

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

ESTADO DE DIREITO E
CONTROLE ESTRATÉGICO DE CONTAS

GILBERTO PINTO MONTEIRO DINIZ

Belo Horizonte

2015

GILBERTO PINTO MONTEIRO DINIZ

**ESTADO DE DIREITO E
CONTROLE ESTRATÉGICO DE CONTAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Orientador: Professor Doutor José Luiz Borges Horta

**Belo Horizonte
2015**

D585e Diniz, Gilberto Pinto Monteiro.
Estado de direito e controle estratégico de contas
[manuscrito] / Gilberto Pinto Monteiro Diniz. – 2015.
208 f.: enc.

Orientador: José Luiz Borges Horta.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.
Referências: f. 169-183.
Anexos: f. 184-205.

1. Direito administrativo – Teses. 2 – Direito financeiro -
Teses. 3. Tribunal de Contas – Brasil - Teses. 4. Tribunal de
Contas – Planejamento estratégico - Teses. I. Título. II. Horta,
José Luiz Borges. III. Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

CDU: 342
CDD: 341.2

A presente dissertação foi defendida perante banca examinadora e considerada _____ pela banca.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2015.

Professor Doutor José Luiz Borges Horta – Orientador

Professora Doutora Maria Celeste Morais Guimarães

Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado

Dedicatória

Este trabalho é dedicado à memória de meus pais, Maria e Raimundo Diniz, professores na essência da palavra, início e começo de tudo, cujas existências marcam de forma indelével o meu corpo e a minh'alma.

É dedicado também a Márcia, Marina e Thales Diniz – comunhão, caminho e continuidade –, pelo incentivo e inspiração constantes.

AGRADECIMENTOS

Ao artífice maior do universo, Deus, pela presença constante em minha vida, pela força para vencer todos os desafios e pela fé;

Aos meus irmãos, que tornaram o início de minha caminhada mais fácil, cunhadas, cunhados, sobrinhas e sobrinhos, pelo permanente incentivo;

Ao Professor Doutor José Luiz Borges Horta, pela orientação atenta e segura e, sobretudo, pela generosidade, confiança, apoio e paciência com que me recebeu nesse retorno à Academia;

Aos professores que aceitaram participar da banca examinadora, pela leitura atenta e pelas contribuições valiosas;

Aos demais professores da Pós-Graduação que também fizeram parte dessa gratificante trajetória, pela disposição em compartilhar seus conhecimentos;

Aos Professores Maria Elisa Braz Barbosa, Plínio Salgado e Paulo Roberto Cardoso, pelo apoio à retomada acadêmica;

Ao Professor Eduardo Carone Costa Júnior, pela interlocução e enriquecedoras considerações sobre este trabalho;

Aos colegas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, conselheiros, conselheiros substitutos, procuradores do Ministério Público de Contas, servidores, especialmente os lotados em meu gabinete, pelo companheirismo, paciência, incentivo e apoio;

Aos colegas do mestrado, pelas conversas, discussões e descontrações, que muito contribuíram para meu aprendizado;

Aos servidores da Secretaria da Pós-Graduação, serviços gerais, bibliotecários e auxiliares da Faculdade de Direito da UFMG, pela atenção e presteza nos atendimentos a mim dispensados;

Aos amigos, colegas e a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para tornar possível a conclusão deste trabalho, o meu agradecimento.

A importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa produza em nós.

Manoel de Barros

RESUMO

Este trabalho – a partir de abordagem do controle externo da administração pública a cargo do Tribunal de Contas, ou controle de contas, no contexto do constitucionalismo moderno, o que permitiu concluir que o controle de contas também constitui meio criado pelo Direito para controlar o poder político –, visa contribuir para o conhecimento e reflexão acerca de aspectos relacionados ao Tribunal de Contas, bem como sobre a necessidade de o controle de contas se manter atualizado e desenvolver ações proativas, como estratégia para cumprir com efetividade e eficácia a sua missão precípua de resguardar o interesse público na gestão dos bens e recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Constitucionalismo. Constituição. Constitucionalismo estratégico. Controle de contas. Tribunal de Contas - Brasil.

ABSTRACT

This work - from an approach of the external control of public administration in charge of the Tribunal de Contas (Court of Accounts), or account control, in the context of modern constitutionalism, which allowed the conclusion that the account control is also created by Law to control the political power -, aims to contribute to the knowledge and reflection on aspects related to the Court of Accounts, as well as the need to keep account control current and develop proactive measures as a strategy to meet effectively and efficiently its primary mission of protecting the public interest in the management of public property and funds.

