem para uma liberdade de decisão do agente, deve-se atentar para o fato de que sempre preponderará a vontade legiferante. No dizer de Ruy Cirne Lima, “como decorrência da separação de poderes e do respeito aos direitos fundamentais, a Administração deverá submeter-se ao princípio da legalidade, que constitui a regra básica dos atos administrativos.”<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223.

O princípio da legalidade, de fato, protege a pessoa do gestor público, pois serve de parâmetro tanto para ele, ao dizer como deve agir, quanto para o julgamento das suas contas, porquanto gera uma segurança jurídica necessária para o desfecho da fiscalização.

Como complemento da análise da legalidade, deve-se ressaltar que esta não deve ser efetivada ao arrepio do *princípio da razoabilidade*, direito fundamental tipicamente principiológico, em face do mesmo não estar previsto diretamente no texto constitucional. Isto porque a razoabilidade se mostra extremamente importante, especialmente diante das ações e atos que a lei deixa margem à discricionariedade.

Sem a razoabilidade, que serve de especial balizamento para o caso da lei não descrever totalmente a conduta a ser tomada, tanto o gestor quanto o fiscalizador ficariam sem rumo ao implementar o ato ou ao fiscalizá-lo. A razoabilidade, qualidade daquilo que é razoável, norteia a aplicação do bom senso, e leva a fazer aquilo que é aceito no geral, do que é almejado pela sociedade, na certeza de se ter tomado o melhor caminho. Pela aplicação deste princípio, é possível deduzir se a ação tomada atingiu a finalidade e se não houve a malversação dos recursos públicos.

Este princípio se revela também importante na aplicação, pelos tribunais de contas, das sanções pecuniárias e nas recomendações realizadas. De fato, a razoabilidade precisa ser observada tanto na análise de se a ação fiscalizada se enquadrava dentro do contexto social, quanto no momento de decidir acerca da aprovação das contas e na aplicação das punições.

Sair do padrão legal e social vicia o provimento final dos tribunais de contas, o que pode ocasionar a violação a um direito fundamental, daí o cuidado que se deve tomar na instrução e no julgamento das contas.

#### 2.5.10 *Princípio da impessoalidade (artigo 37, caput)*

O sentido primeiro da impessoalidade é, do ponto de vista da administração pública, impedir que o administrador se autopromova e beneficie, a si ou a terceiros, com suas ações.<sup>65</sup>

Para os tribunais de contas, porém, esse princípio tem outro sentido: a inexistência de interesse no feito ou de ligação com a pessoa, cujas ações foram fiscalizadas, além da correta

---

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 570.

identificação e individualização do responsável pelas contas, bem como da não perseguição e aplicação indevida de sanções como forma de vingança ou por motivos pessoais.

É justamente nesse ponto que reside a imperativa identificação e individualização do gestor no processo administrativo: a aplicação das sanções. No caso dos tribunais de contas, a pessoa a ser identificada, qualificada e individualizada é o gestor ou a gestora pública responsável pelos atos fiscalizados. Sem essa identificação não será legal o processo nem exigível a decisão dele resultante.

Há diferença entre *identificar* e *individualizar*. Identificar envolve a qualificação jurídica do gestor (profissão, estado civil, nacionalidade, cargo exercido, período da gestão, ações fiscalizadas, domicílio, documentos de identificação etc.), pessoa ainda não responsabilizada por qualquer ilícito. Essa identificação evitará o erro processual de se imputar responsabilidade a quem não era gestor. Depois de identificar (igualizar) a pessoa como efetivo gestor, o próximo passo é individualizá-lo.

Na individualização, devem ser delimitados os efeitos do provimento e apontadas as pessoas responsáveis. Na hipótese de mais de uma pessoa ter participado das contas fiscalizadas, o ato do tribunal de contas deve especificar a ação de cada uma, os ilícitos individualmente cometidos e as condutas concorrentes, bem como a medida e a sanção aplicada a cada responsável. Envolve a efetiva responsabilização, ou seja, afirmar quem deverá responder pelo ilícito detectado, as razões, os fundamentos e as sanções aplicadas.

As duas ações devem ser realizadas no processo. A ação de identificar, no entanto, é mais afeita ao seu início, principalmente pela secretaria do tribunal, aos membros de uma eventual inspeção *in loco* e ao gabinete do relator, este último ao ordenar a emissão da informação ou relatório técnico inicial. Já a ação de individualizar e ver quem realmente praticou qualquer ilicitude detectada cabe a todos cuja participação processual poderá indicar a responsabilização, ou seja, aqueles que participam da instrução processual, desde o órgão técnico, membros do Ministério Público de Contas até o relator, a Câmara ou o Pleno. O ato conjunto de identificar e individualizar realiza o princípio da impessoalidade nos tribunais de contas.

### *2.5.11 Princípio da moralidade (artigo 37, caput)*

Para os tribunais de contas, a moralidade serve para que estes não promovam o locupletamento indevido dos cofres públicos, por exemplo, ao evitar a aplicação de sanções pecuniárias em valores além daqueles extremamente necessários para a compensação dos prejuízos ocasionados. Demais disso, deve-se evitar constantemente os desvios no exercício do poder.

Destaca-se a necessidade de declaração de impedimento ou suspeição por membros dos tribunais de contas que porventura tenham alguma ligação com a pessoa cujas contas foram fiscalizadas ou interesse no desfecho do processo de fiscalização e controle. Essa medida, além de realizar o princípio da moralidade, também reforça o princípio da impessoalidade.

### *2.5.12 Princípio da publicidade (artigos 37, caput, e 5º, LX)*

Todos os atos e procedimentos processuais são, em regra, públicos e acessíveis a todas as pessoas, sejam elas advogados ou não, tenham ou não procuração nos autos, ou mesmo pessoas comuns do povo, ainda que não estejam envolvidas nem participem do processo. Este acesso obriga a secretaria dos órgãos públicos e dos tribunais de contas a permitir vistas dos autos a qualquer pessoa, pois esta é uma exigência do interesse público e geral, relacionado com o teor do princípio republicano e ao exercício da cidadania. Sem o atendimento ao princípio da publicidade estará inobservado o controle sociopolítico pelo cidadão e desamparado o direito de defesa.

Apenas nas exceções expressas na legislação ou se o interesse social e a intimidade exigirem, é que será limitado o acesso ao processo. Essa limitação significa que apenas o interessado e/ou seu advogado terão acesso aos autos. Mas tal fato deve ser verificado, dado o cunho altamente publicístico dos temas processados nos tribunais de contas, de forma extremamente excepcional, a exemplo de determinado candidato a cargo público que possuía um processo no tribunal de contas competente, ainda não julgado. Com base no princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF), o interessado solicitou que esse processo tramitasse em segredo (supressão excepcional da publicidade) com o fim de que não fosse utilizado contra ele por seus adversários, o que acabaria por influenciar o pleito.

Essa publicidade, a ser observada pelos tribunais de contas, envolve dar amplo conhecimento, por meio de publicações oficiais, ofícios, cartas e intimações direcionadas às

peessoas responsáveis pelas contas, de todos os seus atos processuais e de fiscalização, documentos, relatórios, informações, fatos originais e supervenientes do processo, que viabilizem o contraditório e a ampla defesa. Tais publicações ou intimações, pessoais ou editalícias, devem especificar o número e o tipo do processo, o nome do gestor e da sua unidade gestora, prazos concedidos, atos a serem praticados pelo intimado e números de documentos e relatórios constantes dos autos.<sup>66</sup>

Deve ser registrada uma ilegalidade comumente praticada pelos tribunais de contas. Embora não haja a exigência da capacidade postulatória nos processos administrativos tramitados nos tribunais de contas, muitos gestores optam por fazerem-se representar por advogado. O que ocorre, nesse caso, é que os advogados não são intimados nem notificados, pois as intimações e notificações são direcionadas apenas aos gestores. Na hipótese dos gestores não serem localizados, ainda assim não há o envio de correspondências aos representantes legalmente constituídos. O chamamento, por sua vez, ocorre por meio da publicação de editais nos diários oficiais respectivos, mas cujo texto não menciona o nome dos advogados. O correto seria que os representantes fossem comunicados por meio de correspondências regulares. Não raro ocorre, por exemplo, que advogados deixam de fazer sustentações orais em plenário, um claro instrumento da ampla defesa, pelo fato de que a entrada do processo na pauta é comunicada apenas via diário oficial, num claro cerceamento de defesa por uma publicidade meramente presumida.

Outra ilegalidade é a não permissão para que advogados, mesmo habilitados no processo, retirem os autos da secretaria pelos prazos legais. Essa determinação viola sobremaneira a ordem contida no artigo 7º, inciso XV, da Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia). Diz o dispositivo que é direito do advogado ter vista dos processos administrativos fora da secretaria pelo prazo legal.<sup>67</sup>

### 2.5.13 *Princípio da eficiência (artigo 37, caput)*

A eficiência, princípio administrativo mais recentemente inserido no texto constitucional, possui dupla atuação: serve de preceito norteador, mas também como meta a ser alcançada pelos órgãos públicos.

---

<sup>66</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas**: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 90.

<sup>67</sup> **Lei Federal nº 8.906/1994, artigo 7º, inciso XV**: “Art. 7º. São direitos do advogado: [...] XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.”

Por este princípio, devem os tribunais de contas buscar resultados positivos como o satisfatório atendimento de suas funções e objetivos. Essa meta, no entanto, não pode ser apenas quantitativa, mas principalmente qualitativa. A eficiência não pode se sobrepor à legalidade e à fundamentalidade dos direitos do indivíduo, sob pena de inexistência e nulidade do provimento final.<sup>68</sup>

## 2.6 O princípio republicano e os tribunais de contas

O princípio republicano é o fundamento da atividade dos tribunais de contas. A proteção à coisa pública, consubstanciada na soma do patrimônio, recebimento e aplicação de recursos, realização e execução de contratos, concessão de subsídios e renúncia de receitas, observados sob o prisma da legalidade e da eficiência, é o objetivo final destes órgãos especiais de controle. Saber que terá posteriormente de prestar contas e que pode ser sancionado na hipótese de não observar e atender às determinações legais deveria servir como condicionante ao administrador público para almejar sempre o interesse da coletividade. No caso aqui tratado, a atividade de controle posterior pelos tribunais de contas, que serve como instrumento de combate aos desvios e à corrupção, busca a realização do interesse público e a proteção da coisa pública, e serve de estímulo para que os gestores também busquem e alcancem do mesmo escopo.

Dentro da estrutura do Estado, todo órgão possui suas funções, as razões para as quais existe e foi criado, bem com seu pressuposto ou fundamento. Antes de entender a natureza jurídica dos tribunais de contas na atual ordem constitucional, merece abordagem preliminar, então, o seu pressuposto ou fundamento, qual seja, o princípio republicano. Designado como República Federativa, o Brasil rege-se pela proteção à coisa pública.

A ideia de coisa pública e a necessidade de seu resguardo e proteção vêm do fato de que o exercício do poder por delegação torna os representantes responsáveis pela guarda do interesse coletivo. Acerca do “princípio republicano”, lembra-se que a República (*res publica*) cuida de preservar a coisa do povo, aquilo que é inerente a uma boa condição coletiva de vida social, política e jurídica. Esta é a essência do princípio republicano.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83-84.

<sup>69</sup> “O Republicanismo não significa somente o triunfo sobre uma forma tradicional de organização política, a Monarquia, mas representa um profundo significado social. Sua dimensão moral, as virtudes civis, remodela as relações sociais, firmando-as sob o parâmetro da liberdade, da igualdade, do autogoverno e do respeito à *res publica*. De maneira concisa, pode-se dizer que é um modelo de estruturação política da sociedade que permite



Dentre todos os princípios constitucionais, o mais importante para o entendimento da função dos tribunais de contas é a noção de república que, por sua vez, se baseia em três elementos: a periodicidade, a transparência e a responsabilidade.<sup>70</sup>

A periodicidade diz respeito à escolha periódica de seus governantes por parte do detentor e titular do poder, no caso, o povo. A periodicidade é um fator importante para o afastamento do totalitarismo, possibilita a evolução do Estado, a renovação da maneira de governar e o asseguramento do Estado democrático. A periodicidade atende ao princípio da impessoalidade. Quanto à transparência, esta trata do conhecimento, por parte de todos, dos atos de governo (planejamento e orçamento) e de gestão (realização de despesas e destinação prática dos recursos públicos), com o acesso a documentos e arquivos, corolário do controle social. A transparência está naturalmente ligada ao princípio da publicidade. No que diz a responsabilidade, a mesma refere-se ao fato de que ao governante cabe estar ciente e consciente de que não lida com assuntos particulares, mas que manuseia e gere o interesse coletivo, o que o torna responsável pelos bens, recursos e patrimônio públicos. Essa responsabilidade possibilita que o gestor seja punido por eventual malversação e desvios no exercício do poder. Corresponde ao princípio da moralidade.

Dentro da sistemática republicana, o trabalho dos tribunais de contas possui relevância quanto à periodicidade, porquanto sua atividade pode ter influência direta sobre a elegibilidade. Isto porque, de acordo com a legislação eleitoral, decisões dos tribunais de contas que desaprovem contas de gestão ocasionam a inelegibilidade do gestor. Nota-se, portanto, que, apesar de não exercer controle direto sobre as eleições, cuja competência

---

aos seus cidadãos, com plena liberdade, desenvolver as suas vidas com finalidade de obter o maior nível possível de satisfação de suas necessidades. [...] Uma condição imperiosa para construção de uma sociedade estruturada sobre valores republicanos é a necessidade de que a atuação política dos cidadãos seja virtuosa, pautada no escopo da obtenção do bem comum ao invés de almejar a realização de interesses privados. [...] Os interesses privados são considerados como apêndice da esfera pública, existindo em razão de seu funcionamento. Os valores individuais [...], exigem para sua concretização comunhão com os interesses coletivos, [...]. Os ideais republicanos são frontalmente contrários a qualquer tipo de tirania em que haja a sujeição de um cidadão à vontade arbitrária de outro. [...] dessa característica deflui outra, não menos importante, a vedação de qualquer tipo de interferência indevida nas relações sociais, que sujeita uma pessoa a outra por meio de uma coação arbitrária. [...] A dominação pode ser definida como a sujeição de um indivíduo à vontade de outrem, sem amparo em dispositivo legal. Indica a condição de um indivíduo que depende da vontade arbitrária de outro ou de alguma instituição que possa oprimi-lo impunemente. [...] A interferência arbitrária ocorre quando um cidadão é colocado sob a dependência de outrem. É impedimento a uma ação, obstáculo à concretização da autodeterminação. [...] Não se configura interferência arbitrária quando há mitigação na conduta ou ação com arrimo em parâmetros legais porque as normas são instrumento da democracia para estruturar a sociedade consonante os interesses coletivos” AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-21.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 321.

pertence ao Poder Judiciário, a atividade dos Órgãos de Contas contribui indiretamente para a efetivação da periodicidade republicana.

Por último, a transparência e a responsabilidade passam, inexoravelmente, pela atuação dos tribunais de contas, que exercem sua jurisdição nos limites da fiscalização acerca dos atos de governo e de gestão quanto à publicidade e transparência e à moralidade e responsabilidade. Digno de nota, por conseguinte, é o fato de como o princípio republicano está intimamente relacionado à atividade dos tribunais de contas, pois seus três elementos essenciais se encontram no trabalho desses órgãos: a periodicidade de forma indireta e, de forma direta, a transparência e a responsabilidade.

Acerca da transparência, esta deve ser observada tanto nos atos fiscalizados quanto nos atos de quem fiscaliza. Não é admissível que o tribunal de contas, que exige transparência do gestor, venha a tomar ações secretas ou a expedir provimento com fundamento e motivação às escuras, sob pena de anulação pelo Poder Judiciário. Sobre a transparência, Norberto Bobbio, em versão de sua obra traduzida para o espanhol, chama a atenção para o fato de que o segredo encanta e serve à manutenção iníqua do poder:

*No sé si existe una obra dedicada a la técnica del poder secreto. Estoy obligado a ceñirme a una somera indicación. Son inherentes a la acción política, tanto la que corresponde al poder dominante como a la del contrapoder, dos técnicas específicas que se complementan entre sí: sustraerse a la vista del público en el momento en el que se realizan deliberaciones de interés político, y ponerse la máscara cuando se está obligado a presentarse en público. Em los Estados autocráticos la sede de las decisiones más importantes es el gabinete secreto, la estancia oculta, el consejo secreto. Es como decir que en las relaciones humanas, sea entre los individuos, sea entre los Estados, el mantener en el misterio un propósito y el tenerlo guardado en cuanto no se puede declarar en público, es de suyo la prueba de fuego de su inmortalidad.*

*Entre las promesas incumplidas de la democracia, de las que hablé en un escrito de hace algunos años, la más grave y tremenda y, por lo que parece, la más irremediable es precisamente la de la transparencia del poder. Creo que los ejemplos sobran. Tanto más cuanto no faltan escritos sobre los arcana dominationis de nuestra democracia, a los que corresponden los arcana seditionis. [...]. La resistencia y la persistencia del poder invisible son tanto más fuertes, incluso en los Estados democráticos, cuanto más se tienen en consideración las relaciones internacionales. [...] Los motivos de esta desaparición de la transparencia democrática incluso en los Estados democráticos y sobre todo, repito, en las relaciones internacionales no son difíciles de descubrir. [...]. En términos generales, se puede decir que el secreto es admisible cuando garantiza un interés protegido por la Constitución sin afectar otros intereses igualmente garantizados (o por lo menos es necesario hacer una comparación de los intereses). Naturalmente, lo que vale en los asuntos públicos de un régimen democrático, en los que la publicidad es la regla y el secreto la excepción, no vale en los asuntos privados, o sea, cuando está en juego un interés privado. Antes bien, en las relaciones privadas es válido exactamente lo contrario: el secreto es la regla, contra la intromisión de lo público en lo privado, y la publicidad es la excepción. Precisamente porque la democracia presupone la máxima libertad de las personas individualmente consideradas, éstas deben ser protegidas, en su esfera y precisamente porque la*

*propia democracia es el régimen que prevé el máximo control de los poderes públicos por parte de los individuos, este control es posible sólo si dichos poderes actúan con la mayor transparencia.*<sup>71</sup>

Dos tribunais de contas, de modo geral, se espera o trabalho de controlar as ações administrativas relacionadas à aplicação e guarda do patrimônio e dos recursos públicos, e a responsabilização dentro do que determina a Constituição e a lei, pela aprovação ou desaprovação das contas, além de serem aplicadas as punições previamente estabelecidas no caso das contas de gestão.

De fato, os órgãos de contas são de fundamental importância para o equilíbrio social e para a limitação da atividade estatal na medida em que controla as ações governamentais e de gestão tomadas pelos que gerem a coisa pública. A realização do interesse público e de sua supremacia sobre os assuntos particulares passa, inexoravelmente, pelo crivo dos tribunais de contas, que realizam o princípio republicano.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoría general de la política**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 435-439, 442-444, 447.

<sup>72</sup> “O Tribunal de Contas como mister a verificação técnica dos dispêndios e investimentos da Administração Pública. Exemplo de exaltação de saudável tecnicidade objetiva da atuação estatal, o controle exercido pelo Tribunal de Contas deve ser acolhido como meio operacional voltado a afastar a análise subjetiva dos atos administrativos – muitas vezes rotulada como ofensiva ao *mérito do Executivo*. [...] Para Carlos Ayres Brito, tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Isso porque, mediante a análise de sua doutrina, numa república impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim ocorre com o prisma de decisão como pelo prisma de gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a *res publica* e os que gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional. É essa responsabilidade jurídica pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República como forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. E, participando desse aparato como *peça-chave*, os tribunais de contas se assumem como órgãos de impeditivos do desgoverno e da *desadministração*. Possui atribuições que o caracteriza como ente controlador da administração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deste modo, em que pese seu vínculo ao Poder Legislativo, não se observa qualquer hierarquia na relação com essa função do Estado, em virtude da natureza de fiscalização imparcial de suas atividades. [...] Nesse ditame, embasado nos arts. 70,71 e ss. Da CF de 1988, a Administração Pública não pode se eximir do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas. [...]. O Tribunal de Contas é órgão atento ao erário. Trata-se de ente criado com específico objetivo e aparato técnico voltado ao questionamento dos gastos. É dessa forma que sua atuação deve ser exercitada, no questionamento, na busca da correção das contas públicas, na verificação constante dos valores que entram e saem dos cofres da Administração. Sua performance é crucial para manutenção da estabilidade do Estado. Sem o selo de regularidade concedido pelo Tribunal de Contas, o cenário econômico do País tornar-se-ia instável o suficiente para inviabilizar as relações obrigacionais essenciais para manutenção de um Estado Democrático de Direito. O Tribunal de Contas, então é órgão republicano partícipe do Estado voltado ao desenvolvimento humano, comprometido com o bem do cidadão e dedicado ao zelo da sociedade. [...]. Os valores que conformam, justificam e se apresentam como incubadoras das expressões normativas positivistas de igual forma são passíveis de verificação de regularidade de sua aplicação pela Administração, quando do exercício do controle pelo Judiciário. O princípio da legalidade está, então, determinando que não apenas a administração pública atue conforme a expressão legal, mas sim, em especial, conforme os valores de direito, fundamento e alicerce da ordem jurídica nacional. No entanto, quando do trato do *ato administrativo regulatório*, crê ainda a administração – principalmente, as agências reguladoras *independentes* – de forma totalmente disforme aos

### 2.6.1 *A prática política e o princípio republicano*

O discurso da ética como essencial à política não raro é apresentado, e ainda assim é difícil a sua prática por quem exerce o poder na representação do povo. Não se pode, todavia, desperceber que a ideia da coisa pública e da necessidade de seu resguardo e proteção vem do fato de que o exercício do poder por delegação torna os representantes responsáveis pela guarda do interesse coletivo. Esta é a essência do princípio republicano. A ideia de república é oriunda da *politeia* de Aristóteles. Prefere-se dizer, no entanto, que a ideia de política e república tem conceituação distinta, mas a essência da primeira é parte da segunda; o contrário, porém, nem sempre é verdadeiro. O que se quer dizer é que, ao se ter a real consciência do sentido de república, é possível fazer uma boa política. Mas nem sempre quem faz política está preocupado com a coisa pública.

Por meio da participação política, oriunda do grego *polis*, que significa o governo das cidades, no uso do sufrágio, determina-se a escolha dos representantes do povo que, por sua vez, no exercício de suas designações, idealizam e executam a construção, organização, estrutura, objetivos, programas, crescimento e melhorias das cidades, consideradas pequenos grupos que compõem o Estado. Cidade aqui tem significado muito mais amplo e abrangente do que a simples noção de ruas e praças. Diz respeito à vontade do povo, às necessidades conjunturais da nação, investimentos, controle e crescimento econômico, geração de emprego e renda, segurança, educação, cultura, saúde, entretenimento, áreas de lazer e meio ambiente.

Realizados estes programas, todos eles se tornam, desde os meios para o seu alcance, bem como o resultado em si dessas ações, como patrimônio público, ou seja, coisa pública. Assim, o dinheiro e a publicidade acerca de uma obra para construção de um hospital, uma

---

valores constitucionalmente protegidos, que sua atuação possui uma dupla blindagem em face do controle judicial. Isso, pois, acredita que o Judiciário não possui capacidade técnica, tal como ela própria – *máquina sofisticada* que é – para questionar os critérios ou rumos escolhidos pelo executivo. [...] Como visto, nada mais falacioso do que tal raciocínio apresentado. O Judiciário possui prerrogativas (sem que para tanto ofenda o princípio da tripartição dos poderes, pois é o operador da prestação da tutela jurisdicional do Estado) e ferramentas plenamente hábeis para o questionamento de qualquer questão técnica que esteja sob a responsabilidade da Administração Pública – pois esta é a legal função dos peritos judiciais indicados quando necessários. [...] O Judiciário precisa firmar o seu papel na sociedade que protege, impondo o seu poder/dever de coibir atos que atentem ao direito, tendo em vista que este detém a prerrogativa da aplicabilidade coativa da lei aos litigantes, assumindo sua posição como órgão controlador das atividades normativas do Executivo e como peça central da manutenção da estabilidade social do Estado nacional”. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 93-95, 99, 111-117.

escola, ou de qualquer outro bem público, não podem ser desviados em benefício do gestor e de terceiros, nem servir para a sua promoção pessoal.

Um político em sentido estrito, que pode ser o chefe do executivo ou um parlamentar, bem como os agentes políticos, um ministro, um secretário, um conselheiro ou ministro de um tribunal de contas, um procurador, um magistrado, alguém que manuseie a coisa pública, no decurso do processo de fazimento da política, não pode fazer uso da coisa pública para se beneficiar. Exemplificadamente, não pode fazer uso de passagens ou verba de gabinete para si ou para sua família, não pode privatizar empresas estatais e receber propina, não pode dispensar ou inexigir indevidamente procedimento licitatório para beneficiar determinada empresa e daí dividir os lucros, não pode firmar parceria com organizações sociais sem a prévia licitação, não pode comprar votos para aprovar emendas constitucionais ou reformas legislativas, não pode viajar com cota de passagem ou verba de gabinete de um parlamentar, nem pode vender emendas no orçamento, bem como não pode desviar dinheiro da merenda escolar.

Mas se o político ou o agente político fizer uso de seu mandato ou da confiança que lhe foi depositada para fins lícitos, e aplicar os recursos públicos de acordo com a lei, poderá ser taxado de republicano, pois suas ações visaram apenas à correta aplicação e à proteção da coisa pública. É preciso diferenciar a cidade (o Estado) do patrimônio pessoal. O primeiro está ligado ao trabalho político, e o segundo está atrelado à república. Ambas, política e república, devem ser executadas pelos políticos e agentes políticos. O problema reside quando estes personagens lembram apenas de fazer política, e se esquecem, no entanto, do seu dever republicano, e aí fazem uso da política para se beneficiar. Daí parecer que a noção de república é muito mais nobre que a de política, pois esta última é passível de manobras iníquas e egoístas, não raro usada como meio de corrupção, locupletamento indevido e promoção pessoal. Já a república insere no indivíduo o sentimento de realização do interesse da coletividade, pois é o antídoto para o individualismo e para o desejo egoísta.

Para proteger a coisa pública e, conseqüentemente, a realização do interesse coletivo, é que o Direito criou mecanismos específicos para combater a malversação do patrimônio e dos recursos públicos, e dar proteção à república. Aqui entra a exposição feita acima, qual seja, de que a república é ideal muito mais nobre que a política, porquanto esta última muitas vezes seja utilizada para forjar o interesse próprio em interesse público. Outro importante fator a ser frisado é que a política é aberta, pois comporta todas as ideias e filosofias, regimes e veias de pensamento, ou mesmo lhe pode faltar idealismo, o que leva o político a atuar de acordo com suas

conveniências. A república, por sua vez, é fechada, não comporta modificações em seu sentido. Ou a pessoa é republicana e preocupada com a coisa pública, ou não. Inexiste meio-termo.

Ao se conceder a uma pessoa a função de administrar a coisa pública, cria-se uma relação de confiança entre o povo e o seu administrador. Essa legitimidade é transmitida pelo titular real do poder, o povo, aos seus escolhidos, na medida em que delega a função administrativa aos seus pares. Todavia, as tentações para praticar ilicitudes, mesmo naquelas que envolvem a nobre função de administrar a coisa pública, acompanham a vida e a história humana, cujas sociedades constantemente apresentam desvios éticos e tendência à corrupção.

Não haverá bom governo, ainda que democrático, sem que este seja republicano, pois não se pode pensar apenas no indivíduo e em seus desejos sem que se proteja o espaço público. Para que os representantes do povo não façam uso indevido do interesse e do patrimônio público em seu próprio benefício ou de particulares, é imprescindível a educação para a cidadania, para a república e para a ética na política. Sem ética, o político, ainda que legitimamente eleito, não fará bom uso do poder a ele delegado em benefício da sociedade. De nada adiantarão eleições democráticas sem essa ética e sem o controle e acompanhamento, pelo povo e pelas instituições constituídas, das ações de governo. A política, portanto, deve servir ao povo e não aos interesses individuais ou de grupos particulares.

## **2.7 O princípio democrático: transparência e liberdade sob a ótica constitucional**

A liberdade individual, essência do ideal democrático, se implementada sem controle e responsabilidade, pode levar à corrupção do estado republicano. Isso faz lembrar as palavras de George Orwell:

Durante duzentos anos serramos, serramos e serramos o galho sobre o qual estávamos sentados. E no final, muito mais depressa do que alguém jamais previra, nossos esforços foram recompensados e despencamos. Mas, infelizmente, houve um pequeno engano. O que nos aguardava lá embaixo não era, no final das contas, um canteiro de rosas, mas uma fossa sanitária entulhada de arame farpado.<sup>73</sup>

Notou-se que, por ser o regime da liberdade e do exercício de interesses individuais, não pode a democracia viabilizar a permissividade. Terem os indivíduos o direito de participação não significa o desprezo para com o interesse público. Não se pode admitir dos representantes

---

<sup>73</sup> ORWELL, George. Notes on the way em Collect Essays, **Journalism and Letters**. Penguin, 1971. v. II. p. 30 *apud* MOSS, Robert. **O colapso da democracia**. Tradução de Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nórdica, 1977, p. 38.

do povo desvios no exercício do poder pela usurpação da coisa pública em benefício do interesse individual. Especialmente a partir da democracia representativa, é que se nota tal possibilidade de desvios. Também é a partir dela que recebe maior destaque a tensão entre o interesse público e o interesse privado, amadurecida por séculos de exercício do poder estatal. É neste ponto que se nota a necessidade de contrabalançar a democracia com o princípio republicano. Apesar de criada e exercida desde Roma, a república ganha importância com a democracia representativa como forma de evitar desvios no exercício do poder pelos representantes do povo.

Enquanto a democracia é regime simpático, por buscar a liberdade, a igualdade, a garantia de direitos, a transparência e a participação popular, seu elemento moderno, a representatividade, exigiu ainda mais uma consciência republicana. Apesar de ser mais dirigido aos seus representantes, a noção de república é também exigida dos indivíduos, assim como o foi nos primórdios do Estado. Enquanto a democracia impulsiona os direitos, a república freia o exercício deles com o escopo de proteger o bem público.

Essa tensão existente entre o espaço público, cuja importância é contida na noção de república, e a esfera individual, contida na democracia, é que deve ser corretamente contrabalançada pelos governados e pelos governantes, e pelo centro resultante – o Estado, cuja função continua basicamente a mesma, qual seja, organizar o povo num determinado território, proteger o interesse público e respeitar o privado.

Jean-Jacques Rousseau, ao analisar a tensão entre democracia e república, assinalou que “não é bom que execute as leis quem as faz, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos objetivos gerais para pôr em objetos particulares. A coisa mais perigosa que há é a influência dos interesses privados nos negócios públicos [...]”.<sup>74</sup>

A preocupação com a mistura entre a esfera individual e a pública não tinha razão de existir na democracia ateniense, haja vista que o próprio povo decidia os assuntos relevantes da *pólis*. Mas essa possibilidade de desvio da esfera pública em prol de si mesmo ou de pessoas de seu interesse passou a ter pertinência e relevância a partir do momento em que a representatividade entrou na democracia. Com isso, a democracia passou a ter a necessidade de incorporar a noção de separação da esfera individual da pública, além de ser protegida como algo inatingível.

---

<sup>74</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 71.

É bem verdade que a república teve seu início em Roma, onde são inúmeros os ensinamentos no sentido de separar o Estado da religião e o Estado da esfera individual, especialmente da pessoa de quem governa. Tanto que aos romanos é dado o mérito do desenvolvimento do Direito Privado ao posicioná-lo claramente em contrapartida com o Direito Público ou estatal. Ao frisar o perigo da influência dos interesses privados nos negócios públicos, Rousseau indica justamente o malefício do mau uso da liberdade do governo democrático, seja pelo governante ou pelo governado, em prol da esfera individual.

Com a democracia moderna, a aplicação do princípio republicano se mostrou ainda mais necessária. A nova feição dada à democracia, notadamente pela inserção da representação, pelas mudanças territoriais e inchaço burocrático do Estado, e o surgimento do voto clientelar, tornaram ainda mais pertinente a noção de república. O voto clientelar, caracterizado pelo voto de favor, pelo qual o eleitor não está nenhum pouco preocupado com o interesse público, e entrega a qualquer um o exercício do poder desde que este lhe satisfaça uma necessidade puramente individual, ilustra bem o lado negativo da democracia moderna. A soma do voto clientelar a outro fator que deve ser levado em conta – o financiamento privado de campanha, leva ainda mais à despreocupação com o interesse público. Pelo financiamento privado de campanha, o financiador faz um verdadeiro toma lá, dá cá, de modo que financiar a campanha de um político representante tornou-se um investimento em que o retorno advirá com o dinheiro público.

A solução para estes males da democracia moderna está em entender que a democracia, apesar de suas virtudes e pureza de ideal, não está imune às más influências e aos desvios do exercício do poder, e deve procurar temperar seus pilares, hoje ainda mais fundados nos direitos humanos e nos desejos, com a noção de intocabilidade da coisa pública. Especialmente pelo fato da participação popular, na democracia moderna, ocorrer principalmente através de intermediários, o que permite aos políticos, na condição de representantes e procuradores do povo, desviar-se do correto exercício do poder, é que se mostra importantíssimo temperar o princípio democrático com o espírito republicano. “O inimigo da república é o uso privado da coisa pública. É sua apropriação como se fosse propriedade pessoal”.<sup>75</sup>

A república, que significa *coisa pública*, é essencialmente mais nobre do que a prática política, porquanto na primeira esteja a noção exata do interesse coletivo, o que debela o

---

<sup>75</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 36.



interesse particular escuso. Se um político é efetivamente republicano, ter-se-á a real representatividade dos interesses do povo. Mas quando um político, ou a grande maioria deles, faz uso da função delegada pelo povo para governar sem a exata noção de república, será verificada a corrupção, pois se verá o uso dos recursos públicos para a realização de seus interesses particulares, o que envolve benefícios a parentes, amigos e financiadores. Dessa ausência de homens realmente republicanos, dotados de consciência para com o interesse coletivo, constata-se o fomento da cultura de desvios dentro do regime democrático. A falta dessa consciência e que eles, os que receberam do povo o poder para governar, devem servir de exemplo para todos, fomenta a manutenção de uma sociedade tendente ao ilícito, e estimula essa classe política a fazer uso desse quadro para beneficiar a si e aos seus.

Dois são os inimigos da república: o patrimonialismo e a corrupção. Pelo primeiro, há a apropriação privada da coisa pública por políticos ou por quem tenha poder. Nele o representante entende o Estado como sua empresa, como bem e patrimônio pessoal. Em relação à corrupção, a mesma não se resume à ideia de retirada de dinheiro público em benefício próprio ou de outras pessoas. Envolve a inanição do Estado e dos serviços públicos de qualidade, o que leva ao atraso do povo e à não realização das funções básicas do Estado que envolvem a oferta de educação, saúde e segurança pública. Além disso, a falta de respeito à república reflete na corrupção praticada nos governados, vista pelo mau uso dos bens públicos e pelo manuseio indevido do sufrágio.

A república se caracteriza mais do que um formato dado ao governo. Seu objetivo é reforçar o sentido da democracia e inculcar o espírito de proteção à coisa pública, e estabelecer a responsabilidade pelo uso, gerenciamento e manuseio dos assuntos de natureza pública.<sup>76</sup> Ela assegura a participação do povo e faz com que o governante seja por ele eleito, além de colocar a participação popular como de domínio público, em oposição, portanto, à monarquia e à aristocracia.<sup>77</sup>

A principal característica da república é a responsabilidade. Inicialmente, esta foi entendida apenas como de natureza política. Porém, com a chegada do capitalismo e o

---

<sup>76</sup> Embora a costumeira oposição colocada entre monarquia e república, nada impede que mesmo um governo monárquico seja republicano, do mesmo modo que nada impede que governos que se dizem democráticos, ou que o sejam efetivamente, nada tenham de republicano. Isto porque, mais do que um sistema de proteção a participação popular e de responsabilização pelo gerenciamento da coisa pública, a república é um estado de espírito. Ter um país a república no nome não significa que seja realmente republicano e que seus governantes respeitem o bem público. RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 13.

<sup>77</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 227-229.

aumento da ganância, que hoje põem em risco o bem público, a responsabilidade republicana é também financeira, orçamentária e patrimonial, já que esta afeta tanto o governante e os servidores públicos quanto o particular contratado ou que mantém negócios com o Estado.