KEYWORDS: Rule of Law. Constitutionalism. Constitution. Strategic constitutionalism. Control of accounts. Court of Accounts – Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
PARTE I – O CONTROLE DE CONTAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO	23
2 CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONEXÃO HISTÓRICA	26
2.1 ERAS DO CONSTITUCIONALISMO.....	33
2.1.1 Constitucionalismo dos hebreus.....	34
2.1.2 Constitucionalismo dos gregos.....	35
2.1.3 Constitucionalismo dos romanos.....	36
2.1.4 Constitucionalismo do medievo.....	38
2.1.5 Constitucionalismo moderno.....	39
2.1.6 Constitucionalismo e constituição escrita.....	41
2.2 PARADIGMAS DE ESTADO.....	44
2.2.1 Estado liberal de direito.....	62
2.2.2 Estado social de direito.....	68
2.2.3 Estado democrático de direito.....	72
3 DESAFIOS DO TEMPO PRESENTE: CONSTITUCIONALISMO ESTRATÉGICO E IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL	82
PARTE II – TEORIA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONTAS.....	86
4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ORIGEM, CONCEITO E ABRANGÊNCIA	88
4.1 FORMAS DE CONTROLE.....	95
4.1.1 Controle interno.....	96
4.1.2 Controle social.....	100

4.1.3 Controle externo.....	102
<i>4.1.3.1 Modelos de entidades de fiscalização superior (EFS).....</i>	<i>105</i>
<i>4.1.3.1.1 Modelo de tribunais de contas.....</i>	<i>105</i>
<i>4.1.3.1.2 Modelo de controladorias ou de auditorias gerais.....</i>	<i>107</i>
4.3 TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL.....	108
4.3.1 Origem e evolução histórica.....	109
4.3.2 Normatização constitucional vigente do Tribunal de Contas.....	114
4.3.3 Inserção do Tribunal de Contas na estrutura do Estado.....	116
4.3.4 Jurisdição do Tribunal de Contas.....	121
4.3.5 Extensão e alcance do controle externo a cargo do Tribunal de Contas	127
<i>4.3.5.1 Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial</i>	<i>128</i>
<i>4.3.5.1.1 Fiscalização contábil.....</i>	<i>129</i>
<i>4.3.5.1.2 Fiscalização financeira.....</i>	<i>130</i>
<i>4.3.5.1.3 Fiscalização orçamentária.....</i>	<i>132</i>
<i>4.3.5.1.4 Fiscalização operacional.....</i>	<i>135</i>
<i>4.3.5.1.5 Fiscalização patrimonial.....</i>	<i>136</i>
<i>4.3.5.2 Controle de legalidade, legitimidade e economicidade.....</i>	<i>138</i>
4.3.6 Atribuições constitucionais do Tribunal de Contas.....	142
4.3.7 Modernização estratégica do controle externo a cargo do Tribunal de Contas	145
<i>4.3.7.1 Proposições para aprimoramento do controle de contas.....</i>	<i>150</i>
5 CONCLUSÕES.....	157
REFERÊNCIAS.....	169
ANEXOS.....	184
ANEXO A – Exposição de motivos de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda	185

do Governo Provisório, para criação do Tribunal de Contas no Brasil.

ANEXO B – Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que cria um **200**
Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à
receita e despesa da República.

ANEXO C – Carta de exoneração do Ministro da Fazenda do Governo Floriano **203**
Peixoto, Tenente-Coronel Innocêncio Serzedello Corrêa.

1 INTRODUÇÃO

A estratégia, tradicionalmente, está ligada ao contexto das batalhas militares¹, tanto que as primeiras definições do léxico para essa palavra são: “arte de planejar operações de guerra; arte de combinar a ação das forças militares, políticas, morais, econômicas, implicadas na condução de uma guerra ou na preparação da defesa de um Estado”².

Mas, considerando que estratégia também “é um padrão, isto é, coerência de comportamento ao longo do tempo”³, é possível verificar o uso de processo estratégico nos mais variados eventos relacionados à vida humana, como requisito elementar para a sobrevivência, conquistas, desenvolvimento e perpetuação da espécie humana na terra.

A história é pródiga em exemplos que confirmam tal assertiva: o uso de pedra e osso, depois substituídos pelos metais (cobre, bronze, ferro), para a fabricação de utensílios, que eram utilizados como armas, para proteção, e como ferramentas, para trabalhar a terra e obter alimentos. A descoberta de como produzir fogo, que servia para afugentar animais, cozer alimentos, aquecer e iluminar o habitáculo. A utilização de desenhos e, mais tarde, a descoberta e o desenvolvimento da escrita como meio de comunicação e como forma de armazenar e repassar conhecimento com mais segurança do que pela tradição da oralidade. A utilização da parte alta das antigas cidades – as acrópoles⁴ –, “lugares onde sopram os Espíritos”, para refúgio, proteção, defesa e como forma de o homem se aproximar dos deuses.