A democracia moderna veio, com base nos direitos humanos, como meio de combater o absolutismo e assegurar o Estado de Direito. Mas a república surge para frear os desejos desmedidos, com base em direitos declarados contra o Estado, e responsabilizar aqueles que extrapolam o exercício dessas prerrogativas. Sem república não há democracia válida, efetiva e eficaz, e sem democracia não é possível existir república. Uma está imbricada na outra. Afinal, o direito individual não pode viver sem o bem público, e o bem público não pode prescindir do bem-estar dos indivíduos.

Dentre os mecanismos criados pelo Direito para proteger a república estão os órgãos designados como tribunais públicos de contas, que também podem ser chamados de tribunais públicos de prestações de contas ou, simplesmente, tribunais de contas. O entendimento acerca de seu funcionamento passa pelo sentido dos vocábulos “público”, “prestação” e “contas”. No que diz respeito à palavra *público*, tem-se nela não apenas o sentido da publicidade, mas de que aos tribunais de contas cabe proteger a coisa pública ante o princípio republicano. Além disso, sua atuação e seus julgamentos são públicos, e seu trabalho é aberto ao público, o que permite a qualquer pessoa dar notícia de irregularidades ao tribunal. Já o vocábulo *prestação* dá o sentido de responsabilidade e responsabilização, pois tais órgãos são autorizados pela ordem constitucional para analisar, opinar e julgar as contas dos representantes do povo. Não se pode falar em contas sem se falar de prestação, que significa um dever, uma obrigação, uma bilateralidade assumida em face de outrem. No caso das contas públicas, essa prestação é devida à sociedade, essencialmente satisfativa. Cabe a quem geriu a coisa pública, portanto, o dever de dar satisfação à coletividade. E a palavra *contas* indica justamente o objeto de cognição desses órgãos. Sua colocação no plural não é sem propósito, pois há precipuamente dois tipos de contas: as de governo e as de gestão. As primeiras envolvem o planejamento e o orçamento, bem como o atendimento a eles. E as segundas dizem respeito aos gastos em si, a aplicação do dinheiro público, sua legalidade, procedimento, finalidade e resultado.

A conclusão a que se pode chegar é a de que a república não pode viver sem a democracia, e nem a democracia pode existir a contento sem a república. As duas devem se imbricar para a proteção do interesse público. De todos os órgãos do Estado e das três funções

do poder, espera-se tanto o respeito àquilo que é público quanto aos interesses e direitos individuais. É o sentido do registro de Luis Roberto Barroso:

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar: *a) redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado*. Em relação a esse tema, comentado em mais detalhes *supra*, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário*, isto é, interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se como interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. [...] *c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo*. O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não no seu mérito (motivo e objeto) aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).<sup>78</sup>

De nada adiantaria, para o Estado e para a sociedade, que se protegesse a república, mas que se tivessem cidadãos de fachada, infelizes e desprovidos de mecanismos de defesa de seus direitos. Do mesmo modo, de nada adiantaria ter-se uma democracia plena, participativa, sem que se respeitasse o interesse coletivo. Nas duas situações ter-se-ia a hipocrisia, mas na segunda, adicionalmente, seria estabelecida a anarquia.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374-376.

<sup>79</sup> No dizer de Arnaldo Vasconcelos, o poder, para ser legítimo, tem de estar equidistante entre dois pólos: do **anarquismo**, que advém do individualismo exacerbado, e do **despotismo**, onde figura o poder ilimitado, a lei de um só para todos. Sobre a anarquia ensina: “O poder legítimo se situa entre dois pólos equidistantes, a anarquia e o despotismo, que representam, antes, corruptelas do poder. A anarquia constitui o ideal máximo do individualismo absoluto, onde cada membro da sociedade deterá poder ilimitado; sua base filosófica é a bondade natural do homem. Nessa situação haveria inapelavelmente, consoante afirmara Hobbes, a luta de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*). [...] No anarquismo, o Direito seria a lei de cada qual, para si próprio”. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 236.

### 3 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A apresentação do Estado aos seus cidadãos, especialmente dentro dos moldes democráticos com apoio no Direito, se dá por intermédio do texto constitucional, que designa suas competências e funções, bem como sua estrutura com a criação de seus órgãos e atribuições.

Diante da possibilidade de desvios no exercício do poder, observou-se a necessidade de controle sobre as ações estatais, o que tornou pertinente estabelecer a criação de mecanismos de aferimento da atuação da administração pública. Aliás, cabe aqui distinguir os conceitos de Estado e de administração pública, porquanto os dois não se confundem.

Enquanto o Estado é o maior ente visionado pela humanidade como meio de organização social, ao fixar um povo, possuidor de determinadas características, cultura e etnia, em um determinado território (a palavra Estado é oriunda de *estar*, com o sentido de fixar), a administração pública é um dos instrumentos do qual o Estado é dotado para manter essa fixação e organização.

Administrar significa gerenciar, conduzir, direcionar. Estritamente, a administração pública é função típica do poder executivo, mas existe também nas duas outras esferas, legislativa e judiciária, e onde houver a prática de gestão da coisa pública dentro da estrutura estatal, haverá o dever de prestar contas e de dar uma satisfação social acerca dos atos administrativos praticados.

Os mecanismos de controle, estabelecidos constitucionalmente, podem ser de dois tipos: interno e externo. O controle interno diz respeito aos cuidados que a administração pública deve ter com seus registros, arquivos, entrada e saída de produtos, licitações e contratos, bens e patrimônio em geral, e contabilidade. O controle externo, por sua vez, relaciona-se com a satisfação dada a um órgão estatal fora do âmbito da administração pública. Nem poderia ser

diferente, posto que a autonomia e a imparcialidade devem ser características de quem analisa e julga as ações de outra pessoa.

E é justamente isso o que fazem os tribunais de contas. Eles têm o objetivo de fiscalizar, analisar, opinar ou julgar as contas dos gestores públicos, ou seja, os atos praticados e relacionados com a administração pública.

Verificar o enquadramento das ações administrativas ao teor do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal no que tange à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios constitucionais de observância e aplicação obrigatória por parte daqueles que administram a coisa pública, é uma das atividades dos tribunais de contas em sua função genérica de fiscalizar.

A compreensão acerca da natureza jurídica e das funções dos tribunais de contas à luz da Constituição Federal é o primeiro passo para entender a sua importância na proteção da coisa pública (república) e sua posição dentro da estrutura do Estado brasileiro.

### **3.1 Para entender o controle externo**

Conforme já frisado, o Estado é formado pela delegação ou transferência de poderes dos indivíduos para um ente central, cujo objetivo é a organização e convivência harmônica em sociedade. Na história da humanidade e dos governos, sempre houve a necessidade de controle dessa atividade e do exercício do poder, porquanto a atividade humana demonstra a tendência de se desvirtuar e se desviar o uso do poder em benefício próprio ou de se perpetuar nele. De fato, o poder encanta e uma vez com ele nas mãos a formação de desejos para dele não sair se mostra comum. O controle externo das atividades públicas existia até mesmo quando a democracia era exercida diretamente. E a necessidade desse controle é ainda mais patente nos dias de hoje, cuja democracia é procedimental e exercida de modo indireto, ou seja, mediante representação.

O estabelecimento e a importância do controle externo para o Estado de Direito são frisados por Miguel Marienhoff:

*Em toda organización administrativa debe existir un sistema de controles o de medios de fiscalización de la actividad de la Administración Pública y de la de quienes tratan con ella. Com dicho sistema de controles o de fiscalización se tiende a constituir un conjunto de garantías de legitimidad y de oportunidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y la moralidad dentro de la Administración.*

*Del mismo modo que las garantías y derechos consagrados por la Constitución no se han establecido en favor de la Administración Pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizada por el Poder Ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan 'recursos' en el procedimiento o trámite administrativo, resultan establecidos principalmente en favor de los administrados y no precisamente en favor de la propia Administración. Todo esto constituye un corolario lógico del Estado de Derecho.<sup>1</sup>*

Ao efetuar a junção da representatividade democrática com a tendência de desvios no exercício do poder, verifica-se ainda com mais pertinência, nos dias de hoje, a necessidade de controle externo dos atos de governo e dos atos de gestão. Ora, se mesmo com a existência de controle as práticas de corrupção e de desvios, principalmente em países periféricos como o Brasil, são observados todos os dias, é possível imaginar o que não ocorreria caso não houvesse o controle externo.

Em termos simples e objetivos, pode-se definir o controle externo como o conjunto de ações de fiscalização exercidas por órgão diverso do ente ou da unidade gestora correspondente às contas fiscalizadas, voltadas à verificação da legalidade e da economicidade em relação ao planejamento e à aplicação dos recursos públicos. Nestas ações está incluída a realização de inspeções e auditorias, bem como a análise de documentos, contratos e licitações, folhas de pagamento, repasses, convênios, termos de parceria, consórcios, bem como qualquer outra medida que vise a alcançar tudo o que foi realizado em nome da coletividade. A apreciação da legalidade inclui a da legitimidade, que diz respeito tanto à boa administração quanto à verificação de se a pessoa que ordenou as despesas era legítima para isso.

Esse controle é chamado de externo pelo fato de ser realizado por órgão diverso daquele a quem pertencem as contas a serem fiscalizadas. Assim, os tribunais de contas são órgãos do Estado, mas que se encontram fora do âmbito da administração pública, o que viabiliza a sua suposta independência e lisura na análise das contas. Prefere-se usar a palavra suposta, pois a independência e lisura desse trabalho são apenas presumidas pela ordem constitucional, porquanto ocorre nos tribunais de contas um fenômeno incoerente com seus objetivos, que é o da pessoa que prestará contas indicar e/ou nomear o seu fiscalizador. Ainda que quem indique não nomeie, mas é do conhecimento de todos que as indicações são políticas e que podem servir para a manutenção da prática coronelista e para a manobra de grupos e setores

---

<sup>1</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Glem, 1965, p. 595-596, 599.

eleitorais, com a possibilidade de beneficiar membros, políticos e gestores pertencentes a esse ou aquele partido ou corrente política.

Outro fator que influencia negativamente o controle externo é a sua não realização preventiva. De fato, este controle seria mais eficaz se o mesmo, além do acesso aos tribunais de contas por concurso, o que tornaria seus componentes realmente independentes e não políticos, fosse implementado antes da realização da despesa. Mas não é o que ocorre. Demais disso, os desmandos e a ineficácia do controle são observados especialmente quanto à fiscalização dos municípios brasileiros. Aliás, o municipalismo brasileiro, na forma como é estruturado, serve mais para dar emprego a políticos, distribuir os recursos públicos, viabilizar a corrupção e manter a capacidade eleitoral do que para beneficiar as populações envolvidas. Isto porque, se houvesse mais seriedade e compromisso com o interesse público não existiriam municípios que vivem simplesmente da renda de seus aposentados, que não possuem atividade econômica relevante nem sustentabilidade própria. Assim, a emancipação e a criação de municípios servem apenas para se ter uma prefeitura e uma câmara de vereadores com finalidades espúrias, como distribuir ainda mais os recursos originados dos fundos de participação, dar emprego e trocar favores, desviar recursos, forjar licitações e superfaturar contratos, o que dificulta um controle externo realmente efetivo. Assim, municípios distantes e órgãos de contas com pouco contingente e com “amarras” políticas, tornam o terreno fértil para a prática da corrupção.

O controle externo é viabilizado não apenas pela oficialidade, mas também pela participação popular. Notícias de irregularidades podem ser dadas por qualquer pessoa ou mediante representações originadas de autoridades. Miguel Marienhoff também cita este sistema:

*El control o la fiscalización en la Administración puede tener lugar de ‘oficio’ o ‘a petición de parte’, y puede referirse a actos, a comportamientos o a personas (funcionarios, empleados o administrados). Para el cumplimiento de cada uno de estos objetivos se requerirá el ejercicio del correspondiente medio de control o de fiscalización.<sup>2</sup>*

Além disso, o controle externo não é exercido apenas pelos tribunais de contas, e pode ser efetuado pelo Ministério Público (por intermédio de inquéritos civis, por exemplo) e pelo legislativo (a exemplo das comissões parlamentares de inquérito), o que permite que o judiciário seja provocado para dar a palavra final. Detectada alguma irregularidade, o

---

<sup>2</sup> Ibid., 1965, p. 596.

ordenamento disponibiliza mecanismos jurídicos para sancionar e restaurar o erário, e o gestor, autor do dano, será responsabilizado por suas ações ou omissões.

### **3.2 Natureza jurídica dos tribunais de contas**

Debaixo da ordem constitucional atualmente em vigor, as atribuições dos tribunais de contas são definidas nos artigos 31, 70 e 71 da Constituição Federal de 1988. Diz o §1º do artigo 31 que “o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos tribunais de contas dos estados ou do município ou dos conselhos ou tribunais de contas dos municípios, onde houver”.

Neste dispositivo são mencionados três das quatro espécies dos tribunais de contas brasileiros: o Tribunal de contas dos Estados, o Tribunal de contas Municipal e o Tribunal de contas dos Municípios.

No referido parágrafo determina-se que o controle externo a ser realizado sobre as contas dos municípios pode ser efetuado por um desses três tribunais de acordo com a organização existente em cada estado da federação. Se no estado houver apenas o Tribunal de Contas do Estado (TCE), a ele caberá fiscalizar as contas de seus municípios e, residualmente, da administração do estado. Se no estado houver, além do TCE, um Tribunal de Contas dos Municípios (TCM), ao TCE caberá somente a fiscalização da administração estadual, enquanto que ao TCM caberá o controle dos respectivos municípios daquele estado. E, na hipótese de haver um Tribunal de Contas Municipal (TCM Especial) – criado para fiscalizar um município específico, que, na organização administrativa brasileira, somente existe para os municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, caberá ao TCE fiscalizar as contas do governo estadual e dos municípios, enquanto que o TCM Especial fiscalizará as contas de seu respectivo município. No caso do Distrito Federal, o Tribunal de Contas (Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF) fiscaliza, opina e julga as contas do governo distrital, sem que haja o controle sobre as contas municipais pela inexistência de municípios.

De acordo com o artigo 31, §4º, da Constituição Federal, ficou a administração pública brasileira impedida de criar novos conselhos ou tribunais de contas municipais (TCM especiais), ou seja, específicos para apenas um município, mas preservou aqueles que já existiam por ocasião da promulgação do texto constitucional (TCM Especial das capitais de São Paulo e do Rio de Janeiro). Já os artigos 70 e 71 tratam da quarta espécie de tribunal de contas no Brasil, qual seja, do Tribunal de Contas da União (TCU), que apoia o Congresso



Nacional, cuja estrutura, composição e atribuições são seguidas pelos demais tribunais, logicamente com respeito a organização federativa, aos demais tribunais de contas da federação (cf. artigo 75 da Constituição Federal: “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos Municípios”).

Para o correto entendimento acerca da natureza jurídica dos tribunais de contas, torna-se necessário fazer uma breve exposição sobre o posicionamento desses órgãos em relação aos três poderes, com a abordagem inicial em relação ao Poder Judiciário.

### 3.2.1 Poder Judiciário

Conforme já se observou neste trabalho, as cortes de contas exercem jurisdição, mas jurisdição fora do judiciário, ou seja, sua atividade não é judicial, mas sim extrajudicial. São órgãos administrativos, extrajudiciais, que podem julgar as contas de gestão, e decidir por sua aprovação ou desaprovação, sem que se desperceba que mesmo ao emitir pareceres prévios, nas contas de governo, não deixam de expressar um juízo de valor.

Apesar de emitirem juízos de valor balizados pela lei, entretanto, os tribunais de contas não pertencem à estrutura do Poder Judiciário. Primeiro porque suas decisões não recebem o manto da *coisa julgada* judicial, haja vista que esta somente é possível, na ordem constitucional brasileira, se originada do judiciário; e, segundo, pelo fato de que seu trabalho não recebe o atributo da inafastabilidade (entendido sob a ótica da resolução de todos os litígios e conflitos) expresso no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Por não fazerem parte do Poder Judiciário, pode-se então dizer que os tribunais de contas são órgãos de natureza administrativa. Com isso deve-se lembrar que, diferentemente de alguns sistemas alienígenas, especialmente do francês, não há no Brasil o litígio ou contencioso administrativo, onde um tribunal administrativo possui autonomia para decidir, de maneira definitiva e irrevogável, com trânsito em julgado, sobre as contas ou acerca de qualquer outro assunto administrativo submetido à autoridade competente.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> O Direito Administrativo francês, por conta da “desconfiança em relação aos juízes do velho regime”, estabeleceu a “jurisdição administrativa (contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26. Na esteira desse modelo jurídico, o Tribunal de Contas da França é independente do

No sistema pátrio, diferentemente do caso francês, não há o contencioso administrativo autônomo, cujas decisões tenham a força de ordens vinculantes e definitivas, pois no Brasil inexistente a chamada coisa julgada administrativa do sistema francês, já que as decisões de cunho administrativo podem ser reformadas pelo Poder Judiciário. Além disso, deve-se frisar que enquanto uma sentença ou acórdão judicial faz norma para as partes envolvidas, uma decisão administrativa não possui essa eficácia normativa. Por conseguinte, pode-se afirmar que, no Brasil, apenas as decisões do Poder Judiciário recebem a imutabilidade do trânsito em julgado.

Demais disso, os órgãos administrativos, o que inclui os tribunais de contas, não são inafastáveis nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Seu trabalho é inafastável em sentido administrativo, posto que as contas somente serão aprovadas se passarem pelo crivo desses órgãos. Mas não possuem o sentido da inafastabilidade geral, de que é dotado o judiciário, para a solução de todos os conflitos existentes nas relações jurídicas e sociais, sejam privadas ou públicas.

Themistocles Brandão Cavalcanti discorre acerca da relação das instâncias administrativas, o que inclui os tribunais de contas, com o Poder Judiciário:

Em nosso regime administrativo existe uma categoria de órgãos de julgamento, de composição coletiva, cuja competência maior é o julgamento dos recursos hierárquicos nas instâncias administrativas. A peculiaridade de sua constituição está na participação de pessoas estranhas aos quadros administrativos na sua composição sem que isto, porém permita considerar-se tais instâncias como de natureza judicial. É que os elementos que integram êstes órgãos coletivos são mais ou menos interessados nas controvérsias – contribuintes e funcionários fiscais. Incluem-se, portanto, tais tribunais entre órgãos administrativos, e suas decisões são administrativas sob de vista formal. Não constituem, portanto, um sistema jurisdicional, mas são parte integrante do sistema da administração julgando os seus próprios atos, embora com a colaboração dos particulares. Daí a consequência imediata: as decisões das instâncias administrativas coletivas estão sujeitas à apreciação judicial, podendo o Judiciário comum, considerar tais decisões como verdadeiros atos administrativos.

Mas se, em tese, as decisões das instâncias coletivas se confundem com as dos chefes de serviços ou com as dos funcionários colocados no tópo da escala hierárquica, por vezes elas se revestem de caráter excepcional, dada a predominância de suas conclusões técnicas especializadas e também da apreciação do fato, sob aspectos peculiares. [...] Há nas deliberações dêstes órgãos judicantes uma autoridade tecnicamente mais ponderável, cuja opinião merece quase sempre acatamento ou pelo menos serve de roteiro para juízes que sabem, com os dados técnicos oferecidos, escolher o caminho da verdade, e opinar, dentro do quadro de sua competência, arrimando-se nos conselhos, nas opiniões, nos pareceres por ela formulados.<sup>4</sup>

---

executivo e do parlamento, ostentando seus membros a condição de magistrados vitalícios, sendo que, por exercer jurisdição definitiva, seus proventos não podem sofrer controle posterior pelo Judiciário.

<sup>4</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. IV, p. 478-481.

Há ainda outros motivos que indicam que os tribunais de contas não fazem parte do judiciário: são órgãos administrativos de controle externo com força delegada pela Constituição para processar e julgar os atos de gestão, e opinar nos atos de governo; seus processos não são judiciais, seus componentes não são juízes (recebem as mesmas garantias, mas não são juizes em sentido estrito, pois não estão dentro da estrutura e da carreira do Poder Judiciário) e seus provimentos podem ser submetidos ao controle pelo Poder Judiciário; os processos nos órgãos de contas não possuem partes, nem interesses antagônicos, pois seu objetivo é fiscalizar e verificar a legalidade dos atos de governo e de gestão praticados pelo gestor público. Sua função primordial é atestar a correta aplicação dos recursos pertencentes ao erário e proteger o interesse público. Sua atividade é unilateral na representação do Estado pelo exercício do controle externo.

Outro fator a ser levado em conta é que os próprios presidentes dos tribunais do Poder Judiciário, que exercem, nessa função, a condição de gestores públicos, ao atuarem como ordenadores de despesas, dão satisfação contábil e financeira aos tribunais de contas. No que diz respeito à gerência dos recursos e do patrimônio público, os juízes que presidem os tribunais do judiciário são considerados administradores públicos, e estão sujeitos à jurisdição e ao controle externo dos tribunais de contas. Desse modo, não faria sentido que os tribunais de contas fizessem parte da estrutura do judiciário, já que os membros deste, que exercem funções de ordenar despesas, prestam contas. Acaso houvesse tal confusão, restaria prejudicada a independência dos órgãos de contas para julgar. Na verdade haveria um controle interno, e não externo.

Desse modo, pode-se afirmar que os tribunais de contas são órgãos de controle externo de natureza administrativa com cunho especial, cujo objetivo é fiscalizar, ratificar ou não e sancionar os atos de gestão, e fiscalizar, ratificar ou não e opinar nos atos de governo. Na condição de órgãos administrativos especiais de controle, não fazem parte da administração pública propriamente dita, pois não planejam nem implementam políticas públicas, não ordenam despesas da administração pública e seus componentes (técnicos, auditores, procuradores, ministros e conselheiros) não são administradores públicos. Outrossim, todos os processos que tramitam nas cortes de contas, bem como seus pareceres prévios ou decisões, que aqui se prefere chamar de provimentos finais, têm a natureza de atos administrativos.

Por serem atos administrativos, devem atender aos elementos que lhes são inerentes, quais sejam, competência, objeto, forma, motivo e finalidade. E, como um de seus atributos, possuem a chamada presunção (relativa) de legitimidade ou de legalidade.

Ultrapassado esse ponto e entendido que os tribunais de contas são órgãos administrativos especiais de controle externo, não componentes do Poder Judiciário, cabe agora enfrentar a matéria acerca de serem subordinados aos outros dois poderes.

### 3.2.2 *Poder Legislativo*

Sobre a relação dos tribunais de contas com o Poder Legislativo, deve-se pontuar que é comum e recorrente o ensinamento de que há uma subordinação das cortes de contas para com o Legislativo, cujo fundamento é o teor do *caput* do artigo 70 da Constituição Federal que determina que a fiscalização “*será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo*”.

Outro argumento utilizado em apoio da tese é de que tais órgãos encontram-se previstos no Texto Constitucional na Seção IX (DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA) – artigos 70 a 75 – dentro do Título IV (Da Organização dos Poderes) e sob o Capítulo I (DO PODER LEGISLATIVO).

O fato dos tribunais de contas serem tratados sob os assuntos ligados ao Poder Legislativo, pode levar à conclusão de que são subordinados e administrativamente dependentes desse poder. No entanto, tal pensamento, conforme se verá mais abaixo, é incompatível com a função republicana e com o objetivo dessas Cortes.

A aplicação de interpretação sistemática da Constituição Federal mostra que os tribunais de contas não são subordinados a nenhuma das três funções do poder (nem ao legislativo, nem ao executivo, nem ao judiciário). Sua posição constitucional, debaixo do Poder Legislativo, se dá pelo fato de que seu trabalho é de auxílio a essa função do poder, mas não que dele seja componente ou dependente.

Em relação ao *caput* do artigo 70, ressalta-se que deve ser levada em consideração a redação do *caput* do artigo 71 onde este dita que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, posto que nele o TCU não é posicionado como subordinado ao Legislativo, mas sim como um órgão auxiliador. Por último, assinala-se que os tribunais de contas, consoante visto acima, não estão

previstos apenas no artigo 70 e seguintes, mas também no artigo 31 e seus parágrafos, todos da Constituição Federal.

Ainda acerca da redação que diz que o controle externo “será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”, deve-se dizer que não significa que tais órgãos não tenham a função de julgar e o poder de punir, ou seja, de aplicar as sanções previstas em lei. O verbo *auxiliar* significa ajudar, amparar, dar assistência. Para entender o real sentido do termo, aplicado aos tribunais de contas, torna-se necessário compreender que os atos administrativos finais, exarados por estes órgãos, podem ser de duas espécies: a de parecer prévio e a de decisão (que pode se tornar título executivo na hipótese de serem aplicadas as sanções pecuniárias de multa e/ou de imputação de débito).

Apenas no caso do tribunal de contas emitir um parecer prévio, de cunho opinativo, é que o julgamento final ocorrerá por decisão do Legislativo, hipótese em que o órgão atua como auxiliar e em que se confirma o *caput* do artigo 70 da Constituição Federal, isto é, o controle externo é exercido de modo final e definitivo pelo Congresso Nacional (ou pela Casa Legislativa respectiva).

Esses pareceres prévios são emitidos na análise das contas de governo. Por outro lado, ao fiscalizar as contas que envolvam a gestão, o tribunal de contas emitirá uma decisão com definitividade administrativa, que pode se transformar em título executivo desde que contenha uma imputação de débito e/ou aplicação de multa.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> A gerência da coisa pública é verificada pelos Tribunais de Contas sob dois prismas. Por intermédio do processo de prestação de contas de governo o tribunal fiscaliza a programação e o planejamento, envolvendo o aspecto orçamentário e de governo, fiscalizando-se o atendimento aos ditames constitucionais e legais que dizem respeito as finanças e a contabilidade. Nas contas de governo o provimento final tem a natureza de parecer prévio. Para afastar o parecer prévio dos Tribunais de Contas, entretanto, a casa legislativa somente o poderá fazê-lo mediante o voto de dois terços de seus membros, no caso dos municípios, ou de acordo com o que determinar as constituições estaduais quando for o caso dos estados ou a Lei Orgânica do Distrito Federal quando se tratar das contas deste. Ressalta-se, ademais, que somente têm o dever de prestar as contas de governo os chefes do poder executivo. Também deve ser frisado que estes podem, adicionalmente às contas de governo, ter de prestar contas de sua gestão, contanto atuem como ordenadores de despesas. Nenhum outro gestor ou ordenador de despesas pode nem possui o dever público de prestar contas de governo, inexistindo para eles legitimidade para governar no sentido amplo. Quanto aos processos de prestação de contas de gestão o controle externo se dá sobre os gastos, a entrada e saída de dinheiro, empenho, liquidação e pagamento das despesas, legalidade das despesas, verificação das licitações, dispensas ou inexigibilidades, contratos e seus aditivos, convênios, parcerias, sistema de controle interno, aplicação dos princípios administrativos, bem como qualquer outra ação que envolva a destinação de recursos e uso de bens. Diferentemente das contas de governo, nas de gestão os provimentos dos Tribunais de Contas têm força decisória e definitiva. Neste caso, os Tribunais de Contas não auxiliam o Legislativo, pois suas decisões não passam pelo crivo final da casa legislativa respectiva, podendo os órgãos de contas aplicar as sanções previstas em lei, possuindo autonomia, definitividade e força de título executivo (artigo 71, §3º, da CF). Os processos de análise da gestão podem ocorrer pela *prestação espontânea* ou, não o sendo, pela sua *tomada*, além de fatos isolados e urgentes que

A definição dada no *caput* do artigo 71 da Constituição Federal é muito clara, pois diz que o controle externo é realizado pelo Congresso Nacional (Assembleia Legislativa e Distrital, no caso dos Estados-Membros e do Distrito Federal, e Câmaras Municipais, no caso dos Municípios) “*com o auxílio do Tribunal de Contas da União*” (ou dos tribunais de contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e Municipal, conforme o caso).

Pelo texto constitucional, verifica-se que os tribunais de contas também não fazem parte do Poder Legislativo, pois a redação não deixa dúvida ao dizer que seu trabalho auxilia o Legislativo. Assim, não são órgãos *do* Legislativo. São independentes e *auxiliam o* Legislativo. Apenas no que diz respeito à emissão de parecer prévio nas contas de governo é que os tribunais de contas exercem a função de auxiliar o legislativo, porquanto lembra-se que este provimento opinativo passará pelo julgamento final, de cunho político, da casa legislativa respectiva.<sup>6</sup>

De outro lado, todos os demais trabalhos exercidos por estes órgãos, relativos às contas de gestão, tomadas de contas, admissão de pessoal e atos de aposentadoria e pensão, não são de auxílio, em sentido estrito, do legislativo.<sup>7</sup> Isto porque, conforme indicado anteriormente,

---

podem ser fiscalizados por uma *tomada de contas especial*. Há ainda os procedimentos em que se avalizam os atos de admissão de pessoal, envolvendo a lisura dos concursos públicos, bem como a contratação temporária e preenchimento de cargos de livre nomeação, além dos atos de aposentadoria e pensão. Por último, ressalta-se que, por serem órgãos colegiados, todos os provimentos finais dos Tribunais de Contas, seja ele um parecer prévio ou um julgamento final, são emitidos na forma de *Acórdãos*.

<sup>6</sup> O afastamento da opinião do Tribunal de Contas, emitida por meio do parecer prévio, no caso das contas de governo municipais, não é realizado pelo voto da maioria simples dos parlamentares. O parecer do órgão de contas, emitido sobre as contas do governo municipal, somente deixará de prevalecer mediante o voto de dois terços (2/3) da Câmara de Vereadores (artigo 31, §2º, da Constituição Federal). O mesmo, porém, não acontece com as contas estaduais, distritais e federais, pois, como a Constituição Federal não especificou a votação mínima, aplica-se o teor do artigo 47 da Carta Federal. Assim, o parecer prévio nas contas de governo federais, estaduais e distritais somente não prevalecerá seguindo-se a regra do artigo 47 da Lei Fundamental, ou seja, exige-se a maioria simples dos votos desde que presente a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (nas contas da União) e, não havendo disposição específica quanto ao quorum de aprovação nas respectivas constituições estaduais ou na Lei Orgânica do Distrito Federal, será exigida a maioria simples dos votos desde que presente a maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa (nas contas do Estado) ou na Câmara Legislativa (nas contas do Distrito Federal). Ressalta-se que não há óbice em que a Constituição do Estado ou a Lei Orgânica do Distrito Federal apresente disposição específica e determine a maioria qualificada de votos da casa legislativa respectiva para o afastamento do parecer prévio emitido sobre as contas de governo da administração estadual ou distrital.

<sup>7</sup> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras

na hipótese das contas de gestão, não há o trabalho de opinar, mas sim o de julgar, cujo provimento resultante possui o caráter de definitividade administrativa, com autonomia e força final de título executivo se houver a aplicação de multa ou imputação de débito (artigo 71, §3º, da Constituição Federal).

Assim, os tribunais de contas não são órgãos do Legislativo nem estão a ele subordinados. Até porque, do mesmo modo que se dá com os presidentes dos tribunais judiciários, os presidentes das mesas diretoras das casas legislativas exercem, nesta condição, a função de administradores públicos, e seus atos são fiscalizados. Se os tribunais de contas fossem órgãos *do* Legislativo e não apenas *o* auxiliassem nas contas de governo, estar-se-ia diante de uma grande contradição, bem como da impossibilidade de efetiva fiscalização, pois não haveria um controle externo, mas sim interno.

### 3.2.3 *Poder Executivo*

Acerca do Poder Executivo, frisa-se que os tribunais de contas também não são órgãos subordinados a esta função estatal. Sua relação com o Executivo se limita apenas a receber o repasse da previsão orçamentária específica (no orçamento da União, dos Estados e do Distrito Federal, ou do Município de São Paulo e do Rio de Janeiro), destinada a sua manutenção e realização de suas despesas.

Os mesmos comentários feitos acima, em relação ao Poder Judiciário e ao Legislativo, se aplicam sobre o Executivo, pois os atos do Executivo são submetidos ao crivo dos tribunais de contas, tanto da administração direta quanto da indireta. Se estes órgãos fossem subordinados ao Executivo, perderiam sua independência para fiscalizar e sancionar, e não realizariam controle externo, mas tão-somente interno.

---

demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, **in casu**, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido (BRASIL. STJ – 2ª Turma – ROMS nº 11.060-GO – Min. Laurita Vaz – DJ de 16.09.2002).

Além disso, mesmo na condição de componentes da estrutura do Estado e de órgãos administrativos, reitera-se que os tribunais de contas não fazem parte da administração pública propriamente dita, não administram políticas públicas, nem fazem as vezes de ordenadores de despesa da administração pública, além de seus componentes não serem administradores públicos (salvo o ministro ou conselheiro que preside o tribunal de contas que, nessa condição, se torna administrador e ordenador de despesas).<sup>8</sup> Logo, não fazem parte do Poder Executivo.

Por conseguinte, os tribunais de contas são órgãos previstos na Constituição Federal, mas cujo objetivo não permitiria a sua ligação a qualquer dos Três Poderes, já que os atos destes são fiscalizados e controlados por estas cortes de contas, órgãos colegiados de controle externo, conforme o inciso IV do artigo 71 da Constituição Federal.<sup>9</sup> São, portanto, autônomos e independentes, possuem autonomia financeira, administrativa e funcional,<sup>10</sup> e sua atividade processual e de fiscalização se submetem e são regidas pelas normas jurídicas previstas na Constituição Federal, inclusive e principalmente dos direitos fundamentais, e pela legislação correlata.

Ao fazer uma rápida, mas pertinente, digressão, menciona-se uma crítica acerca do acesso aos tribunais de contas, em face do acesso político da maioria de seus ministros e conselheiros, bem como se deve criticar a decisão final da casa legislativa respectiva sobre o parecer prévio do tribunal de contas acerca das contas de governo. A abertura para interesses políticos e manobras iníquas é evidente, assim como para a corrupção, pois nem sempre prevalecerá o princípio republicano, além de prejudicar a necessária independência. Mas este é tópico para estudo em outra oportunidade.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Os presidentes dos Tribunais de Contas que, nessa função, ordenam despesas e atuam como administradores desses órgãos, também prestam contas de sua gestão. No caso dos tribunais de contas municipais e dos municípios, por serem órgãos estaduais, seus presidentes prestam contas de suas gestões aos respectivos tribunais de contas dos estados. Já os presidentes dos tribunais de contas dos estados prestam contas às respectivas Assembléias Legislativas, o presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal presta contas a Câmara Legislativa do Distrito Federal (cf. Lei Orgânica do Distrito Federal – *vide* ADI nº 1557/DF) e o presidente do Tribunal de Contas da União presta contas de sua gestão ao Congresso Nacional.

<sup>9</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 153-168.

<sup>10</sup> AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 122-127.

<sup>11</sup> A forma de acesso aos Tribunais de Contas, em relação à nomeação da maioria de seus ministros e conselheiros, retira desses órgãos de controle a necessária independência. Uma parte indicada pelo chefe do executivo e aprovada pela casa legislativa, e outra indicada e já aprovada por esta, deixa o cordão umbilical para manobras políticas e a insinceridade no seio desses órgãos. A soma dessa ingerência política com as garantias da magistratura (pois os ministros e conselheiros, apesar de não serem juízes no sentido judicial, são equiparados aos magistrados e recebem as mesmas garantias constitucionais, inclusive quanto a remuneração)



Apesar de o artigo 70 e seguintes da Constituição Federal terem aplicação expressa ao Tribunal de Contas da União, a mesma natureza, estrutura e funções têm os demais tribunais de contas da federação. Esta determinação é oriunda do artigo 75 da Constituição Federal.<sup>12</sup> A mesma estrutura quanto ao controle externo é exercida pelos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal e pelos tribunais de contas dos Municípios ou do Município, com dupla função: auxiliar o legislativo nas contas de governo e julgar as contas de gestão (artigo 31, §§1º a 3º, da CF).

Em relação ao dever de prestar contas, somente são submetidas à jurisdição dos tribunais de contas, por serem considerados gestores públicos, as pessoas que se enquadrem nos verbos *utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar* os recursos e/ou o patrimônio público.

O dever de prestar contas, então, recai sobre os seguintes gestores: Chefe do Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (que prestam contas de governo e de gestão, neste último caso se também ordenarem despesas); gestores dos órgãos da administração direta por desconcentração administrativa (ministros e secretários); gestores das entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas); presidentes das mesas das casas legislativas (Chefes do Legislativo); presidente de qualquer tribunal do Poder Judiciário; encarregados de consórcios públicos (da Lei Federal nº 11.107/2005); responsáveis solidários (membros das comissões de licitação, demais responsáveis pelo controle interno, contadores e engenheiros); e presidentes dos tribunais de contas por suas respectivas gestões.

Para ilustrar as conclusões acima, reproduz-se o ensino de Francisco Eduardo Carrilho Chaves:

Não há qualquer dúvida de que, apesar do nome, os **tribunais de contas não pertencem ao Poder Judiciário**. Antes de ser dada continuidade ao tema, abre-se um parêntese para informar que **nesta obra assume-se como verdade que tribunais de contas têm jurisdição**, conferida expressamente pelo mesmo Texto Constitucional

---

deixa a porta aberta para a mácula na atividade fiscalizadora, além de ser uma afronta ao princípio republicano e ao acesso democrático. A importância republicana dos Tribunais de Contas, inclusive com reflexos na inelegibilidade dos gestores, não condiz com essa ingerência política. Em adição, a possibilidade de afastamento do parecer prévio nas contas de governo pela casa legislativa respectiva, também acaba prejudicando o controle externo, desta feita por transferir ao alvedrio político e à compra de votos de parlamentares, a aprovação ou desaprovação das contas de governo.

<sup>12</sup> Constituição Federal, artigo 75: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. *Parágrafo único*. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.”

que afetou competências ao Poder Judiciário. Se há atribuição expressa na Carta Magna de determinadas competências a um órgão, sem que seja delimitada qualquer competência concorrente ou suplementar, a boa e mais pura hermenêutica exige que elas sejam excluídas das matérias atinentes aos demais órgãos.

Esse posicionamento tem respaldo em doutrinadores respeitados, como Cretella Jr. e Themistocles Brandão Cavalcanti, entre outros, que destacam ser a **jurisdição de contas um jurisdição própria, anômala e distinta da jurisdição tradicional. [...] no que se refere à matéria do inciso II do art. 71, a Carta Política concedeu o poder de julgar aos tribunais de contas.** Conclui-se assim porque esses órgãos, a despeito de estarem fora do Poder Judiciário, **dizem o direito final em casos concretos sobre a matéria que lhes é atinente.** [...] Portanto, **tribunais de contas são órgãos administrativos especiais**, de estatura constitucional, dotados de função judicante especial, porquanto julgam as contas daqueles que lhes são jurisdicionados. Além de julgar contas, os TCs exercem fiscalização, autuam devedores, intimam-lhes a recolher débitos e multas, aplicam outras sanções, julgam recursos contra suas decisões, além de realizar tarefas administrativas. [...] Retomando o que é pacífico: que os tribunais de contas não integram o Judiciário, cumpre ainda asseverar que **ministros e conselheiros de cortes de contas não são juizes togados.**

Pode-se resumir o entendimento doutrinário predominante quanto à natureza jurídica dos tribunais de contas por meio das seguintes assertivas: \* São conjuntos orgânicos independentes, desvinculados de qualquer dos três Poderes, mas organizacionalmente incluídos na estrutura do Poder Legislativo; \* Possuem autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária; \* Não possuem personalidade jurídica; \* Possuem capacidade postulatória, isto é, podem estar em juízo, ativa ou passivamente, na defesa de suas competências ou direitos próprios; \* Os membros de tribunais de contas não são juizes togados. [...] Convém frisar que tais TCs têm competência para praticar atos típicos do Poder Judiciário. Não estão abertas a esses órgãos possibilidades de decretar prisão de responsáveis, quebrar sigilos fiscal ou telefônico, efetuar busca e apreensão de documentos e arrestar bens, entre outros.

Em decorrência da própria natureza jurídica dos tribunais de contas, a **natureza jurídica de suas decisões também é administrativa.** Contra essas decisões podem ser aviaados **recursos têm natureza de apelação administrativa.** Ainda quanto aos recursos, cumpre informar que **inexiste possibilidade de recorrer, no sentido estrito do termo, de decisões de tribunais de contas ao Poder Judiciário. Todas as vias recursais se esgotam no âmbito do tribunal de contas que proferiu a decisão.** Igualmente, não existem recursos de decisões de tribunais de contas estaduais ou municipais para o TCU ou de tribunal de contas de municípios de um estado para o tribunal de contas desse mesmo estado. A provocação do Judiciário com o objetivo de contestar decisão de tribunal de contas se faz por meio de **ação ordinária, nova e totalmente independente do processo no TC. Não tem natureza de recurso.** Há ainda a possibilidade de impetração de mandado de segurança pelo responsável ou interessado, caso esteja em jogo direito líquido e certo. Como já foi dito, **o STF somente admite pronunciamento de mérito pelo Judiciário quanto a deliberação restringir-se à anulação de um ato administrativo (decisão ou acórdão), fundado em nulidade formal ou ilegalidade manifesta.** Todavia, **não se admite que o Poder Judiciário reveja o julgamento de mérito proferido por tribunal de contas, modificando o julgamento das contas.**<sup>13</sup> (Negrito no original).

De modo conclusivo, pode-se dizer que os tribunais de contas são órgãos administrativos especiais de controle. Por não estarem subordinados nem inseridos em

<sup>13</sup> CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas.** Niterói: Impetus, 2007, p. 52,55-56.

nenhuma das três funções do poder,<sup>14</sup> cabe ressaltar o dizer de Aliomar Baleeiro, que chamou estes órgãos de “instrumentos do Estado”.<sup>15</sup>

Entendida a natureza jurídica, a composição e a estrutura dos tribunais de contas, bem como sua posição enciclopédica no Direito brasileiro, cabe adentrar no efetivo trabalho exercido por estes órgãos. Esse estudo, por razões acadêmicas, deve se ater a um triplo fator: o objetivo, qual seja, sobre *o quê* se presta contas; o subjetivo, isto é, sobre *quem* prestará contas, por ter assumido esse dever, o que leva a exigência de satisfação pela aplicação e guarda da coisa pública; e, por último, os meios, ou seja, *como* se exerce a fiscalização.

### 3.3 Objeto da prestação de contas

Sobre o fator objetivo, isto é, aquilo de que se presta contas, é necessário entender a amplitude e a definição dos recursos e a compreensão sobre o momento em que eles se tornam públicos. O parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal dá uma ajuda inicial nesse sentido:

Art. 70.

[...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Note-se que o referido parágrafo faz referência a um conjunto de elementos que compõem o aspecto objetivo da prestação de contas públicas. Em adição, o *caput* do artigo 70 fala da “aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, e o artigo 74, §1º, faz referência a outro objeto da gestão pública que também obriga o administrador e é submetido à fiscalização dos tribunais de contas: o “controle interno”.

Assim, a coisa pública gerida pelo administrador público, cujo resultado é submetido aos tribunais de contas, envolve dinheiro, bens e valores, responsabilidades e obrigações de natureza pecuniária, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, e controle interno. Note-se que, a depender da determinação legal, esses objetos exigem uma obrigação de fazer, não fazer e de guarda. Todos esses elementos envolvem o dinheiro e o patrimônio público.

<sup>14</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, ano 4, n.13, p. 177-187, jan./mar. 2002.

<sup>15</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 190-191.

No vocábulo “dinheiro” insere-se toda receita, seja ela tributária direta ou pelo repasse dos fundos de participação, saldo de exercício anterior, bem como qualquer outra fonte de renda existente na contabilidade da unidade gestora (a exemplo de venda por leilão de bens móveis e de bens imóveis dominiais). Ressalte-se, outrossim, que todo recurso que ingressa no caixa fazendário se torna público para todos os efeitos e para fins de satisfação perante os tribunais de contas.

Quanto ao sentido da expressão “bens e valores”, inclui ele o patrimônio público móvel e imóvel. O controle desse patrimônio, que envolve o uso, esmero, tombamento e registro, torna-se obrigação inafastável para quem assume a gestão da coisa pública. A conservação e o estado dos veículos e do material móvel (cadeiras, mesas, computadores, impressoras etc.) devem preocupar o gestor, pois podem ser objeto de fiscalização por parte do tribunal de contas.

Acerca dos bens imóveis, estes devem ser submetidos a rigoroso cadastro interno, estar devidamente registrados em nome do ente público e ter seu uso e destinação de acordo com os ditames legais. Neste tema deve-se ainda frisar a necessidade da correta aprovação de loteamentos e do recebimento das áreas públicas (áreas verdes, institucionais e fundos de terra para habitação), além do controle dos bens desapropriados e de seus possíveis remanescentes.

Quanto aos atos de cessão (entre entes públicos) e de concessão (para o particular) de uso de bens imóveis, estes devem ser precedidos da devida análise e verificação da conveniência e oportunidade de permitir o uso a terceiros. Lembra-se que, no caso da concessão, é indispensável a respectiva autorização legislativa.

No que diz respeito ao vocábulo “responda”, encontrado no parágrafo único do artigo 70, este traz à tona as responsabilidades que venham a ser assumidas pelo gestor, que podem ser ou não de natureza pecuniária. Os entes federativos, detentores de personalidade jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), podem assumir obrigações e responsabilidades.

O ato do gestor, que apenas representa o ente federativo, de fazer este assumir uma responsabilidade ou uma obrigação de natureza pecuniária, deve estar de acordo com as permissões legais e se destinar ao atingimento do interesse público. Do contrário, pode-se configurar desvio no exercício do poder e/ou de finalidade, que fatalmente levará à responsabilização do gestor por seus atos.

Assim, convênios, contratos, termos de parceria, cessões, concessões e autorizações de uso de bens imóveis, concessão ou permissão de serviço público, bem como qualquer outro ato administrativo em que o gestor coloque uma responsabilidade sobre o ente público, são passíveis de fiscalização e de responsabilização do administrador público.<sup>16</sup>

Acerca da “aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, frisa-se que estas somente podem ser implementadas em consonância com a lei. Subvenção significa aplicar auxílio pecuniário, subsidiar. Enquanto que a renúncia envolve a ação de remir, isentar ou anistiar alguém de uma obrigação tributária. As duas ações têm como essência uma perda financeira, fato este que somente pode ocorrer de acordo com a permissão legal.

No “controle interno”, por sua vez, estão inseridos vários cuidados e ações que envolvem a organização, tombamento de móveis, estoque de materiais, licitações e contratos, conselhos, registro de imóveis, saída e entrada de produtos, contabilidade, auditorias, recebimento da prestação de contas de entes privados por serviços contratados ou por recursos públicos repassados (por consórcios, convênios e termos de parceria), dentre outras ações. Tudo que envolve o dinheiro e o patrimônio público deve passar pelo sistema de controle interno.

Destarte, o conjunto desses fatores, que vão desde o dinheiro e sua aplicação até o controle interno, cuja administração é assumida pelos gestores públicos, torna obrigatória para estes dar satisfação à sociedade, satisfação que é dada por intermédio dos tribunais de contas.

Outrossim, os incisos do artigo 74 da Constituição Federal especificam outros elementos que compõem o controle interno: a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos; a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; o exercício do controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Deve-se ressaltar que o controle externo ocorre sobre os atos de gestão propriamente ditos, ou seja, sobre os gastos, a entrada e saída de dinheiro, empenho, liquidação e

---

<sup>16</sup> MELO, Renato Sérgio Santiago. Tribunais de contas: uma teoria geral. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, v.22, n. 10, p. 1272-1274, out. 2006.

pagamento das despesas, controle prévio das despesas, como licitação, dispensa ou inexistência, contratos e seus aditivos, aplicação dos princípios administrativos, bem como qualquer outra ação que envolva a destinação de recursos e uso de bens.

A fiscalização destes pormenores se dá nos processos de prestação de contas de gestão. Tais atos de gestão podem ser processados por meio de tomada das contas, isto é, o tribunal busca os documentos pertinentes e os analisa, seja por meio de uma tomada de contas especial, que ocorre na fiscalização de casos ou episódios isolados da administração, ou por meio da tomada de contas de gestão, onde todo o período gerido, cujos atos e documentos pertinentes não foram enviados ao Tribunal dentro do prazo, é analisado.

Há ainda os procedimentos em que se avalizam os atos de admissão de pessoal,<sup>17</sup> que envolve a lisura dos concursos públicos, e as contratações de servidores efetivos e temporários, bem como os cargos de livre nomeação, além dos atos de aposentadoria e pensão.

Porém, a coisa pública também é verificada sob o prisma da programação e do planejamento, sob o aspecto orçamentário e de governo, onde é fiscalizado o atendimento aos ditames constitucionais e legais que dizem respeito às finanças e à contabilidade. Este trabalho é realizado por meio do processo de prestação de contas de governo.<sup>18</sup>

Óbvio que não basta a existência do objeto da prestação, mas também que este esteja acompanhado de uma ação por parte de alguém. Esta ação pode ser qualquer uma que se enquadre nos verbos *utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar*. Não se desperceba, outrossim, que tais ações devem ser avaliadas sob os critérios da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

*Utilizar* significa fazer uso. Logicamente que essa atitude será fiscalizada para verificar se a utilização do dinheiro e do patrimônio público atendeu à finalidade pública, porquanto não se deve desperceber que essa utilização pode ser indevidamente desvirtuada em benefício do particular. Assim, essa utilização deve ter sido realizada em prol único e exclusivo do interesse público.

---

<sup>17</sup>Ibid., 2006.

<sup>18</sup> CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. As contas de governo da República e os Tribunais de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 174, p. 309-317, abr./jun. 2007.

*Arrecadar* é trabalho precípua da função fiscal do ente público, da realização de todos os estágios que envolvem a arrecadação administrativa ou judicial dos recursos fiscais e dos tributários diretos ou indiretos. Não se admite, por sua vez, negligência no lançamento, cobrança administrativa, inscrição na dívida ativa e execução fiscal. Aqui se inclui, ainda, a arrecadação das multas e débitos imputados pelos tribunais de contas, cuja legitimidade para cobrança fiscal judicial é do ente público. Também haverá a burla ao dever de arrecadar se o gestor público conceder isenção, anistia, suspensão e privilégios tributários sem respaldo legal.

*Guardar* envolve a obrigação de restituir e de prestar contas pelo estado da coisa. Pressupõe o recebimento de um bem ou de uma quantia em determinada qualidade ou quantidade, o que faz surgir para o gestor o dever de entregar o que foi recebido, ao final de sua gestão, no mínimo na mesma condição, mas nunca de modo inferior. É aqui, nesse verbo, o cerne de uma das preocupações dos tribunais de contas em relação às transições de mandatos: o desmanche administrativo, que comumente ocorre ao final das gestões, especialmente nas municipais.

*Gerenciar* tem o sentido de chefiar, ordenar, comandar. No caso da gestão pública, esse gerenciamento tem de estar em total acordo com o mandamento legal, em que pese as poucas possibilidades deixadas pela lei para a discricionariedade administrativa. *Administrar* implica o teor generalizante de gerir a coisa pública pela soma de todas as outras ações verbalizadas.

Conclui-se, outrossim, que ações como opinar, assessorar, prestar consultoria e advogar, ainda que tratem da coisa pública, não levam à obrigação de prestar contas pelo fato de que não há aplicação do dinheiro público nem planejamento ou programação financeira e orçamentária. Tais atividades se enquadram como mero apoio ao gestor. Não se trata de atos de ordenação, de planejamento nem de administração.

### **3.4 Elemento subjetivo – quem deve prestar contas**

O dever de prestar contas, isto é, o fator subjetivo, aparece no caso de uma pessoa se relacionar ou assumir obrigação para com o dinheiro e patrimônio públicos, e se enquadrar em um dos verbos ditos no início do parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal: utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar.

Desse modo, “prestará contas qualquer pessoa / física ou jurídica,/ pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou

pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.” *O caput* do artigo 70 traz ainda a menção à União e às entidades da administração direta e indireta.

Note-se que o texto constitucional foi o mais abrangente possível ao estender o dever de prestar contas às pessoas jurídicas de direito privado, além das pessoas físicas. É preciso entender, no entanto, o sentido do dever de prestar contas por parte das pessoas jurídicas de direito privado.

Aos tribunais de contas não é destinado o poder de chamar a um processo ou de submeter à sua atribuição uma pessoa jurídica de direito privado. A prestação de contas de uma pessoa jurídica de direito privado ocorre diretamente ao ente público repassador dos recursos públicos, que por sua vez prestará contas ao tribunal. O instrumento desse repasse pode ser um contrato, um convênio, um termo de parceria (no caso das parcerias firmadas com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs)<sup>19</sup> ou qualquer outro meio que tenha feito o ente público efetuar repasses financeiros ao particular.

Se, por exemplo, o motivo do repasse for uma prestação de serviços, a satisfação do gestor ao tribunal de contas ocorrerá pela prova da realização do objeto contratado. Assim, essa satisfação ou prestação de contas do particular se dará via gestor ou ordenador público, cujo teor será a prova da realização da contrapartida assumida na aplicação dos recursos públicos repassados mediante convênios ou termos de parceria (no caso das OSCIPs).

Deve-se ressaltar, no entanto, a possibilidade de conluio e de participação em atos ilícitos de pessoas que compõem o quadro da administração pública ou que sejam por ela contratadas, que possam ter ajudado na consumação de prejuízos ao erário. Neste caso será aplicada a responsabilização solidária por duas razões: uma por ter a pessoa física participado diretamente no ilícito, e outra por pertencer ao quadro funcional ou prestar serviços ao ente federativo. O caso clássico é dos contadores.

Não se deve confundir, contudo, a possibilidade de uma pessoa jurídica de direito privado, assim como um particular, figurar no polo passivo de uma Ação por Improbidade

---

<sup>19</sup> A qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e as parcerias que podem ser firmadas com tais entidades são definidas na Lei Federal nº 9790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3100/1999.



Administrativa, porquanto esta legitimidade passiva é atribuída pela Lei Federal nº 8.429/1992, que é ajuizada e processada no Poder Judiciário.

Feitas essas considerações, conclui-se que o dever de prestar contas recai sobre os seguintes gestores:

- Chefe do Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
- Órgãos da administração direta (ministros e secretários).
- Entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).
- Presidente da mesa das casas legislativas (chefe do legislativo).
- Presidente de qualquer tribunal do Poder Judiciário.
- Presidente de qualquer tribunal de contas.
- Consórcios públicos (da Lei Federal nº 11.107/2005).
- Responsáveis solidários (membros das comissões de licitação, demais responsáveis pelo controle interno, contadores e engenheiros).

A administração pública deve ser entendida como um todo, sob uma visão macro. Administrador público é todo aquele que assume a responsabilidade de gerir os interesses do povo, seja por escolha direta destes, seja por designação do Chefe do Executivo.

Desse modo, a administração pública possui um comandante maior que é o chefe do poder executivo. Diante da impossibilidade de assumir todas as funções ao mesmo tempo, pois devem se preocupar com assuntos maiores de governo, torna-se prudente que os Chefes dos Executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deleguem, mediante repartição de atribuições, poderes de administração.

Dessa formulação surgem as *unidades gestoras* por meio dos ministérios e secretarias, que não possuem personalidade jurídica própria, porquanto quem a possui é o ente federativo que lhe comanda. São apenas órgãos da administração direta. Esse fenômeno é designado como desconcentração administrativa.

Na desconcentração administrativa, criam-se órgãos ou departamentos, melhor designados de unidades gestoras, com delimitação de suas atribuições e atividades, e delegação de poderes na medida necessária ao exercício de suas designações. Esse sistema facilita a fruição dos atos administrativos, na busca do interesse público, e o alcance da eficiência. Os gestores dessas unidades são auxiliares diretos do chefe do executivo, mas não são representantes legais do ente federativo.

Por ser cabível e até mesmo recomendável, a desconcentração administrativa deve ser utilizada de acordo com as necessidades da administração. No entanto, ao tribunal de contas cabe aferir até que ponto a desconcentração é razoável e a partir de que momento ela pode passar a ser usada como forma de esconder a responsabilidade do chefe do executivo, que na verdade pode comandar as ações nos bastidores, mas colocar na linha de frente outra pessoa que juridicamente é a responsável.

Esta reflexão deve ser feita pelo fato de que a legislação indica que a representação dos entes federativos cabe aos chefes do poder executivo. No caso da União, nos termos do artigo 76 da Constituição Federal, a representação é exercida “*pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado*”. Decorrente desse preceito, a representação da administração pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve ocorrer da mesma forma, ou seja, os secretários são auxiliares do chefe do executivo.

Desse modo, a desconcentração administrativa não pode ser usada para livrar o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos da solidariedade pelos atos e ordens de despesas exaradas por seus auxiliares – ministros e secretários. Isto porque o principal administrador, responsável por toda a administração pública, é o chefe do executivo, e seus auxiliares – ministros e secretários, são responsáveis secundários (subordenadores ou ordenadores secundários).

A representação da administração pública, nos termos do princípio democrático, é exclusiva do chefe do executivo, haja vista a sua escolha direta pelo povo, titular único e verdadeiro do poder. Assim, não pode o chefe do executivo se esquivar dessa responsabilidade que lhe é atribuída pela determinação popular, por delegar a totalidade de seus poderes a uma pessoa desconhecida ao povo.

Desse modo, a delegação oriunda da desconcentração administrativa não pode ser total, pois ao chefe do executivo permanece a responsabilidade solidária pelos atos praticados por

seus auxiliares. De fato, a delegação de poderes na desconcentração administrativa ocorre até certa medida, a exemplo da realização de licitação e dos estágios das despesas, que ficam a cargo dos ministros e secretários. Mas no ato de obrigar o ente federativo perante terceiros, que se dá por meio de contrato, tem de constar a assinatura do chefe do executivo.

Além disso, há atos que são indelegáveis, a exemplo das contas de governo, do envio de projetos de lei ao legislativo, orçamento e planejamento contábil-financeiro, e tantas outras medidas.

No caso da União, ressalve-se, dada a abrangência nacional de sua administração, que os Ministérios, apesar de serem órgãos da administração direta por meio da desconcentração, possuem registro próprio junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o que pressupõe uma personalidade jurídica que tem como meta apenas dar-lhe a autonomia para assumir obrigações perante terceiros e para efeito de destinação no orçamento da União.

O entendimento dessa separação de atribuições e da responsabilidade de quem delega e de quem recebe a delegação, no caso da desconcentração administrativa, é afastado se o assunto é administração pública indireta. Nesta ocorre o fenômeno da descentralização administrativa, pois é criada, com personalidade jurídica própria, uma entidade que desenvolve suas atividades fora do âmbito da administração direta.

É o caso das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações públicas. Os gestores dessas entidades, ao manusearem recursos públicos, são responsáveis pela coisa pública, e devem satisfação à sociedade por meio dos tribunais públicos de contas.

No que diz respeito às casas legislativas, deve-se entender o seu funcionamento e personalidade jurídica. No caso do legislativo federal, cujo sistema é bicameral, cabe ao senador eleito para ser presidente do Senado e do deputado federal eleito para ser presidente da Câmara dos Deputados a responsabilidade de gerir os recursos públicos que são destinados a cada uma das casas. No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujo sistema de seus legislativos é unicameral, a responsabilidade cabe ao deputado estadual, ao deputado distrital e ao vereador eleito para assumir a presidência de sua respectiva casa.

Entenda-se que na função de presidente, ao atuar como chefe do legislativo, o parlamentar comandará os trabalhos da casa, que vão desde as funções próprias de legislar até

a função de administrar o parlamento, que envolve a presidência da casa e da mesa gestora, e a gerência dos recursos a ele destinados, a realização de licitações, ordenação de despesas, compras e investimentos, distribuição da verba de gabinete, arrecadação de duodécimos, realização de concursos públicos, admissão de pessoal, atos de aposentadoria e pensão, e pagamento de servidores. O chefe do legislativo exerce, portanto, duas funções: a típica, como parlamentar, legitimada pela escolha do povo, e a de administrador da casa legislativa.

Do exercício da função de administrar a casa é que se origina o dever de prestar contas, e dar satisfação à sociedade por meio dos tribunais de contas. A mesma verbalização que envolve as ações de *utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar* os recursos públicos aplica-se ao parlamentar que assume a presidência de uma casa legislativa, o que faz surgir o dever de prestar contas. Deve-se observar, no entanto, que os presidentes das casas legislativas não têm de prestar contas sobre atos de governo, mas somente de gestão.

A mesma linha de lógica e raciocínio se aplica aos presidentes dos tribunais do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal Superior Eleitoral – TSE, Tribunal Superior do Trabalho – TST, Superior Tribunal Militar – STM, Tribunais Regionais Federais – TRFs, Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs, Tribunais Regionais Eleitorais - TREs e Tribunais de Justiça – TJs). Ao ser eleito para presidir o tribunal, o ministro ou desembargador exercerá uma dupla função: a que lhe é típica, qual seja, de julgar, e a que lhe é atípica, isto é, de administrar e ordenar despesas.

Cabe ao juiz que assume a presidência de um tribunal a gerência dos recursos a ele destinados, a realização de licitações, contratações, ordens de despesas, compras e investimentos, abertura de concursos públicos, admissão de pessoal, atos de aposentadoria e pagamento de servidores.

Desse modo, a mesma verbalização que envolve as ações de *utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar* os recursos públicos aplica-se ao ministro ou desembargador que assume a presidência de um tribunal judiciário, o que faz surgir o dever de prestar contas ao tribunal de contas respectivo. Deve-se frisar, ademais, que os presidentes dos tribunais judiciários não têm de prestar contas sobre atos de governo, mas somente de gestão.

Quanto aos presidentes dos tribunais de contas sua satisfação é dada ao órgão de contas responsável pela fiscalização do ente ao qual está vinculado. É o caso dos presidentes dos

tribunais de contas municipais e dos municípios que, por serem órgãos da administração estadual, enviam sua gestão à análise dos tribunais de contas dos estados.

Dentre as mais recentes alterações do ordenamento jurídico, que refletem na prestação de contas perante os tribunais de contas, está o implemento dos consórcios públicos, nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005. Estes consórcios, ao serem formados, serão compostos pelos entes federados e criados por “contrato” acompanhado de um “protocolo de intenções”, este último ratificado por lei de cada ente. Os entes consorciados podem fornecer servidores para a realização do objetivo do consórcio.

O consórcio público criado nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005, terá personalidade jurídica que pode assumir a forma de direito público ou de direito privado, posto que, ao assumir a forma pública, passará a integrar a administração indireta da cada ente consorciado. O consórcio receberá de cada ente participante os recursos delimitados no “contrato de rateio”.

A mesma Lei Federal nº 11.107/2005 criou a figura do “contrato de programa”, por meio do qual os entes consorciados estabelecerão

as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos (artigo 13 *caput*).

Nos termos do artigo 2º, §1º e incisos, da Lei Federal nº 11.107/2005, o consórcio público poderá assumir obrigações de várias naturezas, inclusive de índole financeira e patrimonial. Ainda que tenha a personalidade de direito privado, os recursos repassados por cada ente consorciado não deixam de ser públicos.

Daí que, de acordo com o artigo 6º, §2º, e artigo 9º, parágrafo único, todos da Lei Federal nº 11.107/2005, cabe tanto ao consórcio público de direito público quanto ao de direito privado, o dever de prestar contas perante os tribunais de contas. O tribunal a quem incumbirá a fiscalização será o da circunscrição do ente federativo que represente legalmente o consórcio. Essa fiscalização, no entanto, não afasta a prestação das contas de cada ente consorciado sobre os recursos que efetivamente repassou ao consórcio.

Os agentes públicos, que incluem os representantes de cada ente consorciado, no caso, cada chefe do executivo, responderão perante os tribunais de contas pelos atos praticados em desacordo com a lei ou com os estatutos.

Por último, deve-se frisar a questão da responsabilidade solidária. Muitas vezes a administração recebe o apoio de terceiros, que podem compor o quadro funcional ou, ainda que não sejam componentes do quadro funcional do ente federativo, mas apenas um contratado, seus serviços influem no resultado público.

Neste caso, se houver a pessoa física contribuído diretamente para a prática de algum ilícito, ou que do ato administrativo do qual participou tenha resultado prejuízo ao interesse público, caberá a sua responsabilidade solidária com a do gestor. São exemplos de pessoas físicas que podem ser servidores públicos ou apenas contratados, mas cujos serviços podem influir diretamente no resultado prático, os membros das comissões de licitação, demais responsáveis pelo controle interno, contadores e engenheiros.

Essa responsabilidade solidária é fundamentada no artigo 74, §1º, da Constituição Federal, no sentido de que “Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

O entendimento quanto àqueles que estão incluídos na expressão “responsáveis pelo controle interno” deve ser ampla, pois envolve não apenas os chefes de almoxarifado, mas também os membros das comissões, permanente ou não, de licitação, dos contadores e dos engenheiros, estes últimos pela grandiosidade que não raro é carreada às obras implementadas pela administração pública.

No caso dos procuradores ou advogados que assessoram os gestores públicos, em regra não haverá a sua responsabilidade solidária por consultas e pareceres, haja vista que essa atuação é meramente opinativa. Afinal, ao administrador público também se presume o conhecimento das leis, da licitude e das consequências possíveis de seus atos.

No entanto, diante da influência que a atuação desses profissionais pode ter sobre a gestão pública, o caso concreto pode indicar sua participação efetiva no ato ilícito. Se dessa análise decorrer a conclusão de participação dolosa de procuradores e advogados, por seus atos, para desvios porventura detectados, poderão eles também ser responsabilizados.

### 3.5 Funções exercidas pelos tribunais de contas

No exercício de seu mister, os tribunais de contas exercem várias funções, cujas especificações podem ser extraídas a partir do texto constitucional. O resumo dessas funções ajuda na visualização macro do trabalho, bem como da importância desses órgãos para a proteção da república e da democracia.

Exercer uma função pública pressupõe a atribuição de um poder estabelecido pela ordem jurídica. Nenhum órgão público poderá exercer a contento suas funções se a ele não forem destinadas prerrogativas que lhe autorizem tomar as atitudes necessárias à realização daquilo que dele se espera.

As funções, portanto, exercidas pelos tribunais de contas podem ser assim resumidas: fiscalizatória (que envolve o poder de inspecionar e de tomar as contas), opinativa, julgadora (decisória), sancionatória, consultiva, informativa, impugnativa e representativa.

#### 3.5.1 *Função fiscalizatória*

O trabalho dos tribunais de contas é, precipuamente, fiscalizador. Fiscalizar tem o sentido de vigiar, examinar, verificar, sindicair, censurar. Assim, os atos de governo e de gestão são submetidos a constante vigilância exercida por estes órgãos, que controlam, mediante exame e verificação, as ações administrativas.

Significa dizer que cabe às cortes de contas dar o crivo final sobre as ações de gestão e parecer sobre as ações de governo. Nas contas de gestão, por ter a atribuição de dar a palavra final sobre os atos fiscalizados, nota-se a maior concentração do poder e da função fiscalizadora do tribunal de contas.

Já no caso das contas de governo sua fiscalização é concluída com a emissão de parecer prévio, cuja análise final é feita pela casa legislativa respectiva. Seria incongruente afirmar que, por emitir um parecer e não uma decisão, não estaria o tribunal no exercício do seu trabalho de fiscalização. Apesar de não possuir poder de expressar uma decisão final nem de sancionar, no caso das contas de governo, deve-se dizer que o ato de fiscalizar não é condicionado ao poder de decidir e sancionar. Logo, ao emitir um parecer prévio, resultado de seu trabalho de controle, está o órgão de contas em atividade fiscalizatória.

Os meios utilizados para exercer essa fiscalização são dos mais diversos, e permite o uso de todo e qualquer modo de se tomar conhecimento de uma ilegalidade ou ato administrativo, desde que tal instrumento não seja ilícito nem vedado pelo Direito, o que inclui a aplicação da vedação do uso de provas ilícitas.

Assim, a fiscalização pode ser exercida sobre as contas apresentadas espontaneamente pelos gestores, dentro do prazo assinado pela lei ou regulamento. No caso de não ser cumprido este interregno, caberá ao Tribunal tomá-las, seja inteira ou parcialmente, como na hipótese de um ato específico, no qual se abre uma tomada de contas especial.

O próprio órgão de contas pode provocar a abertura de uma fiscalização, como no caso de ser realizada uma inspeção ou auditoria *in loco* para verificação dos arquivos, documentos e atos da administração. A fiscalização também pode ter início mediante representação de autoridades ou através de notícia dada por qualquer cidadão acerca de ilegalidade praticada em detrimento do interesse ou dos recursos públicos.

### 3.5.2 *Função opinativa*

No conjunto de atribuições dos tribunais de contas está a de opinar, que envolve a emissão de um parecer prévio sobre as contas de governo, posto ter o ordenamento constitucional estabelecido que a decisão final, neste caso, é da casa legislativa respectiva.

No entanto, deve-se ressaltar que o afastamento da opinião do tribunal de contas, emitida por meio do parecer prévio, no caso das contas de governo municipais, não é realizado por maioria simples dos parlamentares. O parecer do órgão de contas, emitido sobre as contas do governo municipal, somente deixará de prevalecer mediante o voto de dois terços (2/3) da Câmara de Vereadores (artigo 31, §2º, da Constituição Federal). Sobre as contas de governo estaduais, distritais e federais, o parecer prévio somente não prevalecerá se esta for a vontade da casa legislativa. Neste caso, aplica-se a regra do artigo 47 da Constituição Federal, ou seja, exige-se a maioria simples dos votos desde que presente a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (nas contas da União) e, caso não haja disposição específica quanto ao quorum de aprovação nas respectivas constituições estaduais ou na Lei Orgânica do Distrito Federal, será exigida a maioria simples dos votos desde que presente a maioria



absoluta dos membros da Assembléia Legislativa (nas contas do Estado) ou da Câmara Legislativa (no caso das contas do Distrito Federal).<sup>20</sup>

Em face do acórdão em sede de prestação de contas de governo, que possui a natureza de parecer prévio, frisa-se que, por não ser decisão, não há previsão de recursos processuais para reforma do aresto. Daí sua natureza opinativa, posto que a decisão final será tomada pela casa legislativa legitimada.

### 3.5.3 *Função julgadora (decisória)*

Resultante da fiscalização das contas de gestão, prestadas ou tomadas (parcial ou totalmente), os tribunais de contas exercem a função de julgar após a análise e exame dos atos administrativos praticados no manuseio do patrimônio e dos recursos públicos. É o julgamento das contas de gestão.

Diferentemente das contas de governo, cujos pareceres prévios são opinativos, nas contas de gestão os tribunais podem julgar pela sua aprovação ou desaprovação, assim como aplicar as sanções cabíveis e previamente definidas em lei, com o cuidado de identificar a pessoa responsável, individualizar as ações e delimitar as responsabilidades.

As sanções aplicadas podem ser de multa e de imputação de débito, além de recomendar outras medidas previstas em lei, como o registro de indícios de atos de improbidade administrativa ou de crimes tipificados em lei. Se a decisão aplica as sanções pecuniárias possíveis, a decisão se torna título executivo para todos os efeitos legais, cuja legitimidade para cobrança é do ente federativo (União, Estado, Distrito Federal e Município) e não do próprio tribunal.

Aqueles que defendem a impossibilidade de controle do judiciário sobre os provimentos dos tribunais de contas usam, como um de seus argumentos, o exercício dessa função de julgamento e decisão. Para eles, é como se a Constituição Federal tivesse equiparado os tribunais de contas a um órgão do judiciário, além de tornar suas decisões definitivas e imutáveis, com efeitos idênticos ao da coisa julgada dita no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. A soma da função de julgar ao fato de receberem os ministros e conselheiros as mesmas garantias destinadas aos magistrados, é usada por esta corrente para

---

<sup>20</sup> Ressalta-se que não há óbice em que a Constituição do Estado ou a Lei Orgânica do Distrito Federal apresente disposição específica e determine a maioria qualificada de votos da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa para afastamento do parecer prévio do Tribunal de Contas estadual ou distrital.

defender a impossibilidade de controle judicial. Ocorre que, conforme será visto no capítulo seguinte, esses argumentos, além da especialização técnica dos tribunais de contas, são insuficientes para impedir o controle do judiciário, porquanto o texto da Constituição Federal e a hermenêutica constitucional indicam a plena possibilidade dessa ingerência.

#### 3.5.4 *Função sancionatória*

A possibilidade de aplicar sanções existe somente no caso do tribunal exercer seu mister de julgar e emitir decisão sobre a situação das contas de gestão. Fora desse âmbito, não possuem os tribunais de contas legitimidade para sancionar.

No Direito, a sanção pode ser tanto premial quanto punitiva. Mas, no caso dos tribunais de contas, o termo sanção é utilizado para designar pena ou medida de punição, cujo objetivo é desestimular o administrador que lesou o erário ou que implementou algum ato indevido, ilegal ou antieconômico, para que não repita o erro. Em última análise, as sanções administrativas aplicadas pelos tribunais de contas visam a proteger os cofres públicos.

#### 3.5.5 *Função consultiva*

Uma das metas dos tribunais de contas, no exercício de suas atividades, é de orientar e prevenir futuros prejuízos ao interesse público. Com isso, esses órgãos são abertos para receber consultas dos administradores públicos, desde que a deliberação não se baseie num caso concreto, posto que isso levaria o tribunal a agir como administrador no lugar daqueles efetivamente legitimados para isso, o que seria uma anomalia jurídico-administrativa.

As consultas devem ocorrer de modo aberto, abordar orientações em tese, posicionamentos que tenham aplicação a vários casos, que sirva a todos aqueles que devem prestar contas. Podem tratar do entendimento acerca de leis, normas e procedimentos gerais, bem como sobre como deve agir o administrador.

#### 3.5.6 *Função informativa*

Enquanto a função consultiva ocorre na relação entre o tribunal de contas e o administrador, com o objetivo deste de receber uma orientação geral, a função informativa reside na relação entre o órgão de contas e o poder legislativo respectivo e, numa forma mais ampla, a toda a sociedade. Por ser pública a atividade dos tribunais de contas, deve ele, num

sentido amplo e mediato, informar a toda a coletividade acerca das contas dos governantes e administradores.

Tanto o legislativo quanto autoridades, ou o próprio cidadão, podem requerer informações aos tribunais de contas, haja vista estes exercerem função pública na proteção da república (do interesse público), na condição de órgãos que detêm importante posição constitucional e social, bem como para o equilíbrio e legalidade dos gastos públicos.

Demais disso, a função informativa possibilita a complementação do controle externo pelos outros poderes, órgãos públicos e pela própria sociedade, além de permitir o controle político pelo eleitor, que poderá verificar o zelo para com a coisa pública e a atuação pretérita de postulantes a cargos eletivos.

### 3.5.7 *Função impugnativa*

Por ocasião da análise dos atos de gestão, os tribunais de contas podem se deparar com medidas, ainda em plena vigência e aplicação, que estejam a causar prejuízos aos cofres públicos. Casos assim exigem dos órgãos de contas uma atitude efetiva e comissiva no sentido de estancar tais atos danosos.

Torna-se, portanto, imperativo que os tribunais de contas exarquem determinações impugnativas que tenham por objetivo sustar contratos, convênios ou outras espécies de atos que ainda ocasionem prejuízos reais e atuais ao erário, ou sustar atos que, se implementados, causarão danos aos interesses da coletividade.

Note-se que o ato de impugnar ou sustar atos de gestão pode ocorrer tanto com aqueles que já estejam em execução (tempo presente – lesão concretizada) quanto com aqueles que estão em vias de serem implementados (tempo futuro – ameaça).

O tribunal de contas pode oficiar diretamente ao administrador responsável pelo ato para que suspenda a sua execução, ou que não a execute, e assinar prazo para a tomada de providências. E, na hipótese de não atendimento, dar ciência ao poder legislativo ou à autoridade que tenha legitimidade para a tomada de medidas judiciais, como o Ministério Público.

### 3.5.8 *Função representativa*

Aos tribunais de contas cabe dar execução às suas determinações e decisões. Porém, tal execução se dá de modo indireto, como ocorre nos casos em que a decisão aplica multa e imputa débito, onde a legitimidade pela cobrança é do ente federativo beneficiado.

Mas há também os casos em que outros registros são realizados na decisão, como na existência de indícios de atos de improbidade administrativa, de acordo com a Lei Federal nº 8.429/92, ou de outros crimes previstos em lei.

Nestas hipóteses, como o tribunal de contas não possui legitimidade para ajuizar a medida judicial cabível nem para oferecer denúncia, realizará a representação à autoridade competente, na maioria das vezes ao Ministério Público, bem como ao Tribunal Eleitoral, na hipótese do ato fiscalizado ou a decisão ter reflexos de cunho eleitoral.

## **3.6 Meios de fiscalização e especialização contábil**

Entendidos os aspectos objetivo e subjetivo da prestação de contas, bem como das funções exercidas pelas cortes de contas, passa-se ao estudo dos meios utilizados para fiscalizar, cujo uso é atribuído aos tribunais de contas. O fundamento desses meios encontra-se na própria Constituição Federal, que delinea a atuação dos órgãos de contas.

Consoante os artigos 70 a 74 da Constituição Federal a fiscalização é exercida e acompanhada das seguintes ações:

- fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.
- legalidade, legitimidade, economicidade.
- sistema de controle interno de cada poder.
- apreciação das contas prestadas anualmente pelos chefes do executivo, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.
- julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

- apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, o que inclui as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

- realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

- fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

- fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

- prestação das informações solicitadas pelas casas legislativas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

- aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

- assinatura do prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

- sustação da execução do ato impugnado e, caso não atendida, efetuar a comunicação da decisão à casa legislativa (*vide* também artigo 72, §2º, da Constituição Federal).

- representação ao Poder competente das irregularidades ou abusos apurados.

O trabalho dos tribunais de contas envolve amplo raio de atuação ao efetuar a análise das contas sob vários aspectos. Fiscalizar a realização das despesas, registros contábeis e financeiros, entrada e saída de recursos, saldos e extratos bancários, consolidações bancárias, verificação do planejamento e execução orçamentária e controle do patrimônio.

As contas são aferidas sob o ângulo da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Sob o prisma da lei, verifica-se a adequação do ato com as disposições legislativas aplicadas à espécie, bem como se havia a necessidade de expedição de uma lei ou de um ato administrativo normativo para a realização da ação fiscalizada.

No aspecto da legitimidade, constata-se se o autor do ato detinha atribuição administrativa para exará-lo. No critério da economicidade, é atestado se a despesa ou o planejamento de governo realmente atendeu às melhores opções para a realização da primazia do interesse público.

Quanto ao controle interno, cada poder tem a obrigação de possuir seu próprio sistema que deve ser organizado, eficiente e estar em pleno funcionamento. No que diz respeito ao parecer prévio, é ele instrumento, também na forma de acórdão, que expressa a análise das contas de governo, contém uma recomendação do tribunal e sua opinião pela aprovação ou desaprovação. Esse parecer prévio é submetido ao legislativo respectivo.

No caso das contas do governo federal (do Presidente da República), cabe ao Congresso Nacional, pelo sistema bicameral, a apreciação do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União (artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal).

No trabalho de julgar as contas está incluída a atribuição do tribunal para, diferentemente da emissão de parecer prévio nas contas de governo, que tem natureza opinativa, haja vista que o poder de julgamento final pertence ao legislativo, dar a palavra final sobre as contas de gestão, e decidir pela aprovação ou desaprovação, aplicar sanções pecuniárias e detectar, em tese, atos de improbidade, além de representar aos demais poderes.

Ao apreciar a legalidade dos registros de pessoal e dos atos de aposentadoria, o tribunal de contas se pronuncia acerca da legalidade ou não do registro.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela necessidade de intimação ao interessado na hipótese de o tribunal de contas declarar a ilegalidade do ato de sua aposentadoria, o que leva a inexistência da automática consequência de restituição dos valores recebidos, salvo se houver a comprovada má-fé do interessado.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE

Se existir, porém, a simples possibilidade de anulação ou revogação do *ato inicial* de aposentadoria, reforma ou pensão, sem a determinação de restituição dos valores, não haverá dever de observância do contraditório e da ampla defesa.

Neste caso, considerou o STF que, por estar a aposentadoria no início de sua sucessividade, não há prejuízos a serem causados à esfera jurídica do interessado, pois considerou não ocorrida a consolidação financeira pelo recebimento da aposentadoria. Essa orientação encontra-se nos termos da Súmula Vinculante nº 3, publicada no dia 06.06.2007. Por este enunciado, o contraditório somente será observado se o pagamento do benefício estiver implementado a um tempo mais ou menos longo.<sup>22</sup>

Por intermédio das inspeções e auditorias, constata-se de perto a realidade da administração. A melhor fiscalização, que pode ser feita pelo tribunal de contas, é a realizada *in loco*, sendo verificado de modo efetivo os acontecimentos e os documentos envolvidos.

Geralmente, porém, essas inspeções são realizadas por fatos especiais, ou, no caso da Controladoria Geral da União – CGU sobre as administrações municipais, por sorteio entre os municípios que receberam recursos públicos federais. As auditorias, por sua vez, podem ser feitas *in loco* ou dentro do próprio processo em tramitação nos tribunais de contas.

---

RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO. 1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva. 2. O § 2º do art. 193 da Lei n. 8.112/1990 veda a utilização cumulativa do tempo de exercício de função ou cargo comissionado para assegurar a incorporação de quintos nos proventos do servidor (art. 62 da Lei n. 8.112/1990) e para viabilizar a percepção da gratificação de função em sua aposentadoria (art. 193, caput, da Lei n. 8.112/1990). É inadmissível a incorporação de vantagens sob o mesmo fundamento, ainda que em cargos públicos diversos. 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 71, inc. III, da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União cumpre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando garante ao interessado - como se deu na espécie - os recursos inerentes à sua defesa plena. 5. Ato administrativo complexo, a aposentadoria do servidor, somente se torna ato perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União. 6. Segurança parcialmente concedida (MS 26085 / DF - DISTRITO FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA – Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA – Julgamento: 07/04/2008 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno - IMPTE(S): ESPEDITO PEREIRA – IMPDO(A/S): PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO e RELATOR DO PROC Nº TC-003.774/2003-0 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO).

<sup>22</sup> **Súmula Vinculante 3:** Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Entre inspeções e auditorias não há diferença essencial, porquanto uma encontra-se dentro da outra. Uma inspeção, formada por uma comissão de inspetores e/ou auditores, realiza uma auditoria, ou seja, faz um confronto da contabilidade sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Se a inspeção, por sua vez, tiver por meta a análise de uma obra, diz-se que a auditoria é de engenharia.

A fiscalização de convênios, contratos e termos de parceria é de suma importância para a verificação da regularidade das contas, porquanto, a bem da verdade, se for excluído o pagamento de seu pessoal, todas as despesas da administração são formalizadas por meio daqueles instrumentos. Assinar prazos para a regularização destes e de outros atos, bem como determinar a sua sustação, se ilegais, compõem o trabalho de fiscalizar documentalmente todos os atos da administração.

Prestar informações ao poder legislativo é outra consequência da atividade dos tribunais de contas. Embora não faça parte do poder legislativo, assim como não é subordinado ao executivo nem ser órgão do judiciário, os tribunais de contas, na condição de instituição democrática, protetora da república, devem trabalhar em conjunto com os demais poderes.

Daí decorre o dever de representar às autoridades interessadas acerca de irregularidades e abusos cometidos, cujo objetivo é dar ciência da prática de atos de improbidade ou que causem lesão a direitos coletivos e difusos, para que aqueles que detêm a legitimidade possam tomar as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

Ao se pronunciar sobre as contas, e emitir juízo acerca de sua aprovação ou desaprovação, tem o tribunal de contas, por ordem do texto constitucional, o poder para aplicar sanções pecuniárias entre multa e imputação de débito. A multa geralmente é aplicada aos atos ilegais. Já o débito ou ressarcimento é imputado, isoladamente ou em adição à multa, se houver prejuízo financeiro e este puder ser apurado pelo levantamento de valores perdidos em consequência do ato ilegal.

Exemplo típico ocorre no caso da administração pagar por obras, produtos e/ou serviços cuja efetiva realização não é comprovada. Nada impede, frisa-se novamente, de serem cumulados os valores de multa e débito. A decisão do tribunal de contas, que comina multa e/ou imputa débito, e da qual não cabe mais recurso administrativo, se torna título executivo.



Importa esclarecer ainda quanto às atribuições de cada tribunal de contas. A distinção e a distribuição dessas atribuições seguem três critérios: a que ente está ligado o gestor público; a origem dos recursos; e, no caso de entidade da administração indireta, por qual ente ela foi criada.

Assim, caberá aos Tribunais de Contas dos Municípios (Bahia, Ceará, Goiás e Pará) a fiscalização dos gestores dos entes municipais desses Estados (do Executivo e do Legislativo), bem como daqueles que administraram as entidades municipais da administração indireta. Ressalta-se que, por inexistir Poder Judiciário em nível municipal na estrutura da federação brasileira, não há fiscalização dos tribunais de contas dos municípios ou municipais sobre o judiciário.

Aos Tribunais de Contas Municipais, que correspondem apenas aos municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, caberá a fiscalização dos gestores desses dois entes (do executivo e do legislativo), bem como dos que administrarem suas entidades da administração indireta.

Aos Tribunais de Contas dos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará, é atribuído o dever de fiscalizar as contas dos gestores de seus respectivos governos estaduais nas três funções do poder – do executivo, do legislativo e do judiciário (com exclusão dos seus municípios por existir órgãos de contas especiais para as suas contas), além daqueles que gerirem as entidades da administração indireta criadas por estes Estados.

Aos demais Tribunais de Contas dos Estados cabe fiscalizar seus governos estaduais (do executivo, do legislativo e do judiciário) e respectivos municípios (do executivo e do legislativo), bem como as respectivas entidades da administração indireta estadual e municipal.

Ao Tribunal de Contas do Distrito Federal cabe a fiscalização dos gestores do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, além daqueles que gerirem as entidades da administração indireta criadas pelo governo distrital. Ressalta-se que não há controle externo municipal pela inexistência de divisão do território do Distrito Federal em municípios.

Por último, cabe ao Tribunal de Contas da União fiscalizar os atos de governo e de gestão do poder executivo, e dos atos de gestão dos poderes legislativo e judiciário, na esfera federal, bem como das entidades da administração indireta por eles criadas, além de controlar a administração dos gestores de qualquer Estado ou Município que tenha recebido repasse de verba pública federal.

### 3.7 Atividade processual nos tribunais de contas

O trabalho dos tribunais de contas não pode ser realizado ao arrepio da lei e sem qualquer organização prévia. A análise e a fiscalização das contas, bem como a participação do gestor público e o controle das decisões, não são realizadas ao alvedrio desses tribunais, que devem atender ao conjunto de normas e princípios que regulam e freiam a força estatal em suas relações com os administrados. De fato, o Estado, que recebe da soberania popular a delegação para atuar em nome da coletividade, edita normas em duas frentes: as de direito material e as de direito processual.

As normas de direito material tem cunho privado ou público. Nas primeiras há a aplicação do brocardo segundo o qual “aquilo que não é proibido é permitido”, que rege as relações pela autonomia da vontade das partes. Em relação às normas de direito material público, as mesmas são direcionadas às atividades do Estado, notadamente as de natureza administrativa, tributária, punitiva (penal) e eleitoral. Tais normas de direito material público têm aplicação nas relações entre o Estado e os particulares, e entre entes e/ou entidades estatais. Acerca das normas de direito processual, estas têm natureza pública.

A política processual, em consequência, é fundamental para a segurança jurídica, social e estatal, pacificação e controle externo e social, bem como para que a aplicação das demais normas jurídicas – de natureza material (nas searas do direito civil, penal, tributária, trabalhista, administrativa, eleitoral e ambiental, dentre outras) se dê de forma correta e equânime. Não se desperceba, por conseguinte, que de uma atividade processual eficiente não decorrerá apenas essa calma e pacificação social, mas também o progresso econômico, a evolução dos mercados, a segurança e o cumprimento dos contratos, a aplicação correta e legal das sanções previstas em lei e a validade do ordenamento, e no que diz respeito aos processos administrativos nos tribunais de contas, haverá o controle das políticas públicas e das ações de governo, bem como da aplicação e manuseio dos recursos e do patrimônio público. Essas, portanto, são as funções das normas processuais.

A Teoria Geral do Processo tem importante papel para o correto entendimento da atividade processual. Como disciplina jurídica preparatória ao exercício e prática processual, bem como embasadora do entendimento efetivo do processo na vida estatal e social, sua abrangência deve se ater a todas as espécies de ramos do processo. Uma observação crítica, todavia, deve ser colocada. Apesar de seu amparo constitucional, e de textualmente a

Constituição Federal fazer referência ao “processo administrativo” (como no artigo 5º, incisos LV, LXXII, “b”, e LXXVIII), não raro e de modo equivocado o processo encontra-se mais associado ao Poder Judiciário, pois se faz mais alusão ao processo como se este fosse privativamente judicial. Tal comentário apenas reforça a crítica já realizada por José de Albuquerque Rocha.<sup>23</sup> Contudo, o direito processual, como frisado acima, tem uma posição enciclopédica privilegiada e deve-se enxergar que seu raio de abrangência é mais amplo, porquanto atinja os processos administrativos.

A atividade processual não pode ser estudada e limitada apenas à relacionada ao judiciário. O processo e seus objetivos, notadamente o de instrumento de controle e pacificação social, também se aplicam aos de natureza administrativa. O estudo do processo, por conseguinte, não pode limitar-se ao judicial, haja vista que o direito processual é bem mais amplo, o que inclui o de natureza administrativa.

De fato, o controle externo e social exercido pela atividade processual é generalizado, fato que deve impedir qualquer preconceito em cima de uma ou outra espécie ou subespécie de processo. A relação entre as mais variadas atividades processuais é horizontal, não vertical. Embora inexista um Código de Processo Administrativo, como há um Código de Processo Civil e um Código de Processo Penal, não há hierarquia processual. O processo deve ser visto como um só.<sup>24</sup> Alexandre Freitas Câmara faz comentário que reflete essa máxima da horizontalidade entre os diversos ramos do direito processual e a importância do processo administrativo:

Assim sendo, o Direito Processual deve ser sempre interpretado como um ramo do Direito em que há um predomínio do Estado, o qual tem uma das manifestações de seu poder por ele estudadas, o que aproxima o Direito Processual, em muitos aspectos, do Direito Constitucional (onde se encontra, obviamente, os seus princípios norteadores,

<sup>23</sup> “... o direito processual pode ser entendido em um sentido amplo, como, aliás, já afirmamos em relação à Teoria Geral do Processo, que devia estudar os conceitos pertinentes não só ao processo jurisdicional como também os conceitos pertinentes ao processo legislativo, administrativo e até ao processo observado entre os particulares na feitura dos contratos, nas deliberações das sociedades, associações etc. De fato, definido o processo como uma série ordenada de atos de vontade tendentes à produção de um efeito jurídico final, verifica-se não ser este um fenômeno restrito à atividade jurisdicional, mas ocorrente também nas esferas do Legislativo, Executivo e, até, na dos sujeitos privados. Ora, se o direito processual é o conjunto de normas que disciplina esse série coordenada de atos necessários à criação de novas situações jurídicas e, por outro lado, se o fenômeno não é exclusivo do Judiciário, mas comum ao Legislativo, à Administração e até aos particulares, então temos um direito processual jurisdicional, legislativo, administrativo e até um direito processual negocial”. ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

<sup>24</sup> “Na verdade, ou na essência, o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso mesmo, comuns (sic) a todos os ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo. Conveniências de ordem prática, no entanto, levam o legislador a agrupar as normas processuais em códigos ou leis especializadas, conforme a natureza das regras aplicáveis à solução dos conflitos, e daí surgem as divisões que individualizam o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho etc.” THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 6.

como o devido processo legal e o contraditório) e do Direito Administrativo (com o qual mantém, aliás, uma área de interseção, o processo administrativo, que contém elementos desses dois ramos do Direito). Tal proximidade tem como consequência a consciência – que hoje tem o processualista – de que as semelhanças entre as diversas funções do Estado são muito mais importantes do que suas diferenças, máxime porque, entre tais semelhanças, uma é essencial: qualquer que seja a função do Estado que esteja sendo exercida, o que se tem é uma manifestação do poder estatal soberano, o qual, como notório, é uno e indivisível.<sup>25</sup>

Digna de nota a observação feita pelo referido autor no sentido de detectar a proximidade do direito processual com o direito constitucional e com o direito administrativo, na qual o processo administrativo é confluyente desses dois ramos do Direito. E aí se deve dizer que, em nível de processo administrativo, salta aos olhos a importância da atividade processual nos tribunais de contas em face da influência de suas decisões sobre o Estado de Direito Democrático. Isto porque, delas infere-se a análise das ações de governo e os atos de gestão, trabalho fundamental para a manutenção, validação contínua e eficácia das instituições democráticas e de governo, cujo teor influi sobre a própria soberania ante os reflexos de seus desfechos processuais, inclusive sobre o exercício dos direitos políticos passivos.

Quanto aos destinatários das normas jurídicas estatais, inclusive as referentes ao processo, estes não se limitam apenas aos governados, o povo, por assim dizer. O próprio Estado é, talvez, o maior e principal destinatário das normas por ele mesmo produzidas. Ora, caso o Estado não fosse destinatário dessas normas e não tivesse o dever de observá-las, ter-se-ia um Estado totalitário que apenas seria o comandante, o editor de Decretos-Lei ou de Medidas Provisórias. Haveria um Estado Mandante, ilimitado, quando na verdade, como se sabe, o Poder, que está nas mãos dos governantes, é o que mais precisa de limitação e regulamentação. E esse cerco somente advém das normas.

O objetivo da atividade processual, portanto, é regular a mão forte do Estado sobre as relações, seja o Estado como juiz seja como fiscalizador, como é o caso dos tribunais de contas. Isto porque, ao Estado cabe a função de aplicar o direito material. Esta aplicação, por sua vez, não pode extrapolar os limites ditados pelo ordenamento nem agredir indevidamente a esfera juridicamente protegida das pessoas.

Pela existência de previsão e aplicação das normas materiais, caberá à norma processual dizer como deve ocorrer a atuação estatal para a correção dos desvios que lhes são apresentados pela não aplicação do direito material. Assim, as normas de direito processual

---

<sup>25</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 8.

têm cunho procedimental e buscam uma maior justiça na aplicação do direito material. Dizem respeito às regras do jogo, por assim dizer, com sua definição prévia, mesmo antes de qualquer violação do direito material, o que evita arbitrariedades, exceções, manipulações e injustiças nas decisões. As leis de direito processual ordenam o *modus operandi* do Estado no momento de aplicar as normas de direito material.

As regras do processo são compostas de leis positivadas e de princípios de incidência inafastável, porquanto estes não necessitem de previsão normativa para que tenham validade. Assim, o direito processual é regido por normas expressas na Constituição Federal, nos códigos processuais específicos e em leis que trazem regras procedimentais, além de princípios gerais que integram a matéria e ajudam na correta aplicação do direito material.

Desse modo, as normas do direito processual extraem sua força normativa da própria Constituição Federal e dos diplomas especiais, como é o caso do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, bem como das partes processuais de outras leis, como o Código de Defesa do Consumidor, da Consolidação das Leis Trabalhistas e outras extravagantes.

Acerca da importância do Direito Processual e da relação deste com o Direito Material, ensina a obra de Cintra, Pellegrini e Dinamarco:

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.<sup>26</sup>

O direito material, por sua vez, composto por todas as demais normas não processuais, é o objeto de aplicação do processo. Tais normas são as que regulam as relações entre as pessoas, entre os particulares, entre o particular e o próprio Estado, e entre os gestores públicos e o erário, ou seja, as normas de natureza material (civil, penal, tributária, trabalhista, administrativa, ambiental e eleitoral). E como devem ser aplicadas, ou seja, como deve ocorrer a atividade (ou processo) de aplicação dessas normas? Pelo uso das “amarras” e da forma legalmente prevista, ou seja, por meio das normas processuais, que regulam previamente essa atividade estatal de presidir a aplicação das normas materiais. Se apenas existissem as normas materiais sem a regulação quanto ao modo de sua aplicação, ter-se-ia

---

<sup>26</sup>CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

um Estado totalitário. Também haveria um Estado ilimitado e propenso ao cometimento de abusos acaso não fosse ele destinatário das normas e não tivesse o dever de obedecê-las e cumpri-las. Logo, o processo é atividade estatal com origem na legislação, cujas determinações envolvem a forma e o modo de aplicação correta das normas materiais.

Destarte, o processo é instrumento de controle. Tal controle pode ser destinado à pacificação social, pela aplicação das normas às mais diversas relações jurídicas, bem como destinar-se à própria atividade estatal, cujo fim é delimitar o exercício do poder pelo Estado. O direito processual é, por conseguinte, composto de normas que determinam a forma sequencial de atos lógicos, procedimentais e progressivos, sob a presidência de um órgão estatal, com o fim de conhecer os fatos, bem como dizer, executar e/ou acautelar direitos, ou exercer controle sobre alguma atividade do próprio Estado, com ou sem conteúdo sancionatório, cuja conclusão se dará com uma declaração que o extingue com ou sem resolução do mérito. Ao entrar no mérito, poderá o órgão proferir julgamento condenatório e sancionador, ou constitutivo e reconhecedor de uma situação jurídica. Como em quase todos os institutos jurídicos, as tentativas conceituais se mostram sempre desprovidas de algum elemento essencial ao objeto conceituado, faltando-lhe a devida completude. Em relação ao processo, são dos mais diversos os conceitos dados pela doutrina pátria, a maioria, como já frisado, limita-se ao processo judicial.<sup>27</sup>

A importância do direito processual para o correto funcionamento e validade das ações estatais é facilmente percebida, tendo em vista que tudo o que é feito pelo Estado passa por processos e procedimentos formais. As leis são criadas mediante processo legislativo, as infrações funcionais de servidores públicos se submetem a processo de sindicância e processo disciplinar, as contratações são realizadas por processo de licitação, as dispensas e inexigibilidades devem ser formalizadas pelo respectivo processo, há os processos de aposentadorias e pensões, processo eleitoral, processo tributário, e assim por diante. O próprio

---

<sup>27</sup> “O processo, assim, é o instrumento de que se utiliza a parte que exercitou o direito de ação na busca de uma resposta judicial que ponha fim ao conflito de interesses instaurado ou em vias de sê-lo. Inúmeros atos serão praticados no curso do processo para que o citado objetivo seja alcançado. O processo ata as partes e se desencadeia através da prática dos atos processuais, numa relação lógica que apresenta início, meio e fim”. MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 188-189.

“[...] processo (jurisdicional, entenda-se) é o procedimento em contraditório animado pela relação jurídica processual”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 150.

“[...] o processo equivale à idéia de um método adequado a ser adotado por todos os agentes estatais na valoração dos fatos jurídicos postos à sua percepção”. CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 37.

Direito passa por um processo de formalização que se inicia pela apresentação dos fatos pela sociedade ou pelas necessidades governamentais. Todos esses processos podem ser inseridos nas esferas judiciais ou administrativas.

Na atividade processual muito se discute acerca da diferença entre processo e procedimento. Como o processo é a sequencia de atos lógicos dentro de uma relação processual interpartes ou entre Estado e interessados, pode-se dizer que o processo é a abstração, enquanto que o procedimento é a materialização. Ao aplicar uma metáfora, lembre-se de que, na medicina, é muito comum dizer que o paciente está em procedimento. Tal designação se refere ao fato de que o paciente é submetido a alguma conduta de ordem prática por parte de um profissional de saúde, mais comumente de seu médico. O tratamento ou cura é uma abstração, cuja materialização prática se dá pelo procedimento médico sobre o corpo do paciente.

No Direito, ocorre o mesmo entre processo e procedimento. O primeiro é a definição que se dá ao conjunto de regras e formas que regem a aplicação das normas materiais às relações que se apresentam ao crivo do Estado. O segundo é a *práxis* dessa definição. O processo desce ao procedimento assim como a abstração desce à realidade. Por exemplo, o próprio Estado não deixa de ser uma abstração, uma ficção criada e constituída pela Constituição, cuja materialização ocorre por meio de seus representantes (com a identidade física dos julgadores ou dos membros de um tribunal) e pelos mecanismos e instrumentos práticos que podem ser utilizados, a exemplo da aplicação de sanções que podem privar o indivíduo de sua liberdade, lançar mão de seu patrimônio (pecuniárias) e reduzir-lhe direitos, como o de restringir o exercício dos direitos políticos.

Quanto ao objeto do processo, este se refere ao assunto, aos fatos e ao conjunto de provas, o mérito, o tema central, o que deverá ser conhecido ou executado, aquilo que é apresentado ao Estado. O objeto do processo é apresentado em conformidade com o ramo do direito processual e a competência previamente definida. Assim o objeto do processo pode ser dos mais variados. A atividade processual administrativa nos tribunais públicos de contas tem por objeto as ações de um governante ou gestor público, apresentadas ou tomadas para a análise e controle estatal, cujo desiderato é aferir a legalidade de seus atos na direção da coisa pública. Diante da importância do processo para o controle externo e social, bem como de ser ele composto de regras que visam a formalizar, unificar e dar limites à aplicação das normas materiais, adentra-se no tema inerente a sua instrumentalidade e efetividade.

A palavra “instrumento”, do latim *instrumentu*, significa aparelho, objeto ou utensílio que serve para executar uma obra ou levar a efeito uma operação mecânica em qualquer arte, ciência ou ofício. Todo meio de conseguir um fim, de chegar a um resultado.<sup>28</sup> Assim, ao se afirmar que o processo é instrumento, deve-se lembrar que ele é um meio para conseguir um fim ou resultado. Comumente se diz que o processo visa à pacificação social. Mas esse resultado ou finalidade é muito mais amplo, pois nele há outros desideratos, como a manutenção do Estado de Direito e a realização dos objetivos políticos.

O processo visa a dar uma satisfação aos interessados mediante a finalização de sua vida (pelo arquivamento) ou com a inserção de uma norma singular – o provimento final (decisão) que tem validade e eficácia entre as partes ou somente para o Estado e o interessado. No geral a finalização do processo influenciará a esfera jurídica dos envolvidos, pois pode ter consequências em sua liberdade, nome, patrimônio e direitos políticos.

No caso do processo perante os tribunais de contas, essa declaração final poderá obrigar os envolvidos a uma conduta ou ação posterior. Ao ente federativo envolvido (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pode surgir a necessidade de dar prosseguimento e levar a efeito as decisões dos tribunais de contas por intermédio de outras atividades processuais, como pela inscrição do interessado na dívida ativa e a cobrança dos valores estabelecidos nas sanções pecuniárias, judicial ou extrajudicialmente, ou pelo ajuizamento de ações como a civil pública, de improbidade administrativa e as eleitorais. Para o interessado, ou seja, aquele que prestou contas, haverá a opção de pagar espontaneamente as penas pecuniárias aplicadas e se defender nos referidos processos judiciais posteriores, sejam em ações de conhecimento ou executivas.

Note-se que a instrumentalidade dos processos nos tribunais de contas envolve ser ele um meio para o exercício do controle externo que envolve a fiscalização e a verificação dos atos de gestão e de governo, cujo objetivo é analisar a adequação das ações dos governantes e/ou ordenadores de despesas ao que determina a legislação, para atender à legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e publicidade. Detectadas irregularidades insanáveis, que indicam desrespeito à lei, os tribunais de contas têm autorização e autoridade legal para aplicar sanções de natureza pecuniária, indicar a existência de ato de improbidade administrativa e representar ao Ministério Público e à justiça eleitoral.

---

<sup>28</sup>DICIONÁRIO MICHAELIS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=instrumento>>. Acesso em: 22 jan. 2010.



Reconhecendo a importância e instrumentalidade do processo, reproduz-se a seguir o ensinamento de Francesco Carnelutti:

Um mecanismo, se é permitida a metáfora, que deveria prover ao público um produto tão necessário ao mundo como nenhum outro bem: a justiça. É o momento de repetir que os homens têm, antes de mais nada, a necessidade de viver em paz; mas se não há justiça, é inútil esperar a paz. Por isso, não deveria haver nenhum serviço público ao qual o Estado dedicasse tantos cuidados como o que recebe o nome de processo.<sup>29</sup>

As palavras de Carnelutti indicam o processo como mecanismo, ou seja, instrumento, ferramenta ou meio para o atingimento do resultado maior, a saber, a realização da justiça. De suas palavras, destaca-se o processo como “serviço público”. Porém, deve-se frisar que os processos administrativos nos tribunais de contas também devem se preocupar com os *direitos* da pessoa do gestor, haja vista ser ela titular exclusiva de *direitos processuais* garantidos pelo ordenamento. Nessa hipótese, os processos presididos pelas cortes de contas têm de buscar um equilíbrio entre esses *direitos processuais* do gestor e o *interesse* público que se busca resguardar.<sup>30</sup> As normas materiais podem ser lapidares, mas se a sua efetividade não for garantida pela atividade processual de nada valerá o seu conteúdo. “A efetividade, portanto, pode ser entendida como algo resultante de aspecto positivo da instrumentalidade”, conforme pontuado por Juvêncio Vasconcelos Viana.<sup>31</sup>

E é isso o que se busca no processo: efetividade. E essa efetividade não se relaciona apenas com celeridade, mas também com instrução acertada e exposição da verdade dos fatos, concluído com uma declaração que se amolde ao objeto de sua cognição. Essa conclusão, por sua vez, precisa ser acreditada, digna da confiança dos envolvidos, posto que conheceu os fatos, analisou corretamente os documentos e provas apresentadas, cumpriu com prazos e, principalmente, obedeceu aos princípios colunares do processo, a saber, o devido processo

<sup>29</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Caletti Marengo. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2005, p. 167.

<sup>30</sup> Neste aspecto cabe aqui reproduzir as palavras de Enrico Tullio Liebman quando, ao tratar da administração pública como parte perante um processo judicial por lesar direitos ou interesses por um ato administrativo, faz ele a distinção entre *direitos* e *interesses*: “A propósito disso, é necessária uma clara distinção entre *direitos* e *interesses*. A situação subjetiva que recebe da lei a proteção mais integral é o *direito subjetivo*, que se configura quando o interesse de uma pessoa é reconhecido como pertinente com exclusividade ao seu titular, sendo como tal diretamente garantido pela norma jurídica. Tem-se, ao contrário, um *interesse legítimo* quando só indiretamente o interesse de determinada pessoa conta com a proteção da lei, justificada pela sua coincidência com um interesse público que esta pretende tutelar ao dispor sobre o exercício do poder do órgão administrativo; nesses casos, a observância da norma tutelar do interesse público, por esse órgão, satisfaz, ao mesmo tempo e por reflexo, também o interesse do particular, assim como a inobservância da norma lesa, junto com o interesse público, também o deste”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I, p. 44.

<sup>31</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19.

legal, o juiz (ou julgadores) natural, proibição de provas ilícitas, contraditório, ampla defesa e fundamentação da decisão.

A efetividade processual exige que o provimento final realize o direito material vindicado e tratado.<sup>32</sup> No caso dos tribunais de contas, o direito material ganha ainda maior relevância por tratar de direito material público, ou seja, protege-se o interesse público e destina-se guardada aos recursos e ao patrimônio público. Logo, o processo nas cortes de contas somente será efetivo se destinar real proteção à legalidade dos atos fiscalizados e se, por sua vez, resguardar o interesse da população.

Atingida essa efetividade, que mais do que celeridade envolve a aplicação correta e incisiva do direito material, se tornará o processo verdadeiro instrumento na realização prática do ordenamento. Acerca da instrumentalidade em relação à efetividade do processo, ensina Fredie Didier Júnior:

O processo não é um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material. [...] A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material. [...] O direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material. [...] O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos.<sup>33</sup>

Além de ser efetivo por dar realização ao direito material, o processo é elemento de controle do exercício do próprio poder. No caso dos tribunais de contas, portanto, a efetividade de sua atividade processual ocorrerá se o próprio órgão respeitar os princípios e normas processuais que limitam e controlam o poder que é delegado e exercido pelo tribunal de contas (*direitos processuais subjetivos do interessado/fiscalizado*) e se seus provimentos realizarem a proteção ao interesse público (*direito material a ser protegido pelo tribunal*), sem direito ao cometimento de excessos.<sup>34</sup> Acerca da instrumentalidade e efetividade do processo, ensina Cândido Rangel Dinamarco:

<sup>32</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 37.

<sup>33</sup> Ibid., 2007, p. 54-55.

<sup>34</sup> MORAES, Silvio Freire. A proibição do excesso: observância da segurança jurídica na atuação dos Tribunais de Contas. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 104, p. 41-50, out. 2009.

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. [...] O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. [...] Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de *utilidade*.<sup>35</sup>

Ao frisar a necessidade de se estabelecer os escopos ou objetivos do processo, Dinamarco inseriu a utilidade como ligada à efetividade processual e, logicamente, à realização de sua instrumentalidade. Em seguida passou a delinear os três escopos do processo – social, político e jurídico, nos seguintes termos:<sup>36</sup>

Escopo social

[...] as explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição. [...] Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a *imunização* das decisões. [...] O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado anti-social da insatisfação. Não se desconsidera que essa autoridade da *res judicata*, *imunizando* a decisão de mérito, mantém relação funcional com mais de um escopo do processo, ou seja, não somente com o de pacificação mas ainda (pelo menos) com o jurídico de atuação da vontade concreta da lei.

Escopo político

É perceptível à primeira vista a instrumentação jurídico-processual destinada à consecução do objetivo político consistente na preservação das liberdades públicas. A estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada conduz à estruturação da chamada jurisdição constitucional das liberdades, um complexo de meios preordenados ao exercício da jurisdição, em casos concretos, com vista a efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional.

Escopo jurídico

[...] voltado o sistema processual à preservação dos preceitos concretos do direito objetivo e estando este positivado em forma abstrata na lei escrita, o legislador do processo e o seu usuário (doutrinador inclusive) têm maior facilidade em distinguir os caminhos que poderão com mais autenticidade conduzir a resultados juridicamente corretos. [...] Quando se passa ao exame da ‘estrutura interna do processo’, mais se acentua a conotação técnica dos endereçamentos, ou seja, a preocupação de aperfeiçoar a engrenagem em si mesma, vista do ângulo interno e sem alusões ao mundo exterior.

Esses objetivos se aplicam não apenas aos processos judiciais, mas também aos administrativos, o que inclui a atividade processual dos tribunais de contas, o que, para esta última, acrescenta um elemento no escopo social. Isto porque, este escopo do processo judicial diz respeito à pacificação entre interesses singulares, ou seja, das partes. No processo administrativo das cortes de contas, esse escopo social também existe, pois o interessado/fiscalizado necessita dessa paz trazida pelo processo de prestação de contas ao qual é submetido, porquanto sua espera é por um julgamento que respeite as normas

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 195-197, 202-203, 258-260

processuais (seus direitos subjetivos), e que resulte numa decisão condigna com as previsões do ordenamento. Porém, esse escopo social vai mais além. O trabalho dos tribunais de contas tem conteúdo satisfativo. Suas decisões não visam a prejudicar o nome dos gestores, mas sim atuar na defesa da própria sociedade. Como não há partes nos processos desenvolvidos perante as cortes de contas, o escopo social é mais amplo, haja vista que almeja dar proteção a toda a sociedade (ao interesse público).

Além do escopo social, os processos nos tribunais de contas também realizam o escopo político, pois sua função é eminentemente originada da Constituição Federal, na condição de órgão protetor do interesse público e da manutenção do Estado, bem como o escopo jurídico, já que o “endereço” a ser dado está previamente definido nas normas jurídicas, além de suas decisões poderem criar outros caminhos jurídicos, como a execução do julgado e ações judiciais correlatas.

No caso dos tribunais de contas, na condição de representantes do Estado na fiscalização das contas públicas, e detentores de poderes de decisão e sanção, sua atividade também deve receber o regramento do direito processual com o fim de estabelecer previamente as regras de aplicação do direito material e, mais nobremente, a cobrança de lisura nas ações público-contábeis. A atividade processual dos tribunais de contas, por sua vez, deve se deter, primeiramente, à normatividade processual exposta na Constituição Federal e de leis federais, com possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal. Deve ser reconhecido, no entanto, que a inexistência de uma lei processual nacional, que regule uniformemente a atividade de todos os tribunais de contas existentes no Brasil, faz surgir ambigüidades e a prática de excessos. Na verdade, é preciso uma melhor definição sobre a observância de prazos, regras de atribuição (competência), participação e oportunidade de defesa e de recursos processuais do gestor fiscalizado, anterioridade na previsão das sanções, motivação e fundamentação das decisões.

Não se desperceba que normas, princípios e institutos de direito processual são de aplicação obrigatória, como pressuposto necessário à validade e legitimidade das decisões dos órgãos de contas, especialmente as que se tornam título executivo. Em que pese toda a gama de regulamentos emitidos por cada tribunal de contas (resoluções e instruções normativas), o certo é que a atividade desses órgãos carece de uma lei nacional que regule sua atividade processual e que determine sua materialidade, conforme se verá no capítulo seguinte, posto

que a ausência dessa lei ocasiona, por vezes, ilegalidades tanto de efeitos puramente formais quanto aquelas com efeitos materiais.

É de bom alvitre ressaltar que nos processos tramitados nos tribunais de contas não há partes nem interesses antagônicos, pois inexistente a relação triade do processo civil em que o Estado atua como juiz para dirimir uma querela judicial entre lados opostos. Afinal, os ministros, conselheiros, procuradores, auditores e técnicos que compõem as cortes de contas não são adversários dos gestores públicos. Sua meta é tão-somente averiguar a legalidade das contas e efetuar o importante trabalho de proteção da coisa pública.

Outro fator que diferencia o processo nos tribunais de contas do processo civil é a ausência do princípio da inércia. Isto porque, diferentemente do juiz, que, em regra, somente atua mediante provocação, os tribunais de contas podem dar início a um processo e, por iniciativa própria, tomar as contas dos gestores omissos e que não dão satisfação de forma espontânea, dentro do prazo concedido. Nem por isso, diante dessa omissão, que se configura como ato de improbidade administrativa (artigo 11, VI, da Lei Federal nº 8.429/92), perderá o gestor público, diante do processo a tramitar na corte de contas, seus direitos processuais ou constitucionais a serem observados pelo Estado. Aos tribunais de contas também é dado proceder a inspeções *in loco* por meio de sua controladoria geral, auditores e inspetores. O relatório resultante dessas inspeções pode servir como base para dar início a um processo próprio diante da corte de contas.

Assim, pode-se dizer que a atividade processual nos tribunais de contas foge do padrão comum de relação processual, pois a mesma é exercida entre o administrador público e o próprio Estado, por seu órgão de controle externo, diretamente, sem intermediários, acusadores ou adversários.

### *3.7.1 Direito constitucional processual*

Vários são os princípios e normas de direito processual, cujo conjunto é de observância obrigatória por parte do Estado, especialmente no exercício da função julgadora. Nesse caso, como a função precípua dos tribunais de contas é de julgar, ou seja, formar um juízo de valor (o que inclui também os pareceres prévios, pois, apesar de serem meramente opinativos, não deixam de ser fruto de um juízo de valor), também deles se exige a aplicação das normas processuais.

Além dos princípios constitucionais, há outros princípios gerais de direito aplicáveis na atividade processual. Ante a necessária delimitação, serão abordados os princípios de Direito Processual geral e os princípios do Processo Administrativo.

Na verdade, há uma forte dependência dos ordenamentos jurídicos aos princípios gerais do direito, como é o caso do brasileiro, que optam pelo sistema de direito codificado, já que salta aos olhos a incompletude de suas leis. Desse modo, os princípios trazem forte conteúdo integrador, mas sua aplicação não depende de estarem positivados. Para um entendimento objetivo e inteligível da matéria, serão abordados a seguir as principais normas e princípios do direito processual, iniciando-se com aqueles albergados na Constituição Federal. Formam eles o chamado direito constitucional processual. Ante o fenômeno do constitucionalismo e a exposição de garantias constitucionais, cujo objetivo é assegurar a efetividade das normas constitucionais materiais, muito se tem falado acerca da chamada jurisdição constitucional. De fato, as garantias constitucionais tiveram o condão de gerar no estudo da ciência constitucional dois aspectos processuais: o primeiro é aquele que trata das normas constitucionais que se aplicam ao direito processual comum, ou seja, que são exigidas em qualquer atividade processual, seja ela judicial ou administrativa, que tenha por meta dar um provimento final acerca do objeto tratado (essa é a chamada disciplina de direito constitucional processual, isto é, normas constitucionais do processo); e o segundo estuda a processualidade das garantias e ações constitucionais, pois essas medidas possuem peculiaridades e procedimentalização própria (é a disciplina de direito processual constitucional, isto é, processos surgidos de ações previstas na própria Constituição). Logicamente que várias das normas constitucionais de processo são também aplicadas nas ações constitucionais, ou seja, há um cruzamento de dados e a aplicação do direito constitucional processual no direito processual constitucional.

Willis Santiago Guerra Filho expõe a diferença desses dois aspectos de modo abrangente e inteligível. Lembra que para o correto entendimento dessa movimentação ocorrida dentro da própria Constituição, é preciso distinguir direito material e direito processual. Bem coloca Guerra Filho que não se trata de distinção entre dois ramos do direito, mas sim de “noções relacionais, que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente”. E explicita que as normas materiais fornecem parâmetros de “controle e

ordenação de conduta”, e as processuais fornecem os ditames para que aquelas “venham a ser aplicadas concretamente”.<sup>37</sup>

Ao tratar do direito constitucional processual e do direito processual constitucional, o autor faz referência a um “*duplo movimento em sentidos opostos*”, isto é, há uma dependência recíproca e interpenetração de um para com o outro, e ensina:

Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias. [...] A proposta que se tem em mente sustentar aqui é a de que a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, [...].<sup>38</sup>

Como mostram as palavras do referido autor, o fenômeno do direito constitucional pós-moderno não mais admite que a Constituição aborde apenas normas materiais, ou seja, que explicitamente somente comandos de conduta. Há o que chama de “*procedimentalização ou desmaterialização*” do direito constitucional. Isto se dá pela previsão de processos e ações constitucionais específicas no bojo do texto constitucional que inovam e vão além da simples previsão de direitos e normas de cunho material.<sup>39</sup>

É bem verdade que para a abordagem a que se propõe a presente obra, importa mais o Direito Constitucional Processual, já que nele se inserem normas diretas e indiretas aplicáveis ao processo judicial ou administrativo e, logicamente, como objeto da obra em epígrafe, aos processos nos tribunais de contas.

<sup>37</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p.18.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 2007, p. 17-18.

<sup>39</sup> Francisco Gerson Marques de Lima ensina que “[...] o objeto de estudo do Direito Processual Constitucional incide diretamente sobre os institutos processuais dispostos na Constituição, [...]. A Constituição é a primeira e a suprema norma que estrutura o processo. A Teoria Geral do Processo (TGP), desta sorte, ancora-se naquele tronco, sugerindo conceitos (pretensão, lide, partes, mérito, interesse, legitimidade, etc), apresentando formulações científicas dos institutos e sistematizando os diversos ramos processuais, a partir das previsões constitucionais. [...] Deste apanhado, percebe-se que o direito processual constitucional e o direito constitucional processual ainda não se encontram bem definidos na doutrina, havendo, mesmo, confusão nos termos. [...], hodiernamente, o direito processual constitucional volta-se a estudar os temas constitucionais do processo e, ao mesmo tempo, os temas processuais da Constituição. [...] Da mesma forma, mas em caminho diverso, o direito processual constitucional extrai os regramentos gerais do processo, previstos na Constituição Federal, e cuida de estudar sua pulverização ao direito processual ordinário. É a irradiação das diretrizes constitucionais do processo” LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 123, 124, 127. E Nelson Nery Junior aponta que “é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 20-21.

Da Constituição Federal, podem-se mencionar os seguintes princípios e regras processuais, componentes do chamado Direito Constitucional Processual. São eles: direito de petição e a obtenção de certidões (artigo 5º, XXXIV, “a” e “b”); juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII); devido processo legal (artigo 5º, LIV); contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV); princípio recursal (artigo 5º, LV); vedação de provas ilícitas (artigo 5º, LVI); princípio da publicidade (artigo 5º, LX); princípio da motivação e fundamentação das decisões (artigo 93, IX). Esses princípios foram parcialmente abordados no capítulo 2 do presente trabalho.

Além desses, outros princípios também compõem o direito processual, cujo teor é abordado no final deste capítulo. São eles o da coisa julgada, da economicidade, da instrumentalidade das formas, da proibição do *bis in idem*, da oficialidade, da gratuidade, da pluralidade de instâncias e da participação popular.

### 3.7.2 *Direito de petição e obtenção de certidões*

Pelo princípio do direito de petição, abre-se a possibilidade de qualquer pessoa provocar a atuação do tribunal de contas e fornecer informações acerca de ilicitudes administrativas praticadas pelos gestores públicos, cuja finalidade é viabilizar a “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Pode-se dizer que o direito de petição é uma forma administrativa de buscar a proteção ao mesmo objeto da Ação Popular, ou seja, “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Aos tribunais de contas cabe verificar qualquer ato ou omissão que cause lesão ao patrimônio público ou que afronte a moralidade, o meio-ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Frisa-se que a apresentação de petições deve ser facultada a qualquer pessoa nos Departamentos de Protocolo desses tribunais, onde não é cabível que a pessoa encontre óbice, o que deve levar os servidores a serem orientados nesse sentido. Ademais, o protocolo de petições nos tribunais de contas é gratuito, livre de taxas e custas.



### 3.7.3 *Juiz natural*

Pode-se dizer que o processo se inicia antes mesmo de sua autuação e despacho inaugural. Isto porque, as regras do processo encontram-se expostas e dão conhecimento à sociedade, de antemão, acerca das autoridades competentes ou a quem é destinada a função de julgar. Observa-se que esse dever é pressuposto da legitimidade da decisão, que protege os jurisdicionados e administrados ao lhes dar a segurança de que seus interesses não serão submetidos a julgadores nomeados ou de exceção, tudo para evitar perseguições e arbitrariedades. No caso dos gestores públicos, para quem existe o dever de prestar contas, sabem eles, antes mesmo de assumirem seus cargos, que estarão submetidos ao processo de fiscalização por parte dos tribunais de contas.

### 3.7.4 *Princípio recursal*

Diz a Constituição Federal que o exercício da ampla defesa pode fazer uso de *todos os meios e recursos a ela inerentes*. Esses “meios” referem-se às provas que podem ser apresentadas, os meios probantes admitidos e não proibidos em lei, e os “recursos” a que fazem referência o princípio ora estudado.

Os recursos exercem importante função no direito processual, pois partem do pressuposto da possibilidade de erro humano e de um juízo de valor equivocados sobre a instrução do processo. Servem, portanto, como meio de controle das decisões até seu trânsito em julgado. Os recursos, porém, somente são admitidos dentro dos tipos e espécies definidos em lei para cada atividade processual. No caso dos tribunais de contas, os recursos geralmente se resumem aos embargos de declaração, recurso de reconsideração, pedido de reexame e recurso de revisão.

Um preceito que acompanha o manuseio dos recursos é o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Por ele fica estabelecida a vedação de que, por ocasião do julgamento de um recurso, se possa agravar as sanções ou condenações porventura aplicadas ao interessado na decisão recorrida. Parte-se do pressuposto de que a primeira decisão, geralmente de primeira instância ou de primeira fase, forneceu a baliza máxima das sanções e condenações por ter estado o julgador mais próximo da verdade dos fatos. Mudanças na decisão serão admitidas apenas para beneficiar o interessado.

Com relação à *fungibilidade recursal*, este preceito permite a substituição de um recurso interposto no lugar de outro, desde que respeitado o prazo de interposição do recurso correto, com o aproveitamento das razões recursais em homenagem à ampla defesa.

### 3.7.5 *Vedação de uso de provas ilícitas*

As provas ilícitas têm o seu uso vedado em qualquer atividade processual no direito brasileiro. Significa dizer que provas forjadas ou obtidas por meio de ardis, fraudes, negociatas, interceptações telefônicas ou quebra de sigilo bancário não autorizada pela justiça, são inadmitidas como meio probante, ainda que no íntimo do julgador haja a certeza daquilo que se procura provar, assim como documentos porventura conseguidos ilegalmente.

Pela *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, as provas, ainda que permitidas, mas originadas de outras provas ilícitas, também se tornam viciadas, o que impede a sua admissão no processo.

Demais disso, a análise incorreta de provas ou documentos constantes dos autos pode fazer com que sua própria decisão se torne inservível com prova para embasar a inscrição na dívida ativa dos valores determinados como sanção, e a futura execução fiscal, além de não ser admitida para outras ações, como a Ação Civil Pública, Ação por Improbidade Administrativa e as de natureza penal.

### 3.7.6 *Princípio da motivação e fundamentação das decisões*

Esse princípio diz respeito ao dever que tem os órgãos de julgamento de indicar as razões de fato e de direito que levaram ao teor da decisão. O atendimento a esse princípio é corolário do Estado de Direito, pois permite o controle das decisões e o manuseio dos recursos possíveis, que são desdobramentos da ampla defesa.

Assim, as decisões dos tribunais de contas devem indicar com clareza as condutas, os fatos e os prejuízos ocasionados ao erário, além de indicar os fundamentos legais que alicerçam o julgado. No caso das multas cominadas, as decisões devem explicar os motivos dos valores aplicados de acordo com a legislação de regência.

### 3.7.7 Princípio da preclusão

Tem-se como meta a certeza da realização dos atos processuais e das oportunidades perdidas. Significa dizer que ao interessado ou à parte não é mais permitido repetir um ato já praticado ou praticá-lo após a perda do prazo que lhe foi facultado. A preclusão se divide em três espécies: consumativa, lógica e temporal.

Na preclusão consumativa a parte ou o interessado pratica o ato, na forma e no prazo concedido, o que impossibilita a sua repetição. Na preclusão lógica ocorre a prática de um ato diverso do regular, mas que com ele não se coaduna, que retira do interessado a chance de praticar o ato para o qual foi chamado. E na preclusão temporal ocorre a perda do prazo para a prática do ato oportunizado.

Outros princípios, não menos importantes para a validade e eficácia da atividade processual, não podem deixar de se mencionados. É o caso da coisa julgada, da economicidade, da instrumentalidade das formas, da proibição do *bis in idem*, da oficialidade, da gratuidade, da pluralidade de instâncias e da participação popular.

Em relação a *coisa julgada*, seu objetivo é garantir a segurança jurídica nas relações, sejam elas de natureza pública ou privada. A coisa julgada torna uma decisão insuscetível de mudanças e de rediscussão indefinida por meio de recursos e de efeitos suspensivos. As decisões judiciais, após o trânsito em julgado, têm efeitos definitivos para as partes envolvidas. No caso dos tribunais de contas, suas decisões não fazem lei para particulares, mas, ao aplicar sanções de natureza pecuniária, tornam-se instrumentos de reposição ao erário de valores malversados ou de patrimônio dilapidado, ou pela inobservância de mandamentos legais, por terem cunho público, punitivo, indenizatório e reparador.

Para que se possa dizer da real existência da coisa julgada, é preciso que as normas processuais prevejam a fase recursal e os tipos possíveis de recurso. Passadas, sem utilização, as chances de interposição de recursos, ou por não receberem provimento, torna-se a decisão irrecurável, salvo por meio do recurso de revisão.

As decisões dos tribunais de contas recebem da coisa julgada administrativa apenas o sentido de não existir oportunidade recursal de natureza administrativa. Embora tornem-se título executivo, cuja legitimidade para cobrança fiscal é da Fazenda Pública lesada (federal, estadual, distrital ou municipal), é preciso esclarecer que essa coisa julgada administrativa não

tem o mesmo sentido da definitividade e imutabilidade da coisa julgada judicial, justamente da opção do direito brasileiro pelo sistema da jurisdição *una*. A coisa julgada dos tribunais de contas implica apenas que a decisão não mais poderá ser revista administrativamente por iniciativa do gestor interessado. Contudo, o gestor, se o provimento do tribunal de contas padecer de vício formal do processo, ou material por ilegalidade ou inconstitucionalidade manifesta ou por agressão a um direito fundamental, poderá provocar o judiciário para anular o ato.

De acordo com o *princípio da economicidade*, busca-se a maior efetividade do processo com o menor desperdício de tempo e de material de expediente possível. Evita-se a repetição de atos já realizados ou realiza-se o aproveitamento daqueles já praticados.

Pela *instrumentalidade das formas*, permite-se o atingimento do resultado de determinados atos ainda que sua formatação não seja a mesma da usualmente exercida, mas cuja essência permite aferir se o mesmo atinge a sua finalidade.

No que diz respeito à *proibição do bis in idem*, este serve como proteção à esfera juridicamente protegida do interessado, pois evita que a pessoa seja duplamente julgada e sancionada por um mesmo fato. Assim, um mesmo gestor não poderá ter contra si duas decisões originadas de dois processos tramitados nos tribunais de contas acerca da mesma unidade gestora, mesmo exercício e mesmos fatos. Tal constatação é inadmissível, o que fará prevalecer a primeira decisão com a anulação das posteriores.

O conteúdo do *princípio da oficialidade* se relaciona com a não aplicação, em regra, nos processos administrativos, do princípio da inércia do processo comum, em que a regra é que o juiz, para agir, precisa ser provocado, ou seja, sem a iniciativa da parte interessada não pode a jurisdição dar azo a um processo nem interferir na esfera jurídica de quem não a procurou.

Para os órgãos administrativos, ao contrário, há o dever de abrir os procedimentos e verificar os fatos independentemente de provocação, o que permite a tomada de iniciativa. “Como a administração pública está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins.”<sup>40</sup>

No caso dos tribunais de contas, por serem órgãos administrativos, mas não subordinados a nenhum dos três poderes, podem (devem) eles iniciar processos, tomar as

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 511.

contas, inspecionar e aplicar sanções independentemente de pedido ou provocação externa. Por ter como desiderato institucional a proteção ao interesse público e à coisa pública, preceito muito maior do que o interesse particular, não necessitam as cortes de contas de uma solicitação para o exercício de seu mister. Esse é o cerne do princípio da oficialidade.

Pelo *princípio da gratuidade* garante-se a não onerosidade do processo administrativo, especialmente dos processos nos tribunais de contas. Por não haver partes nem litigiosidade, mas sim a meta de proteger a coisa pública, não faz sentido existir despesas processuais, a exemplo das custas que oneram o processo judicial. Como a maior interessada é a coletividade e a própria administração pública, não há que existir a cobrança de valores, ainda que o processo tenha sido provocado pelo exercício do direito de petição por alguma pessoa do povo.

Importante preceito para a validade das decisões dos tribunais de contas é o *princípio da pluralidade de instâncias*. Dele decorre para o órgão administrativo julgador duas vertentes: o exercício da autotutela, que permite ao órgão administrativo rever de ofício a legalidade de seus próprios atos, e a abertura do direito recursal do interessado. Outro desdobramento do princípio em tela é que, no recurso administrativo, poderá o interessado: “a) alegar em instância superior o que não foi argüido de início; b) reexaminar a matéria de fato; c) produzir novas provas”.<sup>41</sup> Deve-se ressaltar que, no caso dos tribunais de contas, não há um órgão superior, diverso do tribunal.

De acordo com o *princípio da participação popular*, abre-se a possibilidade de controle, audiências públicas, gestão e consulta por qualquer pessoa ou associações, cuja atuação decorre do Estado de Direito. No caso dos tribunais de contas, essa participação popular é aberta pelo direito de qualquer pessoa em fornecer notícias de irregularidades, consoante o artigo 74, §2º, da Constituição Federal, que diz que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

---

<sup>41</sup> Ibid., 2003, p. 515-516.

## 4 CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE ATOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – O CONTROLE DO CONTROLE

Até aqui vários assuntos relacionados ao tema central foram vistos. Iniciada a abordagem pelo entendimento do que é jurisdição e seu aspecto institucional na ordem constitucional brasileira, observou-se que a jurisdição tem um amplo sentido, pois o Estado a exerce por meio das três funções do poder. Ressalvou-se, contudo, a tradição do direito brasileiro em optar pela jurisdição una, exercida tipicamente pelo Poder Judiciário. Assim, embora órgãos e tribunais de natureza administrativa possam exercer jurisdição, sua atividade ainda pode ser revista pelo Poder Judiciário. Nesse enquadramento encontram-se os tribunais de contas, que exercem jurisdição, pois opinam nas contas de governo, analisam e julgam as contas de gestão, e aplicam as sanções previstas no ordenamento, mas cujos provimentos podem ser revisados pelo judiciário. Em seguida observou-se o surgimento e a evolução dos tribunais de contas no direito comparado, e foi analisada a sua estrutura na ordem constitucional brasileira.

Em continuidade, passou-se ao estudo do Poder Judiciário, sua posição e importância para a ordem constitucional, e seus parâmetros atuais de interpretação originados do pós-positivismo. Com base na hermenêutica e na mutação constitucional, foram observados os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, bem como sua influência sobre a atuação do Estado, onde se chegou à conclusão de que qualquer violação da esfera juridicamente protegida da pessoa humana, ainda que por parte de um ente ou órgãos administrativo-estatal, deve ser repelida pela ordem jurídica e protegida pela via judicial.

E a última etapa percorrida foi a de entender os tribunais de contas, sua natureza, competências, funções, atividades e modos de fiscalização, além de ter sido abrangido o aspecto subjetivo e objetivo das contas, ou seja, quem deve prestar contas e sobre o quê se deve prestar contas.

Ultrapassadas estas etapas, chega o momento de verificar e entender os provimentos dos tribunais de contas, sua natureza, tipologia, forma e efeitos. Tal estudo é pertinente, pois sem ele não é possível saber os motivos pelo qual se defende a possibilidade de controle, pelo judiciário, sobre os atos dos tribunais de contas. Após a realização desse estudo, serão verificadas algumas ambiguidades existentes na atividade dos tribunais de contas que por vezes levam a estranhezas e ao cometimento de violações da ordem jurídica, constitucional e legal, de princípios e regramentos. Também serão expostos os argumentos apresentados pela corrente que se posiciona pela impossibilidade de controle, pelo judiciário, sobre os provimentos dos tribunais de contas, para, em seguida, serem delineadas as razões jurídicas gerais e constitucionais que levam à conclusão contrária.

Antes de adentrar no referido estudo, é de bom alvitre ressaltar que o controle exercido pelos tribunais de contas visa a proteger exclusivamente o interesse público, enquanto que o cardápio aberto diante do Poder Judiciário é muito mais amplo. Embora caiba também a proteção do interesse público, por parte do judiciário, seu trabalho não se limita apenas a ele. Ao judiciário todas as matérias são possíveis, não apenas o interesse público. Na verdade, ao judiciário cabe a defesa e proteção da ordem jurídica e constitucional como um todo. E nesse trabalho está incluída a proteção dos direitos individuais. Assim, o controle do judiciário é bem mais abrangente, na verdade é total, em relação ao controle efetuado pelos tribunais de contas. E não se desperceba o fato de que os tribunais de contas julgam as “contas”, não as pessoas por elas responsáveis, em que pese a possibilidade desse julgamento refletir na esfera pessoal do responsável. Esse reflexo, no entanto, deve existir apenas na exata medida permitida pela ordem constitucional, e na exata necessidade para a proteção do erário e responsabilização do gestor, com vedação aos excessos. Como o responsável pelas contas não deixa de ser pessoa, não perde ele a sua dignidade pelo fato de ter se tornado político ou gestor público ou por exercer qualquer cargo de natureza pública, porquanto seus direitos de personalidade e direitos fundamentais continuam intactos. Com isso, pode ele se valer do Poder Judiciário para garantir sua esfera jurídica. Logicamente que, em respeito às atribuições dos tribunais de contas e ao seu importante trabalho na defesa do interesse público, essa ingerência do judiciário somente deverá ocorrer em face de ilegalidade manifesta ou por afetação indevida (excesso) de direitos fundamentais ou de personalidade. É o que será estudado nas páginas que se seguem.

#### 4.1 Natureza jurídica e efeitos dos provimentos dos tribunais de contas: materialidade e formalidade que vinculam a atividade fiscalizadora

Na condição de órgão de controle externo, observou-se que os tribunais de contas têm, necessariamente, sob pena de restar comprometida a sua independência, de estar fora das esferas de poder, e não se confundir com as unidades gestoras onde as contas foram realizadas. Também se verificou que os tribunais de contas, no exercício de suas funções institucionais, não praticam atos de governo nem de gestão, nem implementam políticas públicas. Com isso, a primeira conclusão que se pode extrair é que os tribunais de contas não são órgãos da Administração Pública. Mesmo como componente da estrutura do Estado, as cortes de contas não expedem atos de gestão pública. De outro lado, por não serem componentes do Poder Judiciário, a natureza jurídica desses órgãos é administrativa. Na condição de órgãos administrativos especiais de controle, a sua atividade processual e todos os provimentos resultantes, por sua vez, possuem também a natureza administrativa.

Assim, os provimentos dos tribunais de contas são atos administrativos em sentido estrito, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao lado desse conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em *sentido estrito*. Assim, restringe-se a noção a uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, excluindo-se dela os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc) quanto os atos convencionais (como os ‘contratos administrativos’). Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescentando as características: concreção e unilateralidade.<sup>1</sup>

Ao analisar o trabalho e os provimentos dos tribunais de contas, observa-se que os mesmos se enquadram na definição geral de ato administrativo,<sup>2</sup> acrescentadas a concretude e a unilateralidade. Realmente os provimentos em exame se caracterizam pela fiscalização aos casos concretos (fatos e documentos das contas da administração pública) e pela unilateralidade, pois o mesmo órgão que apura os fatos é o mesmo que decide. Por serem órgãos administrativos, seus provimentos são *atos administrativos*, apesar de não se

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 367-368.

<sup>2</sup> “Pode-se definir ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 206.

“Podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, tenha por fim adquirir, resguardar, modificar, transferir, extinguir e declarar situações jurídicas, com o fim de atender ao interesse público” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 85.



confundirem com *atos de administração*. Sobre o tema, pertinente o registro de Pedro Roberto Decomain:

O apropriado é que se sustente, portanto, revestirem as decisões dos tribunais de contas caráter de efetivos atos de controle. [...] As ações e decisões dos tribunais de contas são marcadas pelas características da oficialidade (desnecessidade de prévia provocação) e da imparcialidade. [...] Ademais disso, não se cuidando, no exercício das atividades, dos tribunais de contas, da direta prestação de serviços públicos específicos, quer a pessoa especificamente consideradas, quer à coletividade como um todo, também não se pode afirmar que as ações dos tribunais de contas revistam caráter administrativo. Possuem, sim, natureza de atividade de controle.<sup>3</sup>

Assim, conforme observa o referido autor, acrescido ao ato administrativo a função precípua dos tribunais de contas, pode-se afirmar que seus provimentos possuem a natureza de *atos administrativos de controle*.

Encontrada a definição da natureza jurídica dos provimentos dos tribunais de contas, aplicam-se a eles os elementos exigidos dos atos administrativos:

Poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. [...]. *Sujeito* é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; *forma* é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; *objeto* é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-la *conteúdo*. *Motivo* é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; *finalidade* é o bem jurídico a que o ato deve atender.<sup>4</sup>

No caso dos tribunais de contas, para que seus provimentos estejam dentro dos parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico para os atos administrativos, é preciso que estejam presentes e devidamente identificados e de acordo com a lei, o sujeito, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade. O *sujeito* será sempre uma das pessoas especificadas no artigo 70 da Constituição Federal, e que se enquadre em uma das ações nele verbalizadas. Em última análise, o sujeito é o gestor público. Quanto à *forma*, por serem órgãos colegiados, os provimentos dos tribunais de contas são escritos e na formatação de acórdão. Seu *objeto* se relaciona com as contas e ações administrativas de planejamento e aplicação dos recursos públicos, e no uso do patrimônio coletivo. O *motivo* são os fatos e ações que tornam exigíveis o cumprimento do dever de prestar contas, que tem essência satisfativa. Sua *finalidade* é pública e diz respeito à proteção do erário, que permite a aplicação de sanções, como a imputação de débito (ressarcimento) e a cominação de multa, que possuem o objetivo servir de desestímulo

<sup>3</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunal de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 168.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371-372.

para que o gestor não venha a reincidir em novos atos ilícitos, caso tenha assim agido, e de exemplo para os demais administradores (efeito psicológico do provimento).

Por existir a possibilidade de punição, importa saber que os motivos e a finalidade desses provimentos tenham correspondido às determinações legais, vedado o excesso e o desvio de finalidade.<sup>5</sup> Na realidade, os provimentos dos tribunais de contas, principalmente naqueles onde há um julgamento e a aplicação de sanções, devem se ater ao que efetivamente ocorreu, limitar-se monetariamente ao dano real e efetivo e aplicar multa pecuniária condizente com os fatos. Não se admite que as sanções ultrapassem a órbita da realidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>6</sup> Por ser órgão de natureza técnica, não podem, por exemplo, os tribunais de contas presumir um dano. O mesmo tem de ser, obrigatoriamente, provado e demonstrado, de modo técnico (laudos e perícias) e/ou documental. Do contrário, se for baseado em avaliações meramente empíricas, o dano não será real, mas sim presumido.

Outro aspecto dos atos administrativos de controle, que deve entendido, é sua natureza vinculada. De fato, a discricionariedade, o chamado mérito administrativo, baseado na conveniência e oportunidade, consoante certa liberdade de escolha deixada pela lei, é própria da Administração Pública. Como os tribunais de contas são órgãos de controle externo, cujo parâmetro é a análise da legalidade, não há discricionariedade em seu trabalho de fiscalização. Todas as suas atividades, de natureza processual ou material, inclusive as sanções, devem ser estabelecidas previamente aos fatos fiscalizados (princípios da legalidade e da anterioridade).

---

<sup>5</sup> “Existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, “sub-ordenação”, ordenação inferior. Essa subordinação, não-lo diz Renato Alessi, em observação certa, apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido positivo, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido negativo, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal. [...]. A idéia de função – e, pois, a idéia de função administrativa – reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce, recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida, de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga. [...]. Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. [...]. Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. [...]. Cumpre, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de Direito como as adequadas ao caso.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51-53, 56-57, 60.

<sup>6</sup> “Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar: a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 378-379.

Logo, não há mérito administrativo nos provimentos dos tribunais de contas. O que neles existe é o denominado mérito técnico, cujos parâmetros são vinculados. Se extrapolado o balizamento legal, o provimento será passível de anulação.<sup>7</sup>

Os provimentos dos tribunais de contas são de três tipos: de opinião, de julgamento e de ratificação. Os primeiros se aplicam à análise das contas de governo, e o provimento final toma a forma de parecer prévio a ser remetido à casa legislativa respectiva que, por sua vez, fará o julgamento final. O parecer prévio opina no sentido de serem aprovadas ou não aprovadas as contas, mas não aplica qualquer sanção. Nos provimentos de julgamento são analisadas as contas de gestão, ou seja, a aplicação prática e efetiva dos recursos públicos e o manuseio do patrimônio pertencente à coletividade. É no ato de julgar, destinado às contas de gestão, que podem ser apresentadas mediante prestação ordinária ou por meio de tomadas de contas, que o tribunal pode aplicar sanções e recomendações. Em relação aos provimentos de ratificação, os mesmos têm aplicação na análise dos atos de admissão de pessoal e de concessão de pensão ou de aposentadoria.

---

<sup>7</sup> “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendendo qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. [...]. Tratando-se de atos vinculados ou regrados, impõe-se à Administração o dever de motivá-los, no sentido de evidenciar a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade. Tais atos, estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem ao Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática. Certo é que ao Poder Judiciário não é dado dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, mas, no exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado, é dever da Justiça esquadrihar todos os ângulos em que se possa hominiziar a ilegalidade, sob o tríplice aspecto formal, material e ideológico. Nesse ponto coincidem os ensinamentos da doutrina com a moderna orientação da jurisprudência pátria” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 164-165. “A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce. Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. [...]. Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. [...]. A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas n.ºs 346 e 473. [...]. E a anulação também pode ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227, 243-244. Sobre o controle judicial de atos vinculados: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151-153, 167; CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 41-42.

Quanto aos efeitos dos provimentos, estes dependerão do tipo em questão. No caso de um parecer prévio, seu efeito será meramente opinativo, apesar de conter uma análise técnica, financeira, orçamentária e legal das contas.

Na hipótese da análise dos atos de registro de admissão de pessoal, bem como da concessão de pensão ou aposentadoria, a ratificação ou não se dará mediante a verificação da legalidade. O registro desses atos somente se dará se for declarada, pelo tribunal de contas, a legalidade dos atos. Notadamente, portanto, tais atos são complexos, porquanto exigem uma sequência de atos emanados por pessoas diversas e em momentos distintos, haja vista a dependência do primeiro (da unidade gestora que admite ou concede o benefício) em relação ao segundo (ratificação pelo tribunal de contas). Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF e da doutrina.<sup>8</sup> Assim, a essa análise da legalidade pode ter como efeito o registro do ato, ou, no caso de ilegalidade, a sua anulação. Essa anulação, no entanto, não será feita pelo próprio tribunal de contas, mas sim pela unidade gestora contratante ou concedente do benefício.<sup>9</sup> Da anulação pode resultar a devolução, pelo interessado, de recursos recebidos indevidamente, com referência na sua boa-fé e na data em que a autoridade tenha tomado conhecimento da posição do tribunal de contas, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União por meio das Súmulas 106 e 235.<sup>10</sup>

Pela possibilidade de interferência na esfera jurídica dos envolvidos, com resolução do tema, que é relevante, relacionado a esses provimentos declaratórios, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante número 3, de 06.06.2007, que assim determina: “Nos processos perante o Tribunal de contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla

---

<sup>8</sup> “Ainda é importante esclarecer que o constituinte obriga o exame da legalidade para fins de registro. Esse procedimento reforça a idéia de que, após 1988, as admissões no serviço público passaram a ser atos complexos, precisando, para a sua validade, do exame e confirmação pelos tribunais de contas”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 264.

<sup>9</sup> “Muito se tem discutido acerca de limites à competência dos tribunais de contas em relação aos atos de aposentadoria. A Constituição define: a) o Tribunal de contas aprecia a legalidade do ato de aposentadoria; b) a apreciação visa ordenar o registro do ato; c) o registro do ato de aposentadoria torna definitiva a aposentadoria, nos termos da lei. Encontrando, na apreciação do ato, ilegalidade, qual é o limite da competência do Tribunal de contas? Pode cancelar o pagamento da aposentadoria, editar novo ato, rever ato anterior? Nenhuma dessas possibilidades assiste ao Tribunal de contas, posto que, como órgão de controle, está sujeito ao princípio da segregação das funções e dos limites definidos na lei para o exercício da competência. Sob o primeiro aspecto, um órgão de controle limita-se a controlar, não podendo realizar atos de execução, cabendo, sim, ordenar a recomposição da ordem jurídica lesada, por intermédio da própria autoridade que praticou o ato”. Ibid., 2008, p. 280.

<sup>10</sup> **TCU, Súmula 106**: “O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente”. **TCU, Súmula 235**: “Os servidores públicos ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previsto na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal”.

defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Assim, se o relator do processo no tribunal de contas verificar, no decorrer da instrução, a possibilidade de anulação do ato de concessão de benefício (pensão, aposentadoria ou reforma), cujo benefício a pessoa já receba há algum tempo, a mesma deve ser chamada ao processo em observância do contraditório e da ampla defesa. O único caso que desobriga o relator a observar o contraditório é se o pagamento do benefício é realizado há pouco tempo. Entende-se, contudo, que o mesmo deve ocorrer no caso dos atos de admissão de pessoal, já que a pessoa contratada também será afetada pela declaração de ilegalidade. Demais disso, se a Administração Pública discordar da declaração de ilegalidade, poderá recorrer ao próprio tribunal de contas ou buscar o judiciário para discutir a legalidade.<sup>11</sup> A pessoa interessada também poderá buscar o judiciário, caso não o faça a Administração, para avaliar a legalidade da matéria. Caso a Administração o tenha feito, poderá ingressar nos autos como assistente.<sup>12</sup> A competência revisora do judiciário é admitida na Súmula nº 6 do STF.<sup>13</sup>

Em relação aos julgamentos realizados nas contas de gestão, os efeitos são bem mais amplos. Nestes, o julgamento pode resultar na imputação de débito e na aplicação de multa nos casos de atos ilegais e antieconômicos que causem dano ao erário, além de detectar e indicar possíveis condutas tipificadas como criminosas ou como de improbidade administrativa. Nesses casos, o tribunal deverá representar ao Ministério Público comum para que este tome as medidas cabíveis, judicial ou extrajudicialmente. Ao imputar débito ou aplicar multa, o provimento se tornará título executivo. Em adição, a desaprovação das contas de gestão leva à inelegibilidade do gestor, conforme o artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei

---

<sup>11</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 281.

<sup>12</sup> “Nesse particular, porque não precedido da locução “julgar” – ao contrário do que ocorre com as contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos –, é imperioso reconhecer que a competência não se apresenta de forma exclusiva, o que faria emergir a incidência do princípio da ampla revisibilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. o tema contudo não é pacífico, pois se a Constituição determinou que o exame da legalidade dos atos de admissão fosse feito pelos tribunais de contas, ação do Poder Judiciário pode ser entendida, com boa vontade, como concorrente, e não mais exclusiva”. Ibid., 2008, p. 256.

<sup>13</sup> **Súmula nº 6 do STF**: “A revogação ou anulação, pelo poder executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo tribunal de contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do judiciário”.

Complementar nº 64/1990.<sup>14</sup> Assim, estes provimentos têm efeitos fiscais, executivos, judiciais e eleitorais.

A execução desses julgados, no entanto, não é realizada pelos tribunais de contas. Seus provimentos beneficiam o erário, o qual está a controlar, se federal, estadual, distrital ou municipal, sendo da Fazenda respectiva a legitimidade para efetuar o lançamento do débito imputado ou da multa cominada e de fazer a cobrança correspondente, seja pela via judicial ou extrajudicial. Assim, os provimentos originados dos julgamentos das contas de gestão possuem efeitos executórios, mas a sua executoriedade não é da competência dos tribunais de contas. Pela aplicação de meios de indiretos de coerção (imputação de débito e multa), estes julgamentos são dotados de exigibilidade (efeitos executórios mediatos). A diferença entre exigir e executar é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade. Embora se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir regra da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (art. 37, §6º, da Constituição). Também é possível ao interessado pleitear, pela via administrativa ou judicial, a suspensão do ato ainda não executado.<sup>15</sup>

A não execução direta desses provimentos, por parte dos tribunais de contas, também é um reforço argumentativo para a possibilidade de controle judicial. Isto se dá pelo fato de que, como a cobrança pode ocorrer judicialmente, por meio de um processo de execução fiscal, todos os meios processuais de impugnação da execução são cabíveis, a exemplo da exceção de pré-executividade e os embargos do devedor, sem se falar dos embargos de terceiro. Por meios desses mecanismos, podem ser alegados vícios formais do processo no Tribunal de

---

<sup>14</sup> **LC nº 64/90**, artigo 1º, I, “g”: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão. Djalma Pinto, comentando o referido dispositivo, assim discorre: “Cabe, assim, aos tribunais de contas analisar com absoluta isenção e celeridade as contas dos gestores encaminhadas para apreciação, explicitando as irregularidades insanáveis que forem detectadas a acarretar inelegibilidade”. PINTO, Djalma. **Elegibilidade no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 15.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 211.

contas, vícios no lançamento tributário e formação final do título, ou vícios materiais por ilegalidade ou inconstitucionalidade.<sup>16</sup>

Um aspecto, no entanto, deve ser entendido: quando os tribunais de contas detectam uma ilegalidade e aplicam sanções, ao julgar as contas de gestão, têm eles autorização constitucional para esse fim, que significa permissão para afetar a esfera juridicamente protegida do gestor responsável pelas contas. Mas essa redução não pode ser excessiva, o que inviabilizaria por completo o exercício de direitos fundamentais e de personalidade. Neste sentido pontua Humberto Ávila:

A promoção das finalidades constitucionalmente posta possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.<sup>17</sup>

No exercício de seu mister, ao sancionar condutas indevidas, os tribunais de contas, apesar de não julgar pessoas, mas sim as contas,<sup>18</sup> têm autorização para mitigar os direitos

<sup>16</sup> “O termo julgar no texto constitucional não tem o sentido normalmente atribuído aos juizes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativo. Por isso, esse exame se sujeita, como qualquer ato administrativo, a controle do Poder Judiciário no caso de contaminado de vício de legalidade, e não tem a definitividade que qualifica os atos jurisdicionais. [...] Matéria que redundou em acirrada polêmica é a concernente ao art. 71, § 3º, da CF, que dispõe: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”. O preceito denuncia, de forma clara, que a relação obrigacional decorrente da atribuição de débito ou aplicação de multa enseja a formalização por título executivo, de natureza obviamente extrajudicial. Não indica, entretanto, a legitimidade para ação que vise à respectiva cobrança. Embora haja alguns entendimentos e até mesmo dispositivos constitucionais de Estados que admitem que o Tribunal de contas possa executar as suas próprias decisões, o STF decidiu em contrário, considerando inconstitucional dispositivo nesse sentido da Constituição do Estado de Sergipe, com fundamento no citado art. 71 § 3º, que não permitiria tal amplitude. De fato nada justifica a pretendida legitimatio, e por mais de uma razão. A uma, porque não se trata de pessoa jurídica, e sim de órgão público despersonalizado, ao qual só é conferida capacidade processual em situações excepcionais. A duas, porque, integrando pessoa federativa (União ou Estado), é a esta que cabe a competência para ajuizamento das ações que visem à cobrança de valores devidos ao Poder Público, mesmo que os recursos cobrados sejam alocados para determinado órgão nos termos da lei. Por fim, compete observar que os tribunais de contas, em algumas ocasiões, têm adotado posições que extrapolam os limites da função que a Constituição lhes outorgou”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 803-804.

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147-148.

<sup>18</sup> “O Tribunal de contas julga as contas, não o responsável. A decisão que profere é sobre a regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade; estatui somente sobre a existência *material* do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base de acusação. Por sua vez o Poder Judiciário não tem função no exame de tais contas, não

fundamentais do gestor, por exemplo, na questão patrimonial. Isso ocorre nas sanções de natureza pecuniária, como multa e imputação de débito, porquanto será permitida a invasão do patrimônio do gestor por meios de atos de constrição judicial (executórios). Também são mitigados os direitos políticos do gestor pela consequente inelegibilidade, conforme visto, pela desaprovação de suas contas. Além disso, se existir indícios de conduta criminosa e de improbidade administrativa, a liberdade do gestor também poderá ser afetada. Mas essa possibilidade deve ocorrer dentro do estritamente necessário e de acordo com levantamento técnico e não com base em presunções. Só assim serão cumpridos os primados da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>19</sup> No caso de haver ilegalidades na avaliação e no julgamento, ou excesso na aplicação das penalidades, o ordenamento jurídico, bem como o rol de direitos fundamentais e de personalidade do gestor, será violado. Diante disso, será lógica a prerrogativa de buscar a proteção final do Poder Judiciário com o fim de anular o provimento administrativo ilegal.<sup>20</sup>

Deve-se deixar claro, ademais, que se defende a ampla possibilidade de controle judicial sobre *todos* os provimentos dos tribunais de contas, o que inclui os pareceres prévios, mesmo diante de sua natureza opinativa, notadamente pelo fato de que não existe a possibilidade de recurso em face deste provimento. Além disso, o referido parecer prévio pode afetar a órbita

---

tem autoridade para revê-las, não interfere na apuração do *quantum* do alcance. O julgado da jurisdição de contas, restrito, pois, ao elemento material do delito, constitui uma *prejudicial* no juízo penal. [...] E se o réu, declarado previamente alcançado pelo Tribunal de contas, fôr absolvido pelo Judiciário sob o fundamento de não haver cometido delito? Neste caso, o pronunciamento judicial não foi intempestivo, nem fundado no interesse do acusado, defesa que para ser *ampla* terá de abranger o *direito* e o *fato*, não havendo como limitar o juiz penal na apreciação da hipótese sem limitar a defesa”. CRETELLA JÚNIOR, J. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. VI, p. 118-120.

<sup>19</sup> “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessário e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra depende do enquadramento do caso concreto. [...] princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

<sup>20</sup> “*Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan “con arreglo a las leyes”; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales. Es propio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción*”. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución** (Verfassungsbre). Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2009, p. 171.



juridicamente protegida do chefe do executivo, a exemplo de sua reputação perante a sociedade e perante o poder legislativo respectivo.

## **4.2 Ambiguidades existentes no trabalho dos tribunais de contas**

Apesar de serem previstos na Constituição Federal, os tribunais de contas no Brasil carecem de melhor atenção legislativa e uniformização de sua atividade. Essa lacuna possibilita a existência de certas ambiguidades, e o surgimento de incoerências entre os procedimentos de controle em face do ordenamento e dos princípios gerais do direito.

Na verdade, o trabalho desses órgãos parece solto, deixada ao alvedrio de cada corte de contas a regulação de sua própria atividade, por meio de resoluções e instruções normativas que podem ocasionar abusos e impor obrigações indevidas aos gestores.

Tais ambiguidades, que podem gerar situações ou provimentos incompatíveis com o ordenamento e com a ordem constitucional, abrem espaço para que o gestor possa buscar a garantia de seus direitos, por meio do judiciário, contra os excessos.

### *4.2.1 Declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos*

O controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é atributo exclusivo do Poder Judiciário, que pode atuar de forma difusa ou concentrada. Apenas o Poder Judiciário pode retirar do ordenamento uma norma inquinada de inconstitucionalidade (efeito *erga omnes*) ou declarar a sua inconstitucionalidade no caso concreto (efeito *inter partes*).

Por intermédio da Súmula nº 347, o Supremo Tribunal Federal assim determinou em relação aos tribunais de contas: “O Tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. O entendimento e a aplicação desta súmula devem ser estabelecidos em consonância com o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Conforme dito acima, apenas ao Poder Judiciário cabe declarar a inconstitucionalidade de uma norma e sua retirada do ordenamento. E somente a esta função do poder é possível fazer um controle difuso posterior, no caso concreto, com efeitos apenas entre as partes envolvidas. No caso dos tribunais de contas essa análise da inconstitucionalidade deve ser entendida de acordo com a realidade de como ocorre o controle externo no Brasil e em respeito ao fato de não serem órgãos judiciais.

Por serem de natureza administrativa, não exercerem função jurisdicional, “falta aos tribunais de contas competência para o controle abstrato de qualquer preceito normativo”, no dizer de Luciano Chaves de Farias, que ainda deixa claro que:

A apreciação realizada pelo Tribunal de Contas conduz a interpretação da lei a parâmetros centrados na Constituição Federal, sem, de fato, implicar efeito objetivo sobre a norma, em suma, *produz efeitos somente na aplicação da norma* (grifo no original).

Do ponto de formal, os Tribunais de Contas, com que é concorde Ricardo Lobo Torres, não detém qualquer parcela da função jurisdicional, podendo a matéria decidida pelo Tribunal de contas ser reapreciada pelo Poder Judiciário, de acordo com o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Só a função jurisdicional, que não detém os tribunais de contas, pode produzir a definitividade da decisão e a denominada ‘coisa julgada’. Os tribunais de contas têm função apenas administrativa; ainda que ‘julguem’ e possam ‘apreciar constitucionalidade de leis’ e atos no exercício de suas atribuições (Súmula nº 347 do STF), nem por isso deixa de ser jurisdição administrativa, uma vez que seus atos são revisáveis pelo Poder Judiciário.<sup>21</sup>

Assim, o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais de contas não pode ser abstrato, por ser este um trabalho privativo do Poder Judiciário, somente aplicado ao caso concreto em respeito à aplicação da lei. Luciano Chaves de Farias chama a atenção para um aspecto:<sup>22</sup>

Não se afigura razoável deixar a Cortes de contas de se pronunciar a respeito de possível inconstitucionalidade de textos legais editados, ficando no aguardo da execução da norma para, somente então, atacar os atos praticados, numa atuação *a posteriori*, de maneira exclusivamente sancionatória.

A atuação dos tribunais de contas no Brasil é, no exercício do controle externo, tradicionalmente repressiva, ou seja, é realizada em momento posterior ao ato fiscalizado. Se um gestor efetua uma despesa com base em uma lei ou norma que, pelo controle posterior, é considerada inconstitucional pela corte de contas, pode ele ser por isso responsabilizado? Entende-se que não, porquanto sobre as leis e normas paira a chamada presunção de constitucionalidade, isto é, até que o Poder Judiciário seja provocado e se pronuncie sobre a sua constitucionalidade, presume-se constitucional a lei ou a norma em vigor. Situação diversa ocorrerá se o Tribunal, submetido a consulta ou por iniciativa própria, se pronuncia sobre determinada lei antes da realização da despesa. Se acaso declarar a sua aplicação inconstitucional e mesmo assim o gestor insistir em realizar as despesas, aí sim, poderá ele ser

<sup>21</sup> FARIAS, Luciano Chaves de. O poder dos tribunais de contas de examinar a constitucionalidade das leis e normas. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, v.22, n. 10, out. 2006, p. 1139.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 2006, p. 1138.

responsabilizado e sancionado por sua conduta administrativa.<sup>23</sup> Desse modo, o controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas é realizado no caso concreto, sobre a aplicação da lei e, para ser vinculante, além de mais efetivo e eficaz, deve ser realizado preventivamente.

O fato, porém, é que se um provimento decisório dos tribunais de contas declara abstratamente uma lei inconstitucional ou aplica sanções a gestores por inconstitucionalidade de lei, assim considerada depois de realizada a despesa, o mesmo será ilegal e violador da ordem constitucional, o que implicará na redução indevida, pela aplicação de punições, da esfera dos direitos fundamentais e de personalidade do gestor.

#### *4.2.2 Atividade de fiscalização e sua regulação: inexistência de uma lei nacional (falta do duplo grau, impossibilidade de exceções, revelia, prescrição e não comunicação a advogados)*

Os processos tramitados nos tribunais de contas, conforme observado no capítulo 3, são de natureza administrativa e visam a procedimentalizar e regradar a forma da análise, apreciação, opinião e julgamento das contas, além de possibilitar a participação do gestor. No capítulo 2, ao tecer comentários sobre o devido processo legal, foi indicado que a sua legalidade significa que todos os seus procedimentos devem estar previstos no ordenamento jurídico.

Diz o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal que é competência privativa da União legislar sobre direito processual, ressalvado, no parágrafo único, a possibilidade dos estados legislarem em questões específicas, desde que autorizados por lei complementar. Diante dessa determinação, é de se questionar a validade de todos os regulamentos emitidos pelos próprios tribunais de contas em matéria processual.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 328-332.

<sup>24</sup> “A autonomia administrativa do Tribunal de contas, apesar de ampla, encontra limites na própria Constituição. Não obstante isso, algumas Cortes de contas têm extrapolado os limites dessa autonomia, chegando a ponto de transformá-la, inconstitucionalmente, em autonomia legislativa, materializada em instruções normativas que inovam a ordem, jurídica, estabelecendo deveres e obrigações para os seus jurisdicionados. Muitas dessas instruções normativas trazem verdadeiras regras de direito financeiro, usurpando a competência do Poder Legislativo, a quem cabe dispor sobre o tema, à luz do que estampado no art. 24 da Constituição da República. [...] Não negamos que possam os tribunais de contas, no pleno exercício de sua autonomia administrativa, expedir instruções normativas, desde que estas se restrinjam a produzir efeitos no seu interior. Nesses casos, teríamos simples atos administrativos ordinários – decorrentes do poder hierárquico do Tribunal de contas enquanto órgão da Administração Pública – destinados, tão somente, a disciplinar o seu funcionamento e as condutas funcionais de seus servidores. Jamais poderiam atingir a conduta dos particulares ou de agentes públicos estranhos ao quadro de servidores da Corte de contas. [...] Os tribunais de contas que expedem instruções normativas com efeitos externos buscam apoio para esse comportamento em dispositivos de suas

Aderbal Torres de Amorim ressalta este questionamento:

Do lado oposto, discorda-se vivamente da competência do Tribunal de Conta da União, por meio do regimento interno, ou dos Estados-Membros, mediante lei, ou das Cortes de contas locais – estaduais ou municipais – na via regimental, estabelecerem regras de natureza processual, por caber privativamente à União fazê-lo (CF/88, art. 22, I). Por conseguinte, só a lei pode dispor acerca de recursos nas Cortes, ressalvada autorização de lei complementar para que os Estados o fizessem sobre questões específicas (CF/88, art. 22, parágrafo único). [...]. Para o Tribunal de contas da União – e só para este – passa-se diferentemente: a Lei 8.443, de 16.07.1992, regrou as normas procedimentais e a Resolução/TCU 155, de 04.12.2002, que aprovou o Regimento Interno daquela Corte Federal, a complementou. [...]. Efeito dessa vicissitude crônica, não só no aspecto processual trafegam as Cortes de contas na contramão do direito. Na ausência de regulação uniforme, adotam equivocada linguagem jurídica, dificultando o entendimento dos julgados e comprometendo a interpretação das leis. **Veze sem conta, decisões são revistas no Judiciário – e felizmente o são – porque prejudicada a compreensão do significado da norma aplicada ao caso.**<sup>25</sup> (Grifo acrescentado).

O mesmo autor cita mais dois aspectos que, por falta de uma lei nacional de direito processual, de aplicação obrigatória e uniforme por todos os tribunais de contas, referem-se ao chamamento de terceiro prejudicado (caso dos atos de admissão de pessoal, bem como de concessão de aposentadoria e pensão, fato este aparentemente resolvido pela Súmula Vinculante nº 3) e o modo de se julgar os pedidos de revisão.<sup>26</sup> Tais pedidos de revisão são,

---

leis orgânicas que lhes atribuem poder regulamentar. Ocorre, que entretanto, tais dispositivos não podem ser interpretados sem cotejo com a ordem constitucional, a qual atribuiu apenas ao chefe do Poder Executivo o exercício dessa prerrogativa, na forma prevista no art. 84, inciso IV, da nossa Lei Maior. [...] O que têm feito alguns tribunais de contas, ao editar instruções normativas para atuar externamente, é usurpar a competência do Poder Executivo para regulamentar as leis sobre direito financeiro e a do Congresso Nacional para inovar a ordem jurídica em matéria de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta. [...] Sobre a impossibilidade de o Tribunal de contas emitir normas com efeitos externos, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao conceder medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 828-5, suspendendo dispositivos da deliberação nº 45 da Corte de contas do Rio de Janeiro, nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio”. AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Marcio Paiva. **O Tribunal de contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 100-101,104,116-117.

“Não se questiona aqui que sua função é relevante para a regularidade da atividade da administrativa, mas daí não pode permitir atuações que não estejam contempladas no sistema constitucional. Nesse ponto, valemo-nos de excelente trabalho de Luiz Roberto Barroso, que, em virtude de verificação sobre a atuação dos tribunais de contas, chega a três conclusões que nos parece irretocáveis: 1) cabe aos tribunais de contas apreciar o ato concessivo de aposentadoria e baixar o processo com suas ponderações a respeito do ato, mas lhe é vedado impor ao administrador a modificação do ato sob pena de multa; havendo conflito, a solução é o Judiciário, quer para dirimir o litígio interorgânico, quer para permitir que terceiro reivindique seus direitos; 2) não é facultado ao Tribunal de contas exercer o poder regulamentar por ser este privativo do Executivo; as regras que editar, portanto, não podem ser gerais e abstratas como as da lei ou dos atos regulamentares típicos, porque invadem as funções dos demais poderes; e 3) na competência para sustar atos administrativos, deve ser respeitado o princípio do devido processo legal, se esses atos envolvem situações jurídicas de terceiros; em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos administrativos negociais, contratuais ou não”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 804-805.

<sup>25</sup> AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos tribunais de contas. Uma proposta de lei nacional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 31, p. 107, dez. 2006.

<sup>26</sup> “Também à falta de lei, a intervenção de terceiro prejudicado recebe tratamento equivocado em alguns Tribunais. Exemplo recorrente é o de ato de inativação a que o Tribunal nega registro. O processo respectivo retorna à origem e a autoridade responsável dá ciência ao interessado da decisão. Este, não raro surpreso, toma

impropriamente, chamados de recurso. É impróprio pelo fato de que com essa modalidade processual não se assemelham, porquanto se aproximam da ação rescisória do processo civil que, autonomamente, visa a rediscutir o mérito do processo pela existência de vícios em seu bojo.<sup>27</sup> Por isso que, no dizer de Aderbal Torres de Amorim, os pedidos de revisão não são conhecidos, mas sim julgados procedentes ou improcedentes, além de não poderem ser julgados sumariamente sem o mínimo de instrução e análise dos fundamentos do pedido.

Diante de tais procedimentos de natureza duvidosa, praticados pelos tribunais de contas, além de se tratar de matéria legislativa privativa da União, é que Amorim defende a edição de uma lei nacional dos tribunais de contas que regule de forma uníssona as atividades desses órgãos:<sup>28</sup>

Enquanto a referida Lei Orgânica Nacional não vem, permanecerão as Cortes de contas recorrendo à torrencial normatização regimental, feita segundo os humores de quatro magistrados? [...]. Nesse sentido, orça pelo absurdo poderem quatro juizes de contas de quaisquer desses Tribunais, sobrepondo-se à Constituição, instituir e suprimir recursos, alterar-lhes prazos e formas de interposição e até prever, para as

---

conhecimento de que deve retornar ao serviço para completar o tempo faltante. Com freqüência, o prazo recursal transcorreu, sobreveio a coisa julgada e o interessado já não pode recorrer. Ainda assim o faz, alegando que tomou conhecimento da decisão denegatória do registro depois do trânsito em julgado. E a partir da ciência tardia – haverá de sustentar – deveria correr o prazo para o seu recurso. Ora, desde a aposentadoria – ou da morte, no caso do pensionista – sabe o interessado que o respectivo ato de concessão, para perfectibilizar-se definitivamente, há de ser apreciado pelo Tribunal de contas. [...]. Por tudo, não pode o terceiro alegar desconhecimento do feito. Ao contrário, deste tem ciência desde antes do mesmo se formar. Daí a desnecessidade do contraditório e a identidade do prazo recursal da parte, a saber, a autoridade que concedeu a inativação. [...]. Saltando ao extremo oposto, nota-se que alguns Tribunais não conhecem de recurso de terceiro prejudicado pelo fato de que os processos correm entre os administradores e o próprio Tribunal. O interessado seria pessoa estranha ao feito. O erro é duplo. O denominado terceiro prejudicado, por ser terceiro, não integra originalmente a relação processual, seja nos Tribunais Judiciais, seja nos de contas. Mas em qualquer hipótese, pode, sim, antes da sentença, ingressar no processo na condição de terceiro interessado. [...]. Concernente ao pedido de revisão – um processo autônomo – há imensos equívocos. Assim – e resultado de pouca ciência – a própria Corte gaúcha certa vez banuiu a coisa soberanamente julgada, abrigando em seu Regimento Interno intrigante hipótese de cabimento de pretensão revisional fundada em alteração do entendimento da Corte. Previa a aberrante disposição cabimento da pretensão rescisória, dentre outros. [...]. Outra insistência equivocada, quanto à revisão, é deixar de conhecê-la. Ocorre que, por conta da pretensão originária, sua apreciação é obrigatória e a recusa nega jurisdição, a configurar inconstitucionalidade que é dada ao Judiciário apreciar, com nítido prejuízo para os julgamentos das Cortes. A revisão, ou se a indefere, ou se a julga procedente, ou improcedente. E o recurso, ou se não o conhece, ou, em se o conhecendo, dá-se-lhe ou se lhe nega provimento, certo que poder este ser parcial”. AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos tribunais de contas. Uma proposta de lei nacional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 31, p. 109-110, dez. 2006.

<sup>27</sup> Sobre a ação rescisória já nos pronunciamos em estudo publicado em artigo: “Assim, a Ação Rescisória visa invalidar a coisa julgada, onde se reabre um processo já encerrado, tanto de sentenças quanto de acórdãos definitivos. Seu objetivo é conseguir nova apreciação e a resilição da decisão transitada em julgado. *Não se confunde com recurso*. Para um claro entendimento deste instituto processual é preciso estabelecer a diferença entre Ação Rescisória e os recursos, visto que estes são bem diferentes em sua forma, objetivos e requisitos. [...] Para impetrar a Ação Rescisória devem ser seguidos todos os passos processuais como se esta fosse uma nova ação, revestindo-a de um caráter autônomo e impugnativo, que visa refutar ou contrariar a razões inseridas na decisão de mérito transitada em julgado”. SILVA, Michel Mascarenhas. Ação rescisória – aliada da segurança jurídica ou agressora da coisa julgada? **Revista Jurídica da Faculdade Integrada do Ceará**, Fortaleza: Faculdade Integrada do Ceará, v.2, n.2, abr./set. 2004.

<sup>28</sup> AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos tribunais de contas. Uma proposta de lei nacional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 31, p. 111, dez. 2006.

pretensões rescisórias postas nos pedidos de revisão, hipótese de cabimento dessas ante mudança de orientação jurisprudencial. Ou até extingui-las. Nesse caso, seriam esses magistrados parcelas do poder estatal que se podem sobrepor ou que podem desconhecer impunemente a Constituição?

A falta dessa uniformização pode levar, por vezes, ao cometimento de ilegalidades e de atos de fiscalização praticados em detrimento dos direitos fundamentais do gestor. Enquanto essa lei não vem, é certo que os tribunais de contas continuarão suas atividades, mas é certo também que ao judiciário poderá buscar o gestor que se sentir lesado por norma processual ou material desses órgãos, que seja incompatível com a Constituição Federal, bem como com outros diplomas, a exemplo do código de processo civil, código de processo penal e leis fiscais e financeiras.

A maneira como estão estruturadas as cortes de contas impede a real existência do duplo grau de jurisdição, porquanto este pressupõe a análise de recurso por órgão e pessoas diversas daquelas que participaram da decisão atacada. Nos tribunais de contas, o que ocorre é que o julgamento inicial é realizado por câmara ou turma, e o recurso é analisado pelo pleno que é composto, dentre outros, pelos mesmos julgadores que participaram da primeira decisão. Algo semelhante ocorre nos tribunais judiciais, mas apenas em relação aos agravos regimentais e, no caso dos tribunais superiores, também em agravo de instrumento. Mas isso não implica a inexistência de órgão e recurso posterior, a ser analisado por pessoas completamente diversas e que não participaram da elaboração da decisão vergastada.

Essa é mais uma razão para que se recorra ao judiciário. Nos países em que se adota o contencioso administrativo puro, há um órgão posterior ao qual se pode recorrer. Na França este é o chamado Conselho de Estado. No Brasil, os tribunais administrativos em geral, assim como os tribunais de contas, não possuem órgão administrativo para a análise de recursos. Logo, inexistente o real e efetivo duplo grau de jurisdição.

Outro aspecto relevante é a inexistência de previsão, pelo menos na maioria dos tribunais de contas, quanto a exceções, especialmente as de impedimento e suspeição. Por vezes, verificam-se processos nos tribunais de contas presididos e relatados por membros suspeitos ou claramente impedidos de atuar, mas que o fazem por inexistir mecanismo efetivo de questionamento e análise do motivo. Assim, ficam os processos ao alvedrio da boa vontade do relator em se declarar suspeito ou impedido. Indaga-se: essa também não seria uma razão para se buscar o Poder Judiciário para corrigir tal anomalia?

Outro tema igualmente relevante diz respeito à aplicação dos efeitos da revelia no caso em que o gestor, uma vez intimado para apresentar defesa, não o faz, e o tribunal presume verdadeiras as irregularidades apontadas pelo departamento técnico. Seria isso correto em sede de tribunal de contas? Sobre o tema discorre Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre:

Analisando a questão da revelia, constata-se a impossibilidade da aplicação de seus efeitos, mormente a confissão ficta, nos processos que tramitam no âmbito dos tribunais de contas. [...]. Utilizar o raciocínio do direito privado para delimitar os efeitos da revelia nos processos que desenvolvem nos tribunais de contas não condiz com a essência do processo administrativo. No processo civil, busca-se a verdade formal, já que em regra, está-se diante de interesses particulares disponíveis. No processo administrativo, o direito probatório é direcionado pela busca da verdade material, pela procura da forma como verdadeiramente os fatos ocorreram no mundo real. Logo, o processo administrativo, inclusive no âmbito das Cortes de contas, norteado pelo interesse público e sua indisponibilidade, procura a verdade material, não podendo acatar meras presunções peã simples inércia do administrado. Além disso, os efeitos da revelia, por ser esta medida excepcional, demandam uma interpretação restritiva, não sendo pertinente a sua convalidação no processo administrativo tal como ocorre no processo civil, mormente quando, diferentemente do contencioso judicial e como já acima referido, **o mesmo órgão atua na persecução dos fatos como na prolação de decisão final sobre a matéria. E como último argumento, percebe-se que, à semelhança do processo penal, já que, por autorização constitucional, as Cortes de contas tem o dever-poder de aplicar sanções, não é do interessado o ônus de provar sua inocência, mas sim dever do autor demonstrar a prática de conduta reprovável por parte do primeiro, não sendo possível aplicar-se a presunção de veracidade na ausência de defesa do interessado. Assim, como espécie de processo administrativo, o processo no âmbito das Cortes de contas deve seguir os pontos traçados pela Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9784, de 19 de janeiro de 1999), de utilização subsidiária nos demais processos administrativos, que veda a operação dos efeitos da revelia (artigo 27).**<sup>29</sup> (Grifo aditado).

De fato, aplicar os efeitos da revelia na hipótese em que o mesmo órgão acusa e julga simultaneamente, apresenta-se como uma afronta aos direitos fundamentais do gestor. Duas situações se apresentam. Uma coisa é o gestor não prestar contas, e outra, bem diferente, é o gestor, regularmente intimado, não apresentar defesa. A primeira hipótese se enquadra na não observância do dever constitucional de prestar contas, o que possibilita a aplicação das sanções estabelecidas em lei, que podem ser de natureza pecuniária ou de natureza interventiva, a exemplo da intervenção do Estado no Município.<sup>30</sup> No segundo caso, os

<sup>29</sup> ALEXANDRE, Gleydson Antônio Pinheiro. A revelia e seus efeitos no âmbito dos tribunais de contas. **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de contas do Estado do Ceará, ano 1, n. 1, p. 59-60, jun. 1998.

<sup>30</sup> “Entendemos que é a *ausência* de prestação de contas que autoriza a intervenção, pois que ao dar um sentido mais amplo ao dispositivo constitucional iríamos propiciar a intervenção do Estado no Município toda vez que o prefeito errasse na prestação de contas ou apresentasse qualquer irregularidade na efetivação da despesa. A tomada de contas é um *controle externo* da gestão financeira. No caso dos Municípios esse *controle externo* exerce-se pela Câmara Municipal auxiliada pelo Tribunal de contas do Estado ou do Município ou os Conselhos ou tribunais de contas dos Municípios, onde houver. [...] como o Município está também sujeito à prestação de contas ao Tribunal de contas da União no que tange à aplicação das quotas de fundos *federais* (CF, art. 71, VI), cabe-lhe presta-las nas mesmas condições expostas acima, e se não o fizer expõe-se à

tribunais de contas costumam declarar a revelia e, como efeito, presumem verdadeiras as falhas existentes nas contas, indicadas pelo departamento técnico do próprio tribunal. O que ocorre, então, é que o mesmo órgão que emite o relatório técnico é o mesmo que efetuará o julgamento e o mesmo que declara a revelia e que aplica esse efeito. Quanto ao acusado, a apresentação de sua defesa, conforme visto ao se estudar o princípio da ampla defesa, é uma opção. Por isso cabe indagar sobre se a aplicação da revelia é constitucional, porquanto inexistia uma lei federal que regule os processos dos tribunais de contas, e se este não seria outro caso em que se pode buscar o judiciário para a proteção de direitos. Afinal, como defender-se é uma opção e a atividade processual dos tribunais de contas se guia pelo princípio da verdade real ou material, isto é, deve estar baseada nos documentos e avaliações técnicas, e não em presunções, além de tratar de uma relação de direito público satisfativa e não entre particulares, é plenamente questionável a aplicação dos efeitos da revelia nos processos de controle externo.

Acerca da prescrição, a Constituição Federal, no tema das contas públicas, apenas excepcionou o dano ao erário, tornando-o imprescritível, conforme o artigo 37, §5º.<sup>31</sup> A Constituição Federal, portanto, tornou a prescritibilidade a regra e a imprescritibilidade a exceção. O dano ao erário, portanto, se enquadra como exceção. Assim, as ações irregulares consideradas nas contas, mas que não causaram dano ao erário, nem levaram ao enriquecimento indevido do gestor ou de terceiros, são prescritíveis. Não há qualquer anomalia neste entendimento, visto que até mesmo condutas tipificadas como criminosas, mesmo os crimes dolosos contra a vida, prescrevem, ou seja, opera-se a extinção da sua punibilidade. Logo, a prescrição de natureza administrativa fulmina a possibilidade dos tribunais de contas em aplicar a pretensão corretiva e a pretensão punitiva, mas fica preservada apenas a pretensão reparatória, já que esta pode ser levantada a qualquer tempo.<sup>32</sup>

---

intervenção do Estado, desde que solicitada por aquele Tribunal”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118-119.

<sup>31</sup> **Constituição Federal, artigo 37, §5º**: Art. 37 [...]. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

<sup>32</sup> “Estariam prescritas as pretensões que emanam de seu direito de fiscalizar, quais sejam: a de agir, expedindo determinações positivas e negativas (pretensão corretiva); a de punir ilícitos no âmbito de sua competência (pretensão punitiva); e a de apurar danos ao erário (pretensão reparatória). [...]. Verificando tratar de assuntos sujeitos ao controle externo autuados há muitos anos, sendo certo ainda que não foi realizada a citação válida dos responsáveis ou interessados e nem foi praticado qualquer outro ato com vistas à instrução processual, impõe-se a aplicação do instituto da prescrição às pretensões punitiva e corretiva de contas, apurando-se responsabilidades de quem lhe deu causa”. MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de**



Resta saber, então, qual é o lapso temporal para que se aplique a prescrição, que dará por extirpada a pretensão de controle e fiscalização dos tribunais de contas. Não há uma lei que determine tal prazo. Entretanto, há leis especiais que trazem em seu bojo o tempo de prescrição, a exemplo da Lei Federal nº 8.429/92, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para a pretensão de punição dos atos de improbidade administrativa (artigo 23, inciso I). O Tribunal de Contas da União – TCU, por sua vez, aplica o prazo prescricional geral do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/2002), artigo 205 c/c artigo 2.028, ou seja, de dez anos, como indicam os Acórdãos nºs 1.263/2006 e 1.727/2003.<sup>33</sup>

A posição do TCU em aplicar a regra geral do Código Civil parece razoável, haja vista a ausência de lei que regulamente o artigo 37, §5º, da Constituição Federal. Em que pese a oposição de alguns administrativistas em relação à aplicação de institutos do direito civil no direito administrativo, entendemos que a segurança jurídica, princípio constitucional por excelência, deve prevalecer após a aplicação da ponderação.<sup>34</sup>

Outro aspecto a ser comentado é o fato da postulação nos processos dos tribunais de contas. Não é exigida a capacidade postulatória, ou seja, a representação por meio de advogado é uma opção do gestor, que pode elaborar e subscrever suas próprias peças de comunicação com o tribunal. Ocorre que muitos gestores optam por contratar um advogado para lhes representar nos autos. E aqui é gerado um problema. É que as comunicações, intimações e notificações dos tribunais de contas são efetuadas via empresa de correios e são dirigidas apenas ao gestor, ainda que este tenha advogado regularmente constituído nos autos do processo. Nos casos em que as comunicações se mostram frustradas, onde não se obtém sucesso nas correspondências via empresa de correios, a publicidade é feita por meio de editais publicados nos diários oficiais da União, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro. O problema é que, mesmo regularmente habilitados nos autos, tais publicações não são dirigidas aos advogados.

Além de não serem enviadas correspondências diretamente aos advogados, tais publicações também não mencionam o nome dos representantes existentes nos autos. O caso permite indagar se tal omissão e não direcionamento de intimações e notificações aos

---

**contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XXVII, v.71, n.2, p. 34-40, abr./jun. 2009.

<sup>33</sup> Ibid., 2009, p. 41-42.

<sup>34</sup> O entendimento acima exposto é apoiado na jurisprudência, como mostra o julgamento do STF no Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 10/10/2008. Ibid., 2009, p. 46, 47.

advogados, constituídos nos autos pela vontade volitiva e livre do gestor, não é uma afronta ao contraditório e à ampla defesa, na verdade, um cerceamento do direito de defesa. Conforme já mencionado neste trabalho, pode o advogado, por exemplo, deixar de fazer uma sustentação oral em plenário, que é mais um instrumento de defesa, pela falta de ciência direta das datas das sessões, pelo fato da publicação das pautas ser realizada nos diários oficiais sem direcionamento aos advogados. Esta, portanto, é mais uma ambiguidade praticada na órbita dos tribunais de contas que pode levar o interessado a buscar a proteção judicial.

### **4.3 Responsabilidade do Estado por danos causados por provimentos dos tribunais de contas**

Conforme comentado em outras ocasiões no presente trabalho, e que ainda se verá mais amiúde, não são apenas os vícios formais que podem levar o interessado a provocar o judiciário com o fim de combater provimento manifestamente ilegal ou que seja inconstitucional por agressão a direitos fundamentais ou de personalidade da pessoa cujas contas passaram pelo crivo dos tribunais de contas. Mesmo que o processo esteja regular, se o vício for detectado no mérito técnico deverá ser decretada a nulidade do provimento.

Tais provimentos, especialmente os que julgam as contas de gestão e aplicam sanções, podem gerar danos indevidos à pessoa do gestor. Apesar de serem autorizados a interferir sobre certos direitos dos gestores, ante a possibilidade de aplicação de sanções, recomendações e declarações da existência de crimes e de atos de improbidade, esta redução somente pode ocorrer na estrita hipótese de existirem, de forma real e efetiva, sem presunções, irregularidades e prejuízos ao erário. As sanções, por sua vez, devem ser aplicadas de forma razoável e proporcional, sem excessos.

Acontece que a presença de ilegalidade manifesta ou de inconstitucionalidade poderá ter ocasionado excessos indevidos nas sanções aplicadas, se baseado em ação ou omissão não imputáveis ao gestor ou ter individualizado e identificado erroneamente o acusado. Nestes casos, além de poder buscar a anulação do provimento, o gestor poderá, legitimamente, pleitear indenização em face do Estado, por conta de indevido ato administrativo de controle.

Em eventual ação de responsabilidade civil do Estado são exigidos como pressupostos a existência do dano, a ação ou omissão e o nexo causal, elementos que deverão ser provados pelo gestor. Diante da responsabilidade civil objetiva do Estado, o gestor não precisará provar a culpa, que é presumida (artigo 37, §6º, da Constituição Federal). Um provimento ilegal ou

inconstitucional dos tribunais de contas já prova a ação ou omissão do Estado, assim como o nexo causal. O dano, por sua vez, poderá ser de natureza material (patrimonial direto: danos emergentes e lucros cessantes) ou moral (por violação a um direito de personalidade).

As sanções pecuniárias aplicadas indevidamente ou em excesso representam o dano material. Já os reflexos no nome, reputação, imagem, honra e direitos políticos do gestor, estes terão ocasionado dano moral com base na Teoria do Fato da Violação, onde basta a agressão a um direito de personalidade para se configurar um dano moral, o que viabiliza a sua aplicação já que não precisará o magistrado averiguar a *psiqué* do indivíduo, e nem teria como fazer isso, para se convencer da existência do dano. O rol de direitos de personalidade é aberto, não taxativo, e a agressão deverá ser avaliada de acordo com o caso concreto.<sup>35</sup>

A responsabilidade do Estado por atos dos tribunais de contas não é abordado na doutrina, mas o tema possui uma abordagem análoga que é a da responsabilidade por atos judiciais. Dentro dessa discussão, há a chamada “teoria da irresponsabilidade”, desenvolvida por aqueles que defendem a não responsabilização do Estado pelas ações ou omissões de seus magistrados. O contraponto, no entanto, é realizado pela apresentação de um rol de argumentos favoráveis à responsabilidade.<sup>36</sup>

O fato é que, uma vez exarado um provimento manifestamente ilegal ou inconstitucional, violador de direitos fundamentais ou de personalidade do gestor, poderá ele buscar judicialmente a suspensão liminar do ato, a sua anulação no mérito e a responsabilidade civil do Estado. Esta última pode ser pleiteada na mesma ação, ante o fato de que todos os pedidos têm a mesma causa de pedir, ou pode ser buscada em ação autônoma.

#### **4.4 Argumentos contrários ao controle judicial dos provimentos dos tribunais de contas**

Os que defendem a impossibilidade de anulação, pelo judiciário, dos provimentos dos tribunais de contas, ensinam que tal hipótese somente poderá ocorrer no caso de existir vício formal no processo. Significa dizer que apenas nos casos de violação do contraditório e da

---

<sup>35</sup> Discorremos sobre a Teoria Geral da responsabilidade civil em obra de direito privado. SILVA, Michel Mascarenhas. **A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 31-67.

<sup>36</sup> SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Responsabilidade civil do Estado: erro judicial praticado em ação cível**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 89-172; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.235-237, 256-264.

ampla defesa, de uso de provas ilícitas ou de não oportunização recursal, é que se pode admitir a anulação judicial do provimento.

Demais disso, a posição que adotam é de que o judiciário não pode adentrar no mérito técnico do provimento e declarar a sua anulação. Dois são os argumentos utilizados para essa posição: o uso do verbo “julgar” no texto constitucional e a especialização contábil e técnica dos tribunais de contas. Para os adeptos dessa corrente, os tribunais de contas exercem jurisdição especializada e definitiva, cujo mérito técnico não pode ser reanalisado pelo judiciário. Colocam o trabalho dos órgãos de contas ao lado dos julgamentos políticos a cargo do Senado como impossibilitados de ingerência pelo judiciário.

Dentre os nomes que se posicionam nesta corrente está o de Seabra Fagundes, que assim pontua:

Não há, portanto, lugar para tribunais administrativos com função contenciosa. A existência de uma jurisdição administrativa, além de contrária à tradição do Direito brasileiro, é vedada pela expressa letra constitucional. Seria mister reforma da Constituição para instituí-la. Somente em casos estritamente previstos na própria Constituição (dos quais trataremos a seguir), haverá situações contenciosas, nascidas de atos da Administração Pública ou indiretamente com êles relacionadas, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. [...] Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do presidente da república, dos ministros de Estado, quando conexos com os dêsse, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso. A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de contas. [...] O Tribunal de contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. [...] Dêle se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, pelo menos por algumas das atribuições, órgão auxiliar. Não obstante isso, o art.71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais, responsáveis por bens ou dinheiro públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprêgo da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da côrte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob êsse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Côrte de contas decide conclusivamente. Os órgãos do poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.<sup>37</sup>

Os argumentos a que se apegam os defensores da impossibilidade de anulação de atos dos tribunais de contas pelo judiciário não encontram apoio na sistemática pátria. Na verdade, não encontravam esse apoio nem em outros tempos, pois o entendimento pretoriano, em especial do Supremo Tribunal Federal, já admitia a anulação nos casos que não envolvessem

---

<sup>37</sup> FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 138-142.

erros formais, mas também por ilegalidade manifesta ou abuso de poder. Claramente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz a distinção entre erro formal e ilegalidade manifesta, o que envolve, nesta última, o mérito técnico.<sup>38</sup> Assim, os argumentos contrários a anulação pelo judiciário servem apenas para tentar esconder o fato de que os provimentos dos tribunais de contas podem conter ilegalidade ou inconstitucionalidade. Na verdade, nem os tribunais de contas nem os seus atos estão acima do bem e do mal. Assim passa-se a análise dos argumentos utilizados.

Quanto ao uso do termo “julgar”, na Constituição Federal, o mesmo não significa que os tribunais de contas exerçam jurisdição definitiva e que seus provimentos façam coisa julgada nos mesmos moldes do Poder Judiciário. A atividade julgadora existe em vários momentos na estrutura administrativa estatal, a exemplo de comissões julgadoras em concursos públicos ou de comissões julgadoras em processos disciplinares. E nem por isso, o trabalho dessas comissões está isento da apreciação judicial. Isto porque, sua atividade é de natureza administrativa. Além disso, o sentido do termo “julgar” é amplo, o que implica em fazer um juízo de valor. E juízos de valor os órgãos de contas também fazem ao emitir os pareceres prévios, assim como nas declarações de legalidade, para efeito de registro, dos atos de admissão de pessoal ou de concessão ou reforma de aposentadoria e pensão. Para esses dois casos (pareceres prévios e declarações de legalidade), a Constituição não usou o termo “julgar”, e nem por isso os tribunais de contas deixam de emitir juízos de valor, ou seja, não deixam de emitir um julgamento. Desse modo, o ato de julgar não torna os provimentos dos tribunais de contas insuscetíveis de apreciação e de anulação judicial, eis que não fazem coisa julgada no sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Acerca do argumento da especialização técnica, o mesmo também não serve para justificar a afirmação de que o judiciário não pode anular os provimentos dos tribunais de contas. O fato de tais atos conterem um mérito técnico e contábil não torna impossível uma eventual apreciação judicial. Primeiro pelo fato de que a ilegalidade ou a inconstitucionalidade pode ser vista sem maiores esforços, ainda que conste do mérito e não da forma. Por exemplo, a ilegalidade ou inconstitucionalidade pode se relacionar a identificação ou individualização equivocada do gestor, ou pela aplicação de sanção a fato inexistente, ou por atentado à lógica e à razoabilidade, como no caso da avaliação apenas

---

<sup>38</sup> Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta. Mandado de Segurança não conhecido (MS 7280 - Relator (a): Min. Henrique D'Avila - Julgamento: 20/06/1960).

visual de canteiro de obras saqueado, que levou à imputação indevida de ressarcimento ao gestor anterior, somente pelo fato de que as obras se iniciaram em sua gestão, posto que o tribunal não considerou que os saques ocorreram sob o dever de vigilância no novo gestor. E segundo pelo fato de que, na necessidade de análise técnica, pode o juiz se valer de peritos e auxiliares do juízo, o que leva à conclusão de que a falta de especialização não é impedimento válido que impeça a apreciação pelo judiciário. A especialização técnica, além do fato de serem os tribunais de contas órgãos constitucionais, serve para deixar claro outro aspecto, qual seja, de que o judiciário pode anular o provimento, mas não pode substituir a atividade de fiscalização. O judiciário não pode emitir um juízo quanto a aprovação das contas, nem reduzir ou retirar sanções. O máximo que pode fazer é apontar a ilegalidade ou inconstitucionalidade, formal ou material, e anular o provimento, mas determinar uma nova apreciação pelo tribunal de contas. Não se pode olvidar que a decisão judicial que anula o ato e aponta o vício vinculará a nova apreciação pelo tribunal de contas. Defendemos que esse raciocínio se aplica tanto nas contas de gestão quanto nas contas de governo. Nas de governo, mesmo diante da submissão do parecer prévio a análise política pela casa legislativa respectiva, pode ele conter uma ilegalidade ou uma inconstitucionalidade que macule politicamente o chefe do executivo. O mesmo raciocínio se aplica às declarações de legalidade (sobre atos de admissão, e concessão ou reforma de aposentadoria e pensão).

Ainda um terceiro argumento é usado pelos que defendem a impossibilidade de anulação pelo judiciário: o texto da Constituição Federal ter destinado aos membros dos tribunais de contas as mesmas garantias da magistratura. Ocorre que esse fato não pode servir, isoladamente, para levar à conclusão de que os atos dos tribunais de contas são definitivos e imutáveis, insuscetíveis de apreciação judicial. A interpretação constitucional não pode ser realizada apenas por este fato, mas sistematicamente, em análise conjunta com os todos os elementos até aqui apresentados. A destinação das mesmas garantias da magistratura aos membros dos tribunais de contas foi uma mera opção política do legislador constituinte. Mas se essas garantias fossem indicativas de que a atividade desses órgãos de controle foi elevada ao patamar judicial, certamente teria o constituinte exigido que seus membros tivessem as mesmas qualificações dos juizes. Mas não é o que acontece. A maioria dos ministros e conselheiros recebe o “presente” da vitaliciedade e da irredutibilidade não por ser qualificada para o exercício da magistratura, mas por razões políticas. Muitos deles sequer cursaram a faculdade de direito, mas receberam o cargo por serem politicamente corretos e por pertencerem aos partidos da situação. O acesso não se dá por mérito, mas por critério político

que, não raro, adota interesses escusos. É bem verdade que o acesso aos Tribunais Superiores, componentes do Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, se dá por critérios também políticos. Mas isso não ocorre com todo o judiciário. Quanto aos tribunais de contas a única hipótese em que o acesso se dá por mérito e qualificação é dos ministros e conselheiros escolhidos dentre auditores e membros do Ministério Público Especial, cujo ingresso no quadro funcional dos tribunais de contas ocorre por concurso público.

Ao que parece, nunca houve dissenso quanto à possibilidade de controle judicial dos atos dos tribunais de contas no caso de haver vício formal do processo administrativo. A discórdia jurídica dizia respeito à anulação por ilegalidade na análise das contas (mérito técnico) ou por excessos na aplicação de sanções. Nos dias atuais, porém, a doutrina majoritária tem admitido a anulação, pelo Poder Judiciário, de provimentos dos tribunais de contas no caso de ilegalidade.<sup>39</sup> A essa ilegalidade acrescenta-se a inconstitucionalidade por agressão a direitos fundamentais e de personalidade do gestor.<sup>40</sup> No caso da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, ao seguir a linha de suas súmulas, especialmente a do enunciado 473, admite a anulação de atos dos tribunais de contas, pelo judiciário, no caso de ilegalidade manifesta. Tal entendimento evolui desde a década de 60, ou seja, sob a égide da Constituição Federal de 1946:

1) Tribunal de Contas. Mandado de Segurança contra multa imposta a delegado do tesouro por atraso na tomada de contas de funcionário em alcance. Preliminar de descabimento do pedido. **Sob alegação de dirigir-se contra ato jurisdicional privativo de Tribunal de Contas: rejeição.** Limites estreitos da competência jurisdicional do tribunal de contas - Art. 77, N. II, da Constituição Federal. 2) Tribunal de Contas. **Ilegalidade da aplicação de multa prevista no art. 85, da Lei 830/49**, em caso de infração do Art. 84. Mandado de Segurança concedido (MS

<sup>39</sup> Sobre a natureza não judiciária dos tribunais de contas e sobre a possibilidade de controle de seus provimentos pelo Poder Judiciário: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 48, 50-53, 64; FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução.** Campinas: Edicamp, 2002, p. 100-116-117; e DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunal de contas no Brasil.** São Paulo: Dialética, 2006, p. 154-156, 159, 162, 166-167, 169-171.

<sup>40</sup> “As decisões do poder administrativo são dispositivas, mais ou menos gerais e mutáveis; as do poder judicial são declarativas, com referencia especial a uma lei, a um caso dado, e irrevogáveis, passando em julgado. O poder judicial somente procede, sendo provocado, sobre contestação existentes, em processos que nascem de um direito litigioso, ou de um fato que prejudica um indivíduo conhecido e determinado, que interessa a sociedade secundariamente, e tem apenas uma influência indireta sobre a ordem pública. Não assim o poder administrativo cuja esfera de atividade é mais extensa. Pode obrar sem ser provocado. Pode providenciar para o futuro com largueza, sem restringir-se de um fato, e caso dado e às suas circunstâncias. Pode tomar medidas de prevenção, que não lhe são requeridas, sobre assuntos que interessam a totalidade, ou grande número de cidadãos. [...] Por outro lado, se a administração pertencesse à justiça tenderia esta a subordinar os direitos privados a considerações de interesse público, a desconhecer, tendo em vista o bem geral, a propriedade, e a liberdade individual, substituindo o direito pelo arbítrio”. URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960, p. 34-35.

16255 / DF - Distrito Federal - Mandado de Segurança – Relator (a): Min. Evandro Lins - Julgamento: 04/08/1966). (Grifo aditado).<sup>41</sup>

Na verdade, diante da abertura principiológica da ordem constitucional, enquadrada no princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana, não há como prever todas as hipóteses possíveis de agressão em que poderá o judiciário se deparar. Caberá ao judiciário, caso a caso, averiguar o cabimento da ação mediante a análise da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir. Recusar sumariamente a ação sem essa avaliação importará em ato abusivo e ilegal, uma verdadeira negativa de jurisdição, o que é vedado na ordem constitucional pátria.

Juntamente com as condições da ação, o magistrado deverá avaliar o pedido e a causa de pedir. A causa deverá se limitar à alegação de ilegalidade manifesta ou de inconstitucionalidade do provimento. E o pedido, por sua vez, deverá buscar a anulação do provimento. Pedido que busque a reanálise das contas pelo judiciário estará em desacordo com a ordem constitucional. Isto porque, se o judiciário fizer uma reavaliação das contas, disser acerca da sua regularidade ou irregularidade, reduzir os valores das sanções ou extrair cominações impostas, ocorrerá o desrespeito à ordem e a usurpação das atribuições constitucionais dos tribunais de contas. A causa de pedir deve indicar a ilegalidade manifesta ou a inconstitucionalidade por violação de direitos fundamentais ou de personalidade do gestor. Já o pedido, em contrapartida, poderá buscar a suspensão imediata dos efeitos do provimento (antecipação de tutela) e, ao final, a sua anulação. Se o magistrado se convencer da verossimilhança da alegação e da possibilidade de dano, bem como da reversibilidade do provimento, poderá conceder a antecipação dos efeitos da tutela. E se, ao final, após a instrução probatória, se convencer da presença da ilegalidade manifesta ou da inconstitucionalidade, poderá anular o provimento, mas em vez de proceder a uma reanálise das contas, ordenará ao tribunal a realização de um novo julgamento ou apreciação. A decisão judicial deverá, por sua vez, apontar os motivos e a fundamentação, delimitar e indicar a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade. Essa motivação da decisão judicial deverá ser observada pelo tribunal de contas no novo julgamento para que não se repita o mesmo erro ou vício. Entende-se, portanto, que a motivação da decisão judicial é vinculante para o novo

---

<sup>41</sup> MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. OS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS, NO USO DA ATRIBUIÇÃO CONFERIDA PELO ART. 77 DA CONSTITUIÇÃO, SÓ PODERÃO SER CASSADOS POR MANDADO DE SEGURANÇA, QUANDO RESULTEM DE ILEGALIDADE MANIFESTA OU DE ABUSO DE PODER (MS 5490/RJ - Relator(a): Min. Antônio Villas Boas - Julgamento: 20/08/1958).



juízo criminal.<sup>42</sup> O gestor poderá fazer uso da via do mandado de segurança ou de ação ordinária. É de se ressaltar que a via do mandado de segurança é mais estreita, pois o direito líquido e certo do gestor, bem como o abuso cometido pelo tribunal (ilegalidade manifesta ou inconstitucionalidade), deve ser provado de plano e na forma documental.<sup>43</sup>

Além disso, é fato que um provimento dos tribunais de contas que puna e sancione o gestor poderá ser também impugnado no judiciário em sede de execução fiscal, em sede do juízo criminal e nas ações de improbidade.

#### 4.5 Abordagem dos aspectos constitucionais e jurídicos, gerais e específicos, que tornam cabível o controle judicial

É indubitável que, para a admissão do controle judicial posterior, bastaria o argumento da existência de ilegalidade ou de inobservância e agressão a um direito fundamental num

---

<sup>42</sup> “Outra ilegalidade praticada por Tribunal de contas é a afronta à decisão judicial. Se o Judiciário, como Poder definidor de controvérsias, define posição e a reveste com o manto da *res iudicata*, nenhuma alternativa remanesce para a Corte de contas: cabe-lhe apenas respeitá-la e cumpri-la. O TCU, por exemplo, determinou a suspensão de pagamento de parcelas remuneratórias incluídas nos proventos de servidores públicos aposentados por força de decisão judicial transitada em julgado. O STF, examinando a questão em mandado de segurança, deferiu o pedido, a nosso ver, com absoluto acerto, para anular a decisão da Corte de contas, fundando-se a decisão no princípio da intangibilidade da coisa julgada”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 805.

<sup>43</sup> “Cumpre indagar se pode ser usado o mandado de segurança contra ato de jurisdição constitucional, com o relêvo que tem no mecanismo do regime o Tribunal de contas. [...] O caso em aprêço teria de ser decidido dentro desse critério. Se o Tribunal de contas, a mais alta jurisdição administrativa da República, composta de magistrados que a Constituição denomina ministros e gozam das mesmas garantias asseguradas aos da Corte Suprema, profere uma decisão, o direito que contra ela se insurgisse poderia ser atendido por outros meios, não, porém, pelo mandado de segurança. Entretanto, a lei n.º. 191, admitindo esse remédio mesmo contra os atos judiciais, parece haver posto à margem aquela imunidade, ainda que relativa, dos atos jurisdicionais das instâncias administrativas, por maior que seja a sua graduação. Porque, se o direito que se diz violado por um juiz ou um tribunal judiciário (nem mesmo a Corte Suprema estará excluída) pode reagir por meio do mandado de segurança, a possibilidade de tê-lo como “certo e incontestável” está admitida. Daí decorre que os atos de jurisdição, na esfera administrativa como na ordem judiciária, comportam, em face daquela lei, o reexame pelo mandado de segurança. Eis a razão pela qual sou forçado a entrar no mérito da questão, para, em exame sumário dos seus diferentes aspectos, verificar a legalidade da decisão, sem prejuízo de mais demorado estudo se o caso voltar a Juízo pelos meios ordinários. [...] Em qualquer dessas modalidades por que se apresente o ato impugnado, poderá ser encontrado, em grau maior ou menor, um abuso, excesso ou desvio de poder, dependendo a proteção, a ser assegurada ao direito atingido, do relêvo da arguição, do abuso ou excesso injustificável da autoridade, da *ilegalidade*, em suma, a ser apreciada no mandado de segurança, mediante critério mais restrito do que nas ações reparatórias. [...] É verdade que, na técnica do direito, só a *inconstitucionalidade* é que precisa ser *manifesta*, e assim mesmo em se tratando de leis. Em favor destas e não dos atos administrativos é que existe a *presunção de constitucionalidade*, fundada na tramitação dos projetos, em duas ou três discussões, nas duas Casas do Legislativo, com as luzes das suas comissões técnicas, até a sanção, em que de novo se possibilita o exame da proposição sob aquele mesmo aspecto. [...] O direito pode ter sido violado por inobservância ou transgressão *direta* de preceito constitucional; ou *indiretamente*, por via da *lei*, em cuja execução ou conformidade tenha sido praticado o ato”. NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 170-171, 179, 182, 184.

provimento dos tribunais de contas. Outrossim, tal argumento encontra apoio em vários outros como:

- Ausência do contencioso administrativo e da coisa julgada administrativa em sentido definitivo e imutável geral.
- Teor da Súmula nº 1 do Tribunal Superior Eleitoral que exige, como condição de registro da candidatura, que o pretense candidato, que tenha tido suas contas de gestão desaprovadas, apresente uma ordem judicial que suspenda os efeitos da decisão do tribunal de contas. Tal ordem, ainda que de caráter não definitivo, por certo, não pode se limitar apenas a análise dos aspectos formais, mas também do mérito técnico do provimento.
- Apreciação de recursos processuais pelo próprio tribunal de contas (inexistência de um efetivo e real duplo grau jurisdição por meio do juízo de cassação por um órgão externo e hierarquicamente superior, como ocorre na França com o Conselho de Estado).
- Recurso de Revisão sem efeito suspensivo.
- Inexistência de medidas processuais de exceção, como de suspeição, e de órgão administrativo, externo e superior aos tribunais de contas, para declará-la na hipótese de não ser feita pelo próprio membro do tribunal de contas.
- Inexistência de espécie recursal para reforma de pareceres prévios nos processos de contas de governo.
- Inexistência de agressão ao princípio da separação dos poderes, haja vista que os tribunais de contas não compõem nenhum dos poderes da república, sendo órgãos administrativos especiais de controle.
- Não executoriedade, pelo próprio tribunal de contas, de seus provimentos, o que leva a execução do julgado para o judiciário, com a possibilidade de defesa na execução mediante as medidas impugnativas apropriadas.

- Dependência posterior dos tribunais de contas para com o judiciário, que sempre poderá se manifestar acerca do conteúdo da decisão nas ações penais e nas ações de improbidade administrativa.
- Possibilidade de ação de responsabilidade civil do Estado.
- Pacto de San José da Costa Rica, artigo 25:

Art. 25 – Da proteção judicial. 1) Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

- Admissão, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de que atos administrativos, o que inclui aqueles originados dos tribunais de contas, podem ser apreciados e anulados pelo judiciário. Súmula nº 6 do STF: “A revogação ou anulação, pelo poder executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo tribunal de contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do judiciário”. Súmula nº 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

- Teor do artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/1990, que prevê a possibilidade de controle pelo judiciário:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.

- Princípio da inafastabilidade jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) cumulado com o princípio da exceção constitucional.

O judiciário pode, efetivamente, em atendimento a ordem constitucional pátria vigente, anular um provimento dos tribunais de contas, por ilegalidade manifesta ou por inconstitucionalidade, ainda que essa mácula esteja inserida no mérito técnico do ato. Não é possível aceitar que o judiciário somente possa anular provimento formalmente viciado. Afinal, a

ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade, sejam elas formais ou materiais, não podem ser albergadas e surtir seus efeitos como se estivessem dentro da mais pura normalidade. Essa limitação à anulação apenas por erro formal já não mais é compatível com a ordem constitucional contemporânea, com a teoria da constituição e com sua hermenêutica constitucional.

A jurisdição tratada no princípio da infastabilidade do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, refere-se à atividade exercida pelo Poder Judiciário. Nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser afastada da análise judicial desde que o jurisdicionado deduza sua pretensão em juízo (exercício do direito de ação). Assim, todos os atos praticados nas demais espécies e subespécies de processos podem ser submetidos ao controle judicial, inclusive os atos processuais emanados dos tribunais de contas.<sup>44</sup>

Conforme visto no item anterior, há uma corrente que se posiciona no sentido de que, por respeito ao poder e ao trabalho dos órgãos administrativos, em especial dos órgãos de controle, como é o caso dos tribunais de contas, não pode o judiciário avaliar o mérito das contas julgadas. De acordo com essa corrente, apenas se houver erros formais ou processuais, isto é, a inobservância dos aspectos externos do processo, como cerceamento de defesa, é que poderá o judiciário anular o processo administrativo e a decisão dele oriunda. No entanto, é preciso um maior cuidado quanto à veracidade dessa assertiva.

Em primeiro lugar cabe frisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir que o judiciário analise o mérito administrativo e anule decisões (atos administrativos) ilegais ou tecnicamente ilegais, oriundas de processos administrativos, e não apenas diante de erros formais.<sup>45</sup> O Supremo Tribunal Federal também já se posicionou no sentido de que

---

<sup>44</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 504-505; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 367-369; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.190-192; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 679-680.

<sup>45</sup>ATO ADMINISTRATIVO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. REINTEGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIO DEMITIDO. É pacífico o entendimento de que a apreciação pelo Judiciário dos pressupostos ou motivos determinantes de um ato administrativo vinculado, como ocorre na espécie, não importa invasão do juízo discricionário do poder executivo, no apreciar o mérito, senão o exato controle da legalidade do ato - recurso extraordinário não conhecido (BRASIL. STF – RE 88121/PR Recurso Extraordinário Min. Rafael Mayer Julgamento: 19/06/1979 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 10-08-1979). CONTROLE JURISDICIONAL DE ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. O exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende, quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram. Embargos conhecidos e recebidos (STF – RE-EDv 75421/BA Emb. Div. no

a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.<sup>46</sup>

Nesse sentido, como os procedimentos e as decisões oriundas dos tribunais de contas enquadram-se como atos administrativos, essa possibilidade de revisão judicial, inclusive sobre o mérito, aplica-se sobre eles, sendo inafastável a jurisdição. A doutrina também adota corrente no sentido do cabimento da revisão do julgado, pelo judiciário, com análise do mérito. É o caso da opinião de Jacoby, especificamente sobre as tomadas de contas especiais,<sup>47</sup> e de José dos Santos Carvalho Filho.<sup>48</sup>

Em segundo lugar, é preciso entender a natureza e os tipos de mérito administrativo. Semanticamente, a palavra “mérito” significa “1 O mesmo que merecimento. 2 Valor moral ou intelectual. 3 Aptidão, capacidade, superioridade. 4 O que torna uma pessoa, obra ou ação dignas de elogio, estima ou recompensa”. Juridicamente, o termo significa “aspecto de um ato administrativo que o torna adequado, conveniente e oportuno para o interesse público; matéria sobre que versa, no processo, o pedido do autor”.<sup>49</sup>

---

Recurso Extraordinário – Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque – Julgamento: 18/09/1975 – Tribunal Pleno – Publicação DJ 01.10.1976).

<sup>46</sup> STF, RDA 42/227 *apud* MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 682.

<sup>47</sup> “Nos termos da conclusão do título precedente, deve ser admitida a possibilidade do patrulhamento das fronteiras da legalidade do ato de julgamento das Cortes de contas. [...] Cabe obter-se que, se no desenvolvimento desse processo for violada uma lei – seja a Lei Orgânica do Tribunal, seja uma outra norma aplicável ao caso, por força de remissão ou pela natureza do negócio – nascerá para o envolvido o direito subjetivo da tutela judicial, retornando os autos à apreciação do Poder Judiciário. [...] As decisões dos tribunais de contas “devem estar jungidas à lei” e a verificação desse fato pode ser provocada pelo interessado junto ao Poder Judiciário, por meio de ações próprias. [...] As ações judiciais poderão acarretar a nulidade da decisão do Tribunal de contas, desconstituindo os efeitos ou a alteração afetando o mérito, colocando-se em plena desarmonia ou conflito com a decisão administrativa” – (Grifo aditado) FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 519-521.

<sup>48</sup> “O controle judicial sobre os atos da Administração é *exclusivamente de legalidade*. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos lícitos. O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de *mérito administrativo*, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º)”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 808.

<sup>49</sup> DICIONÁRIO MICHELIS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=merito>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

Comumente, o mérito administrativo é associado à conveniência e à oportunidade, prerrogativas do administrador público em relação à execução de serviços públicos, ou seja, de ações administrativas positivas e primárias. Entretanto, para o correto entendimento da matéria ora tratada, faz-se necessário ampliar o raio de visão jurídica quanto ao significado do termo. A conveniência e a oportunidade estão relacionadas ao ato administrativo *discricionário*, isto é, naqueles casos em que “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”.<sup>50</sup> Esta discricionariedade, pode-se concordar, não deve ser apreciada pelo judiciário, porquanto se nem a lei determinou totalmente os parâmetros do ato, ficará difícil ao judiciário fazê-lo. Mesmo assim, esta impossibilidade é relativa, pois caso a decisão extrapole os limites tácitos e implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, pode haver a análise do mérito pelo judiciário, a exemplo do manejo da Ação Popular, que protege aspectos importantes da Administração, como a moralidade, a probidade e o patrimônio público.

Ao lado do ato discricionário há o ato vinculado, aquele delimitado e descrito totalmente na lei, o que não permite a sua aplicação diversa dos termos da legislação, pois não existe margem de liberdade para a emissão do ato. Todo o trabalho dos tribunais de contas é descrito na constituição e na lei, assim como os parâmetros que devem ser seguidos na fiscalização. Logo, os atos dos tribunais de contas são vinculados. Independentemente de ter cunho declaratório, fiscalizatório, decisório, opinativo, sancionador, importa que os atos que resultam da atividade de controle externo respeitem a constituição e a lei. Nessa vinculação dos atos dos tribunais de contas, há o que se pode chamar de mérito técnico. Este diz respeito à qualificação e à aptidão afeita aos órgãos de contas, pois o objeto analisado possui suas nuances e peculiaridades que tornam necessária uma especialização para a correta apreciação do caso. Significa que a análise técnica, feita pelos tribunais de contas, deve se basear na legislação, aplicar os critérios, percentuais e exigências previstas na lei, e fazer uso de tais comandos para concluir pela total regularidade das contas ou de sua regularidade com ressalvas, bem como para a dosimetria quanto à aplicação das penas pecuniárias.

Destarte, os atos administrativos emanados dos tribunais de contas são vinculados, pois a sua atividade processual (tanto no aspecto formal quanto material) está delimitada pelos ditames da lei (artigo 31 *in fine* da CF). Não se aplica aos tribunais de contas escolhas por

---

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 205.

conveniência e oportunidade. No bojo de sua atividade está a análise técnica, contábil, financeira e orçamentária.

Eros Roberto Grau nega a existência de discricionariedade administrativa técnica e, acerca do controle judicial de atos ou decisões de natureza técnico-administrativas, posiciona-se pelo cabimento da intervenção do Poder Judiciário em face do conteúdo desses:

No mais, desejo ainda referir, para negá-la, a tese da existência de uma certa discricionariedade técnica, assim estruturada: há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos *erros manifestos* que nelas se exteriorizem; daí por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto.

Dá-se, contudo, exatamente o contrário: se a decisão é técnica, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão!

Além disso, podemos ainda adotar, em relação a discricionariedade técnica, a exposição crítica de Antônio Francisco de Sousa: i) a definição do que seja ‘decisão altamente técnica’ é subjetiva...; ii) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça – até porque não tem o dever de conhecer todas as matérias – pode e deve ouvir peritos...; [...]; iv) ao limitar-se o controle jurisdicional ao ‘erro manifesto’, coloca-se à margem desse controle o ‘erro não manifesto’; é certo, porém, que tanto o ‘erro manifesto’ quanto o ‘erro não manifesto’ são ilegais e devem ser controlados e corrigidos, jurisdicionalmente; a tolerância do erro, *manifesto* ou *não manifesto*, se não concedida pela lei, não pode ser concedida pelo juiz; [...]<sup>51</sup>

Assim, com relação à legalidade e à constitucionalidade, parece razoável que o judiciário possa (e deva) anular uma decisão do tribunal de contas, se esta violar tanto aspectos formais quanto materiais protegidos pela ordem constitucional e infraconstitucional. Como inúmeros diplomas legais delimitam o mérito das decisões das cortes de contas, esse controle judicial pode ser exercido com base na legislação. Outrossim, como frisado por Grau, o argumento de alta especialização técnica não pode servir para afastar o exame da legalidade de decisões resultantes da análise de contas, nem se limitar o alcance judicial apenas a erros manifestos ou formais (processuais). Se assim fosse, restaria suprimida a abrangência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Deve-se lembrar, ademais, que todo processo, inclusive os de natureza administrativa nos tribunais de contas, tem como personagens seres humanos e sua inafastável falibilidade. Erros podem ser cometidos e critérios podem estar equivocados sem o propósito de levar prejuízo a quem quer que seja. Não é benéfico nem salutar ao Estado de Direito dogmatizar a

<sup>51</sup>GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214-215.

posição de que o judiciário só pode anular os processos dos tribunais de contas por erros formais. Qualquer erro, formal ou material, que viole a lei, ou um erro por qualquer critério ou julgamento técnico que extrapole a razoabilidade, pode ser anulado pelo judiciário.

Os princípios da inafastabilidade jurisdicional e da exceção constitucional se imbricam. Tanto no inciso XXXV quanto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, a inafastabilidade da apreciação judicial e a coisa julgada são garantidas pela expressão “a lei não afastará” e “a lei não prejudicará”. “Lei” aqui diz respeito ao legislador infraconstitucional e, por se tratar de direitos fundamentais, se estende ao próprio constituinte derivado diante da proibição de proposta de emenda constitucional que tenda a abolir esses direitos. Se a lei não pode afastar nem prejudicar esses direitos, poderia ter feito isso o constituinte originário? Sim, poderia. Ao elaborar a Constituição Federal, o poder constituinte originário, caracterizado pela ilimitação política e jurídica, poderia ter optado por não garantir a inafastabilidade jurisdicional, assim como poderia estabelecer exceções, desde que expressas, que impedissem a apreciação judicial sobre determinados temas. Porém, o que não excepcionou a Constituição, não pode o legislador infraconstitucional fazê-lo, nem mesmo o constituinte derivado, nos casos de direitos fundamentais, muito menos o intérprete e aplicador da lei. Esse é o sentido do princípio da exceção constitucional.

Todavia, mesmo quando a própria Constituição parece repelir a atuação judicial, esta impossibilidade deve ser vista com cuidado. Hipótese emblemática é o do processo de *impeachment* do presidente da república. De acordo com a Constituição, o procedimento estabelecido é bifásico. Na primeira fase, cabe à Câmara dos Deputados admitir a acusação e autorizar a abertura do processo, e, na segunda fase, cabe ao Senado processar e julgar. Se não for autorizado pela Câmara, não pode o Senado processar e julgar, sendo esta uma das hipóteses de exercício atípico da função de julgar pelo legislativo. Neste caso, então, entende-se que “A Constituição, implícita e explicitamente, repele a possibilidade da interferência do Poder Judiciário em assuntos de *impeachment*, seja por via de recurso, seja através de revisão”.<sup>52</sup>

Mesmo diante da impossibilidade dita acima, Paulo Brossard admite que as decisões do Senado podem conter “muitos e irreparáveis abusos”, haja vista a miscelânea de formações e culturas diferentes daqueles que compõem o parlamento, além dos vínculos de solidariedade ou animosidade partidários, que podem impedir a formulação de um juízo imparcial. Tais abusos podem existir também no juízo de admissibilidade e autorização da Câmara dos

---

<sup>52</sup> BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 152.



Deputados. Além disso, inexistente solução legal e constitucional para o caso de omissões, seja da Câmara em não apreciar a denúncia e não remetê-la ao Senado, seja do Senado que, mesmo ao receber a autorização da Câmara, pode se mostrar inerte e não processar e julgar. O contrário também pode ocorrer, ou seja, por espírito de vingança ou por interesses escusos, ser admitida indevidamente a acusação na Câmara e ser processado e julgado no Senado sem a devida imparcialidade.<sup>53</sup> Note-se que as questões de fato e de direito que envolvem o *impeachment* são confiadas por inteiro ao Congresso Nacional.<sup>54</sup> Mas não se pode deixar de entender que “situações excepcionais podem ocorrer de molde a constituir caso judicial, quando, por exemplo, o Congresso chegasse à infração patente de uma cláusula constitucional”. Paulo Brossard, então, conclui no seguinte sentido:

[...] negar ao Judiciário o conhecimento de mandado de segurança em tais casos seria levar longe demais as conseqüências do princípio, certo de que não só o Judiciário, mas os outros Poderes não interferem em questões relativas ao impeachment. [...]; os tribunais devem proceder com particular recato, e somente contravenção a preceito constitucional pode autorizar, em apertados limites, a interferência judicial, sem jamais penetrar do processo ou torná-lo ineficaz.<sup>55</sup>

Não se desperceba, portanto, que mesmo em questões de exceção constitucional, a depender da agressão a preceitos constitucionais e dentro dos limites apertados entre os poderes, pode o judiciário ser provocado para proteger lesão ou ameaça a direito. Na verdade, a única disposição constitucional expressa, que excepciona a apreciação judicial, diz respeito à justiça desportiva e ao esgotamento prévio de sua instância, como ensina Athos Gusmão Carneiro:<sup>56</sup>

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional não comporta exceções, e nem mesmo admite a exigência de prévio esgotamento do contencioso nas vias administrativas; neste ponto, contudo, a vigente Lei Magna abre uma (única) exceção – legítima porque prevista no próprio texto constitucional – no relativo à Justiça Desportiva. Assim, as ações concernentes à disciplina e às competições

<sup>53</sup> Ibid., 1992, p. 172-178.

<sup>54</sup> “No direito público, a *auctoritas* designa, como havíamos visto, a prerrogativa por excelência do Senado. Sujeitos ativos dessa prerrogativa são, portanto, os *patres: auctoritas patrum* e *patres auctores fiunt* são fórmulas comuns para se expressar a função constitucional do Senado. Os historiadores do direito, porém, sempre tiveram dificuldade para definir essa função. Mommsen já observava que o Senado não tem uma ação própria, e pode agir somente em ligação com o magistrado ou para homologar as decisões dos comícios populares, ratificando as leis. Não pode manifestar-se sem ser interrogado pelos magistrados e só pode perguntar ou “aconselhar” – *consultum* é o termo técnico – e esse “conselho” nunca é vinculante de modo absoluto. [...] De todo modo, é certo que a *auctoritas* não tem nada a ver com a *potestas* ou com o *imperium* dos magistrados ou do povo. [...] *Auctoritas* e *potestas* são claramente distintas e, entretanto, formam juntas um sistema binário. [...] A *auctoritas* do Senado aparece, pois, em sua forma mais pura e mais evidente quando é invalidada pela *potestas* de um magistrado, quando vive como mera escrita em absoluta oposição à vigência di direito. Por um instante, a *auctoritas* revela aqui sua essência: o poder, que pode “conferir a legitimidade” e, ao mesmo tempo, suspender o direito, mostra seu caráter mais específico no momento de sua ineficácia jurídica máxima” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 119-120, 123.

<sup>55</sup> BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 183-185.

<sup>56</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

esportivas só podem ser levadas ao Judiciário após se esgotarem, no prazo máximo de sessenta dias, as instâncias da Justiça Desportiva (CF, art. 217, §§ 1º e 2º).<sup>57</sup>

Por ser esta a única exceção expressa feita pelo texto constitucional, não se pode falar em não cabimento de controle posterior, pelo judiciário, de provimentos originados das demais esferas político-administrativas, o que inclui aqueles originados dos tribunais de contas.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi reafirma a inaplicabilidade do raciocínio de serem intocáveis, pelo judiciário, os provimentos dos tribunais de contas:

Sob aspecto jurídico, não há como supor ou imaginar que o Tribunal de contas seja órgão com natureza, substância, essência material intrínseca de órgão jurisdicional, judicante, cujas decisões produzam a coisa julgada, com definitividade. Em matéria de *Direito*, as decisões finais do Tribunal de contas são sempre suscetíveis de eventual contrasteamento no âmbito cognitivo do Poder Judiciário do Brasil, precisamente como o são as decisões finais do Tribunal Marítimo, do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e de outros órgãos, análogos, da Administração Pública Federal, dos Estados e dos Municípios, no Brasil. [...] Assim pode definir *Tribunal de contas, no Brasil*, como o órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem definitividade jurisdicional.

As decisões do Tribunal de contas no Brasil, nunca fizeram coisa julgada, em relação ao Poder Judiciário, de 1891 até o momento atual. Por outro lado, nunca existiu, no Brasil, o 'contencioso administrativo', a dualidade jurisdicional, tal como definida pelo Direito Administrativo Comparado.<sup>58</sup>

A matéria atrai sempre a questão da proteção ao Estado, além da própria ordem vigente. Ocorreria, de fato, o fenômeno da erosão constitucional, pois seriam minados aos poucos os fundamentos mais elementares do ordenamento, caso não fosse admitido o acesso ao judiciário para a verificação da legalidade e da constitucionalidade dos atos administrativos, tanto os de administração propriamente dita quanto os atos administrativos de controle. A normatização via princípios, bem como a ampla interpretação garantística do direito, é incumbência final e em última análise do judiciário. Luigi Ferrajoli coloca em termos garantísticos não apenas o acesso ao judiciário, mas também a qualidade do trabalho judicial, pois dos juízes também se espera a fidelidade ao ordenamento. De nada adianta defender o amplo acesso à justiça, se esta, no exercício de suas funções, apresente chagas que deixem a desejar o resultado de sua atividade.<sup>59</sup> O tema do cabimento e pertinência do controle judicial

<sup>57</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 217, §1º: “Art. 217 [...]. §1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

<sup>58</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 99, 186-187.

<sup>59</sup> “Y, sin embargo, e un estado de derecho, los derechos exigen ser tutelados, aun cuando sus presupuestos legales sean vagos e inciertos; y el progreso de la democracia se mide precisamente por la expansión de los

sobre os provimentos dos tribunais de contas encontra-se em discussão, no Brasil, desde o início do século XX, como mostra a obra de Pedro Lessa:

Julgadas as contas e inscripta a divida nos livros competentes, caso não seja paga nos prazos que forem marcados, termina a acção do contencioso administrativo, e a fazenda publica, com credora da quantia liquida e certa, comparece por meio do seu procurador perante o poder judicial em fôro privilegiado, a pedir o seu pagamento. As contas por certidão extrahidas dos livros fiscaes têm força de escriptura publica, e nellas tem a fazenda a sua intenção fundada e liquidada de facto e de direito, de modo a não precisar de qualquer outra prova; compete-lhe o processo executivo. Consequentemente, às pessoas julgadas responsaveis por debitos de qualquer origem para com a União pelo Tribunal de contas, é sempre facultado fazer valer o seu direito perante os juizes federaes, não se podendo atribuir às decisões desse tribunal a mesma efficacia jurídica adjectivada às dos tribunaes do contencioso administrativo no período imperial. Nas questões judiciaes discutidas perante a justiça federal, as sentenças do Tribunal de contas só tem o valor jurídico de informações, posto que muito preciosas, de esclarecimentos, embora de um valor inestimável. Reputar definitiva e irrevogavelmente julgadas pelo tribunal de contas as questões suscitadas entre a União e as pessoas para com ella responsaveis, fora infringir inquestionavelmente as claras e peremptórias normas do artigo 60, letras b e c da Constituição. Dêm, se quizerem, aos accordams do Tribunal de contas o effeito de provas, exhibidas perante juizes federaes por occasiao do intentar a fazenda publica uma acção judicial, mas de provas que pódem ser eillididas; ou mesmo o effeito de sentenças, mas de sentenças que pódem ser reformadas pela justiça federal. O que não é possível, em face das duas expressas e terminantes disposições do artigo 60, é vedar aos particulares a discussão judicial e a decisão pelos juizes federaes de quaisquer questões que se suscitem entre elles e a União, ou a fazenda nacional. [...]; porquanto, seja embora o Tribunal de contas composto de membros que só podem perder os seus logares por sentença, nos termos do preceito constitucional, perante um tribunal administrativo nunca os direitos das administrados e dos agentes da administração são cercados das mesmas seguranças que nos tribunaes judiciários.<sup>60</sup>

Se realizada a junção da doutrina do garantismo, cujos primórdios remontam à segunda metade do século XX, onde passam a se frisar os princípios e a se ressaltar a importância do judiciário como intérprete e aplicador final do direito, com as palavras de Pedro Lessa,

---

*derechos y de su justiciabilidad. Esta es la contradicción que en el estado de derecho atormenta en la práctica a la administración de justicia cuando falta una legalidad adecuada. Como se ha dicho en los apartados 26.3. 28.3 v 37.5. las fuentes de legitimación de la jurisdicción, extendidas en el apartado 57.1 a todos los poderes del estado, son dos: una formal y otra sustancial. La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de estas dos fuentes puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera. [...]. La garantía política de la fidelidad. de los poderes públicos consiste en el respeto por parte de éstos de la legalidad constitucional y, sobre todo, de los derechos fundamentales. Es claro que en su ausencia el derecho es inefectivo y las garantías jurídicas impotentes. Sus presupuestos son múltiples y variados: la participación popular; el pluralismo institucional expresado en la división de poderes y su recíproco control; el pluralismo político asegurado por la pluralidad de los partidos y de los puntos de vista externos por ellos representados; la coincidencia entre sedes legales y sedes reales del ejercicio de los poderes; la publicidad de los procesos decisionales y su visibilidad externa; el control político y judicial sobre los aparatos administrativos y sus cuerpos policiales y militares; en fin, el monopolio penal del uso de la fuerza” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 918-919, 943.*

<sup>60</sup>LESSA, Pedro. **Do poder judiciário.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 148-151.

verifica-se certa semelhança. Para Lessa, nenhuma outra atividade processual é mais segura que a judicial, assim como nenhum tribunal administrativo é mais seguro que os judiciais. Essa confiança no judiciário é o que sempre preponderou na república brasileira. Essa confiança é ainda mais relevante, nos dias atuais, pela ampliação da juridicidade, cujo conteúdo é bem mais rico, mais abrangente e mais axiológico do que o princípio da legalidade. É nesse sentido a obra de Germana de Oliveira Moraes:

Aduz-se ao controle da legalidade, a que antes era circunscrito o poder Judiciário, o controle da constitucionalidade das leis, e por via oblíqua ou reflexa, da constitucionalidade dos atos administrativos. Permite-se ao Juiz, ademais, para além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, além da legalidade. [...] A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzindo à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. [...] A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de *conformidade* dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais do Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.<sup>61</sup>

Acerca dos atos administrativos, Germana Moraes prossegue ao frisar o controle jurisdicional sobre os provimentos vinculados:

Tradicionalmente, o controle dos atos administrativos biparte-se em pólos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e de mérito, excluindo-se da apreciação do Juiz o reexame do mérito do ato administrativo, reservado, de modo geral, à própria administração. Hoje em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial. [...] O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*) [...] Exerce-se controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como os de justiça e proporcionalidade, no Direito Português e os de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, no Direito Brasileiro. O terreno do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivas de boa administração.<sup>62</sup>

<sup>61</sup>MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29-30.

<sup>62</sup>Ibid., 2004, p. 49-51.

Dentro de sua linha de pesquisa, a referida autora chama a atenção para a vinculação existente para os atos administrativos não apenas à legalidade, mas também aos princípios consagrados constitucionalmente, a exemplo da publicidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade:

O que se pretende, no Estado de Direito, é evitar que as condutas dos agentes públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, causem lesão ou ameaça a direito. Nesta hipótese, sim, autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro. Como afirma Castro Nunes, 'a discricção cessa onde começa o direito individual, posto em equação legal' [...] Ademais, não se concebe a noção de Direito fora do regime de legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. [...] Por fim, para além dos princípios da Administração Pública positivados de forma explícita autônoma no texto constitucional, a partir de formulações doutrinárias e da elaboração jurisprudencial, tem-se admitido a utilização, ao lado daqueles já citados, de outros princípios gerais de direito como técnica de controle jurisdicional da atuação administrativa. Entre esses princípios, assomam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>63</sup>

É exatamente isso o que se espera dos poderes públicos, tanto dos órgãos administrativos quanto dos judiciais: o respeito à lei e aos novos ditames constitucionais. A proteção aos direitos individuais e de personalidade, a nova visão da democracia e o entendimento da república, e a busca constante de um equilíbrio entre os interesses individuais e o interesse público, são aspectos que delineiam a nova ordem constitucional. Além disso, a valorização institucional do Estado e a consciência de seu reflexo positivo na sociedade contemporânea estabelecem mudanças no modo de lidar com o direito, especialmente em relação à hermenêutica correspondente e a sua aplicação. Defender o controle do judiciário sobre os provimentos dos tribunais de contas não significa buscar a impunidade. O objetivo é de apenas não permitir que agressões indevidas da órbita pessoal dos envolvidos sejam perpetuadas na sociedade, o que ocasionaria uma sensação generalizada de insegurança e de injustiças.

---

<sup>63</sup> Ibid., 2004, p. 110-112.

## CONCLUSÃO

Não se pode desperceber a importância dos direitos fundamentais na vida social, posto que a segurança, justiça, dignidade e felicidade dos membros da comunidade dependem em grande parte de sua efetividade. Na qualidade de normas destinadas, primeiramente, ao Estado e seus órgãos, os direitos fundamentais assumem papel preponderante para controlar a ação estatal e impedir que se aniquilem prerrogativas duramente conquistadas.

Especialmente na órbita do direito público, a ordem constitucional, capitaneada pelos direitos fundamentais, serve de parâmetro para a atuação estatal. Com isso, cabe ao Estado e a seus agentes tomar o cuidado para com a esfera jurídica dos administrados e das pessoas cujas contas forem fiscalizadas, para que não atuem ao arrepio dos preceitos constitucionais. Apenas na hipótese de equívoco nesse cuidado é que, como última instância, caberá ao judiciário exercer seu papel com o fim de proteger o fator humano, sempre exposto às consequências do trabalho estatal.

A atividade dos tribunais de contas, mesmo no desempenho de sua importante institucional, social e republicana, não pode desprezar a dignidade da pessoa do gestor público. Mesmo diante da existência de irregularidades nas contas fiscalizadas, a esfera juridicamente protegida dos gestores não pode ser violada, sob pena de erosão da ordem constitucional. Destarte, de nada valerá a atividade desses órgãos de controle se nela houver uma nulidade visceral oriunda de agressões à constituição, à lei e à pessoa humana.

Confirma-se a posição defendida no presente trabalho no sentido de ter pleno cabimento o controle posterior sobre atos dos tribunais de contas, caso contenham ilegalidade ou inconstitucionalidade, seja por vício formal, seja por vício no mérito técnico. De acordo com a ordem constitucional brasileira, pela aplicação do princípio da inafastabilidade jurisdicional, do princípio da exceção constitucional e do sistema da jurisdição una, caberá ao judiciário, se porventura provocado pelo interessado, a função de dizer se realmente houve ou não uma agressão à ordem constitucional ou à pessoa cujas contas foram fiscalizadas.

Tal posição não invalida nem reduz a função republicana e constitucional dos tribunais de contas, nem incentiva a que todos procurem indiscriminadamente e sem fundamento o judiciário para suspender os efeitos dos atos de fiscalização dos órgãos de contas. O objetivo não é viabilizar a impunidade se as contas apresentam irregularidades, mas sim fundamentar e defender a justiça, e buscar o equilíbrio entre a proteção do interesse público com a proteção à pessoa humana e sua dignidade. Afinal, não é compatível com a ordem jurídica combater os desvios detectados nos atos de gestão ou de governo, principal finalidade dos tribunais de contas, em detrimento de direitos da pessoa humana.

O presente trabalho procurou abordar o tema sob a ótica constitucional. O primeiro aspecto discorrido foi de que a jurisdição possui sentido genérico, pois todos os órgãos do Estado, em última análise, a exercem. No entanto, seria preciso entender quem exerce a jurisdição de modo típico e definitivo. Para isso, seria necessário descobrir qual o sistema adotado. Ao lançar mão do direito comparado, verificou-se que no direito administrativo pode ser adotado o sistema do contencioso, caso clássico do sistema francês. Por meio dele, há a coisa julgada administrativa, não admitida a apreciação posterior dos atos administrativos pelo judiciário, pois se estabeleceu a dualidade jurisdicional. Convivem harmonicamente a jurisdição administrativa e a jurisdição judicial, de forma autônoma e independente, sem que exista a possibilidade de controle da jurisdição judicial (judiciário) sobre atos da jurisdição administrativa (contencioso administrativo). No Brasil, entretanto, o sistema adotado não foi o da dualidade jurisdicional, com a presença do contencioso administrativo, mas sim o da jurisdição una. Por meio dela, há apenas a coisa julgada judicial, sendo inafastável o judiciário, se provocado, na hipótese de haver lesão ou ameaça a direito. Como essa lesão ou ameaça pode surgir tanto do particular quanto do próprio Estado, este último por meio de seus órgãos e agentes, os atos administrativos podem ser alvo de controle posterior pelo judiciário. Concluiu-se, portanto, que o controle judicial reforça o aspecto institucional estabelecido na ordem constitucional brasileira, sendo instrumento democrático de garantia de direitos.

Esses direitos, por sua vez, a serem garantidos, têm como figura central o ser humano e sua dignidade, cuja expressão principal se encontra nos direitos fundamentais. Esse rol de direitos deve orientar a atividade administrativa do Estado, inclusive a dos tribunais de contas. Isto porque, mesmo ao exercer atividade de controle externo, por meio da fiscalização das contas dos gestores públicos, os tribunais de contas não possuem permissão para desprezar a ordem constitucional e os direitos fundamentais da pessoa responsável pelas contas. Assim, todos os direitos fundamentais devem ser observados e obedecidos por estes órgãos de

controle, o que inclui os de natureza processual e administrativa. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem servir de parâmetro tanto para a gestão pública quanto para a fiscalização a ser exercida sobre ela, também são de observância obrigatória pelos tribunais de contas. Qualquer lesão ou ameaça à legalidade e à ordem constitucional, oriunda dos órgãos de contas, pode ser levada ao judiciário, tendo em vista o sistema da jurisdição *una*. Embora exerçam jurisdição e possuam *status* constitucional, os atos e provimentos dos tribunais de contas não possuem a definitividade e a imutabilidade da coisa julgada judicial. Pelo sistema da jurisdição *una*, apenas da análise judicial é que pode resultar a coisa julgada imutável, sendo este um direito fundamental protegido como cláusula pétrea na Constituição Federal.

Entender a natureza jurídica dos tribunais de contas, bem como os possíveis efeitos de seus atos e provimentos, se tornava indispensável para o desenvolvimento do presente trabalho. Foi visto que os tribunais de contas possuem a natureza de órgãos administrativos especiais de controle, com funções bem definidas na ordem constitucional brasileira. Embora na condição de órgão administrativo e estatal, observou-se que os tribunais de contas não compõem nenhuma das três funções do poder, porquanto sejam órgãos externos das unidades gestoras do Estado. Por serem órgãos administrativos, viu-se que seus atos e provimentos não são judiciais, mas sim administrativos. O fato da Constituição destinar a esses órgãos a função de julgar e tenha dado aos seus membros algumas das garantias da magistratura, não faz dos tribunais de contas órgãos do judiciário nem torna seus atos inatingíveis e intocáveis, tendo em vista o sistema da jurisdição *una* que concentra no judiciário o poder final de dizer o direito e de proteger a ordem jurídica e constitucional.

Ainda que as contas fiscalizadas apresentem irregularidades, os tribunais de contas não possuem autorização para se exceder e ir além do que lhe é permitido para aplicar sanções com o objetivo de proteger o patrimônio público, nem podem presumir falhas e desvios. Ao existir manifesta ilegalidade ou a agressão a direitos fundamentais do gestor, não só pode como deve o judiciário, se provocado, efetuar o exame da causa de pedir e do pedido e, se verificando que o provimento do tribunal de contas é incompatível com a sua função institucional e com a ordem constitucional, anular o ato administrativo atacado. Afinal, quando se encontram na posição de agentes públicos, políticos ou não, e assumem a responsabilidade pela gerência do patrimônio e dos recursos públicos, os gestores, cujas contas serão fiscalizadas, não perdem sua personalidade nem seus direitos individuais.



O objetivo projetado para o tema foi de efetuar, portanto, três verificações: se os tribunais de contas seriam componentes de uma das três funções do poder; qual a natureza jurídica dos tribunais de contas e de seus atos; e se a ordem constitucional brasileira permitiria o acesso ao judiciário para analisar tais atos. Ao primeiro questionamento a resposta é em sentido negativo, ou seja, de que os tribunais de contas não são órgãos do legislativo, do executivo e do judiciário. Ao segundo questionamento, a resposta se deu no sentido de que os tribunais de contas são órgãos administrativos, mas não da administração pública, pois possuem a natureza de órgãos administrativos especiais de controle. E os provimentos resultantes de sua atividade são atos administrativos de controle.

Em relação à terceira questão, observou-se que o judiciário pode verificar a legalidade ou constitucionalidade do provimento, mas não pode substituir os tribunais de contas. O judiciário pode anular o provimento, mas não pode decidir sobre a regularidade das contas ou sobre as sanções aplicadas. O controle judicial deverá, ao anular o ato, apontar a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade existente, e ordenar ao tribunal de contas que efetue uma nova apreciação da matéria. O tribunal de contas, por sua vez, ao fazer uma nova apreciação, estará vinculado ao posicionamento judicial no sentido de não poder cometer ou inserir no novo provimento a mesma ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Observa-se, por conseguinte, que o controle judicial sobre os provimentos dos tribunais de contas pode ser efetuado com respeito à função constitucional desses órgãos. Mas o que não pode ser admitido, sob pena de inobservância da segurança jurídica, é a preservação de atos administrativos de controle que estejam em desacordo com a Constituição Federal e com a legislação infraconstitucional. Na verdade, o controle judicial exercido desse modo reforça o aspecto institucional do Estado e garante aos cidadãos os seus direitos individuais.

Ao fazer a defesa do acesso ao judiciário para a garantia de direitos, não se pretendeu adentrar na análise da estrutura e das incoerências do judiciário brasileiro, nem acerca da efetividade e eficácia de sua atuação. A delimitação do tema levou à concentração dos esforços na análise do sistema constitucional brasileiro, que tem o ser humano e a sua dignidade como figura central, e cuidou de desenvolver o acesso ao judiciário com o fim de proteger direitos violados ou ameaçados, ainda que a ação ou omissão violadora tenha como autor um órgão estatal, no caso, os tribunais de contas.

Para que seja exercida uma fiscalização equilibrada, torna-se pertinente a melhoria do trabalho dos tribunais de contas por intermédio de uma maior capacitação jurídica e humana de seus servidores, contadores, inspettores, auditores, assessores, procuradores e conselheiros. Essa maior qualificação levará a uma atividade fiscalizatória de maior qualidade e evitará a prática de equívocos formais ou materiais que tornem anuláveis os provimentos finais desses órgãos de controle.

Não se desperceba a necessidade de avanços e de evolução na atividade dos tribunais de contas, com a finalidade de tornar estes órgãos mais eficazes na proteção do patrimônio público. Tal meta, no entanto, deve ser atingida sem a prática de excessos e com amparo no ordenamento. Não obstante o seu importante papel para a república, não podem os atos de tais órgãos serem acobertados e mantidos se apresentarem ilegalidades ou agressões aos direitos individuais dos gestores.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e de Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O tribunal de contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALEXANDRE, Gleydson Antônio Pinheiro. A revelia e seus efeitos no âmbito dos tribunais de contas. **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, ano 1, n. 1, jun.1998. 1998.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos tribunais de contas. Uma proposta de lei nacional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 31, dez. 2006.

ANDRADE, Régia de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoría general de la política**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. **Jurisdição negada: um lamentável exemplo**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, ano 4, n.13, jan./mar. 2002.
- BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo**: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Caletti Marenco. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2005.
- CARVALHO, José Murilo de. **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e república brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. IV.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas**. Niterói: Impetus, 2007.

\_\_\_\_\_. As contas de governo da República e os Tribunais de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 174, p. 309-317, abr./jun. 2007.

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas: sociedad global y filosofía del derecho**. Traducción de Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. VI.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución** (Die Verfassungswandlung). Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Walter de Gruyter Berlin und Leipzig, 1932.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DÍAZ, Elias. **De la institución a la constitución: política y cultura en la España del siglo XX**. Madrid: Trotta, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Luciano Chaves de. O poder dos tribunais de contas de examinar a constitucionalidade das leis e normas. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, v.22, n. 10, out. 2006.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas no Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Christian Courtis, Marina Gascón Abellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte y Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HESS, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug; tradução do italiano de Eduardo Brandão; e tradução do francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Glem, 1965.

MAQUIAVEL. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MELO, Renato Sérgio Santiago. Tribunais de contas: uma teoria geral. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, v.22, n. 10, p. 1272-1274, out. 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito municipal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70 LDA, 2006.

- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- MORAES, Silvio Freire. A proibição do excesso: observância da segurança jurídica na atuação dos tribunais de contas. **Fórum administrativo**, ano 9, n. 104, p. 41-50, out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MOSS, Robert. **O colapso da democracia**. Tradução de Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nórdica, 1977.
- MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XXVII, v.71, n.2, abr./jun. 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais**: a cultura política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Revan, FAPERJ, 2003.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- ORWELL, George. Notes on the way. **Collect Essays, Journalism and Letters**. Penguin, 1971. v. II.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PINTO, Djalma. **Elegibilidade no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008.
- PLATÃO. **A república**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.



RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo; Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**: Noções gerais. Direito positivo. Direito objetivo. Teoria geral do direito subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

\_\_\_\_\_. **Capitalism, socialism and democracy**. Delhi: Surjeet Publications, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliste Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la constitución** (Verfassungslehre). Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Michel Mascarenhas. Ação rescisória – aliada da segurança jurídica ou agressora da coisa julgada? **Revista Jurídica da Faculdade Integrada do Ceará**, Fortaleza: Faculdade Integrada do Ceará, v.2, n.2, abr./set. 2004.

\_\_\_\_\_. **A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável**. Florianópolis: Conceito, 2009.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Responsabilidade civil do Estado**: erro judicial praticado em ação cível. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

TRIBE, Laurence; DORF, Michel. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sôbre o direto administrativo**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987. v. II.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ACKERMAN, Bruce, 60
- AGAMBEN, Giorgio, 207
- AGRA, Walber de Moura, 103
- AGUIAR, Afonso Gomes, 126, 186
- AGUIAR, Márcio Paiva de, 126, 186
- ALEXANDRE, Gleydson Antônio Pinheiro, 189
- ALEXY, Robert, 71, 72, 84, 86
- AMORIM, Aderbal Torres de, 186, 187
- ANDRADE, Régia de Castro, 25
- ÁVILA, Humberto, 181, 182
- BARRETO, Tobias, 49
- BARROSO, Luis Roberto, 66, 103, 113
- BASTOS, Celso Ribeiro, 202, 217
- BIELSA, Rafael, 31
- BOBBIO, Norberto, 34, 35, 62, 105
- BONAVIDES, Paulo, 19, 59, 72, 81, 82, 83
- BRANDÃO, Paulo de Tarso, 32
- BRITTO, Carlos Ayres, 129
- BROSSARD, Paulo, 206, 207
- CÂMARA, Alexandre Freitas, 154, 156
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 72, 76, 202
- CAPELLETTI, Mauro, 177

CARNEIRO, Athos Gusmão, 29, 207

CARNEIRO NETO, Durval, 27, 156

CARNELUTTI, Francesco, 159

CARVALHO, José Murilo de, 49

CARVALHO FILHO, José dos Santos, 174, 181, 186, 199, 203

CAVALCANTI, Amaro, 49

CAVALCANTI, Themistocles Brandão, 36, 120

CAVALIERI FILHO, Sérgio, 193

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho, 128, 129, 132

CIARAMELLI, Fabio, 88

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, 28, 155

COELHO, Inocêncio Mártires, 61

COSTA, Luiz Bernardo Dias, 41, 42, 43, 44, 45, 51, 52, 53, 101

CRETELLA JÚNIOR, J., 36, 182

DALLARI, Dalmo de Abreu, 111

DAU-LIN, Hsü, 64, 65

DAVID, René, 31

DECOMAIN, Pedro Roberto, 51, 126, 175, 197

DÍAZ, Elias, 19

DIDIER Jr., Freddie, 160

DIMOULIS, Dimitri, 82, 83

DINAMARCO, Cândido Rangel, 27, 28, 155, 161

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, 61

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 30, 102, 119, 170, 171, 174, 177, 180, 204

DORF, Michel, 61, 63

DUGUIT, Léon, 87

DWORKIN, Ronald, 67, 86

FAGUNDES, M. Seabra, 194

FALCÃO, Raimundo Bezerra, 60

FARIAS, Luciano Chaves de, 184

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra, 51, 197

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 178, 179, 185, 203

FERRAJOLI, Luigi, 68, 209

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 79, 88, 202

FLORES, Joaquín Herrera, 78

FRANÇA, Phillip Gil, 106

GRAU, Eros Roberto, 85, 205

GRINOVER, Ada Pellegrini, 28, 155

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, 46, 129

GUERRA FILHO, Willis Santiago, 165

HÄBERLE, Peter, 61

HESSE, Konrad, 65, 66, 81

KANT, Immanuel, 25

KELSEN, Hans, 26, 66

LESSA, Pedro, 27, 209

LIEBMAN, Enrico Tullio, 159

LIMA, Francisco Gerson Marques de, 165

LIMA, Ruy Cirne, 91, 97

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, 67

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, 63

MARIENHOFF, Miguel S., 116, 117

MAQUIAVEL, 24, 25

MARTINS, Douglas Roberto, 32

MARTINS, Leonardo, 83

MAXIMILIANO, Carlos, 69

MEDAUAR, Odete, 94

MEIRELES, Hely Lopes, 29, 30, 31, 177, 190, 202, 203

MELO, Renato Sérgio Santiago, 131, 132

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 174, 175, 176

MILL, John Stuart, 23

MIRANDA, Jorge, 17, 29

MONTENEGRO FILHO, Misael, 156

MORAES, Germana de Oliveira, 210, 211

MORAES, Guilherme Peña de, 68, 69

MORAES, Silvio Freire, 160

MOURÃO, Licurgo, 190

NERY JÚNIOR, Nelson, 165

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das, 47, 48

NEVES, Marcelo, 47, 59

NIETZSCHE, Friedrich, 59

NUNES, Castro, 199

ORWELL, George, 108

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, 197

PERELMAN, Chaïm, 35

PINHEIRO, Armando Castelar, 85

PINTO, Djalma, 180

PLATÃO, 24

RADBRUCH, Gustav, 78

RAMOS, Elival da Silva, 177

RÁO, Vicente, 76

RIBEIRO, Renato Janine, 110, 111

ROCHA, José de Albuquerque, 28, 31, 73, 153

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 110

SADDI, Jairo, 86

SALDANHA, Nelson, 17, 40, 63

SCHUMPETER, Joseph A., 22

SCHMITT, Carl, 59, 63, 182

SILVA, José Afonso da, 74, 98

SILVA, Michel Mascarenhas, 187, 193

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio, 193

SOUZA, Daniel Coelho de, 21, 22

SUNDFELD, Carlos Ari, 81

THEODORO Jr., Humberto, 153

TRIBE, Laurence, 60, 63,

URUGUAI, Visconde de, 197

VASCONCELOS, Arnaldo, 113

VERDÚ, Pablo Lucas, 83

VIANA, Juvêncio Vasconcelos, 159

VIANNA, Oliveira, 75

WOLKMER, Antônio Carlos, 80

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)



[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)