¹ Há mais de 2.600 anos, segundo James Clavell, Sun Tzu teria escrito, na China, a “Arte da Guerra”, livro que se tornou um tratado militar, cujas estratégias, *mutatis mutandis*, podem ser usadas, hoje, em qualquer espécie de batalha, dos conflitos comerciais à luta diária pela sobrevivência.

² KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Seifer, 1999, p. 633.

³ MINTZBERG, Henry; ASHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. *Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Tradução de Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookland, 2010, p. 25.

⁴ SCHMIDT, Joël. *Dicionário de mitologia grega e romana*. Tradução de João Domingos. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 19. “ACRÓPOLE – A parte alta de uma cidade antiga, em oposição à parte baixa, tem, geralmente, o nome de acrópole. Primitivamente, ela constituía um lugar de refúgio para as populações rurais ou urbanas, ameaçadas por invasões inimigas ou por flagelos naturais. A ideia de proteção que os Gregos encontravam nestes altos lugares rochosos da cidade foi transformada, muito naturalmente, na ideia de um lugar com carácter sagrado. Os deuses, de facto, santificam estes lugares privilegiados de onde todo o perigo parece afastado. Os reis, as grandes famílias, os tiranos, estabelecem as suas residências na

O chamado Livro dos Livros, a Bíblia, também é rica fonte de histórias nas quais se verifica o emprego de estratégia. Uma dessas histórias narra o emblemático duelo entre Davi e Golias. Davi, franzino pastor de ovelhas hebreu, para vencer Golias, gigante guerreiro filisteu, adotou várias estratégias. Escolheu a munição ideal (pedras roliças e lisas de ribeiro) para utilizar em sua arma, uma funda⁵. Dispensou o uso da armadura e da espada oferecidas pelo Rei Saul, a fim de não limitar seus movimentos, devido ao elevado peso desse equipamento de batalha. Escolheu o ponto certo para atingir, mortalmente, seu adversário, a frente, local do corpo de Golias não protegido por sua pesada e resistente armadura de bronze⁶.

Nessa ordem de ideias, o constitucionalismo e o Estado de Direito não seriam estratégias utilizadas pelo homem ao longo da história para limitar o poder político e, assim, garantir as liberdades e realizar os direitos fundamentais?

E o controle de contas, expressão empregada como designativa da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da administração pública a cargo do Tribunal de Contas, também não seria parte dessa estratégia para conter o poder?

E o Tribunal de Contas? Muitos já ouviram falar desse órgão republicano e democrático, mas será que nós o conhecemos? Será que conseguimos extrair do curso da história e das normas constitucionais, que prescrevem a sua organização, composição e atribuições, o papel estratégico que a Constituição lhe reservou no Estado democrático de Direito?

acrópole, procurando, sobre estes cumes, como que uma comunicação directa e benéfica, para o seu governo, com os deuses de quem se aproximaram. Em Itália, é sobre a acrópole que se observa o voo das aves; é nos templos altos, para atrair o concurso tutelar das divindades, que se examinam as entranhas das vítimas. Estes deuses marcam, muitas vezes com sinais, a sua presença na acrópole: assim, numa época relativamente tardia, venerava-se, na acrópole de Atenas, o buraco que Posídon fez numa rocha com um golpe do seu tridente, e os cepos de oliveira que Atena fez brotar de um solo árido. Cada acrópole, na Grécia, nos países helenísticos e em Itália, possui as suas particularidades, a sua personalidade, os seus deuses locais. Podemos citar, entre os mais célebres destes lugares altos, Corinto, Atenas, Tirinte e Micenas; na Ásia, Troia e a acrópole helenística de Pérgamo, o capitólio em Roma, e todas as colinas que circundam as pequenas cidades etruscas da Toscana. Semelhantes a estes 'lugares onde sopra o Espírito', as acrópoles são as colinas inspiradas da Antiguidade”.

⁵ KOOGAN; HOUAISS. *Enciclopédia e dicionário ilustrado, cit.*, p. 722. “FUNDA – Arma de arremesso formada por uma peça central presa a duas tiras de couro”.

⁶ Bíblia *on line*. Samuel – Capítulo 17 – Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/1sm/17>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

A propósito disso, Jair Lins Netto⁷, Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, no início deste século, escreveu artigo intitulado “Tribunal de Contas: um desconhecido na República”, no qual ressalta o fortalecimento do controle externo na vigente Constituição e faz considerações acerca de movimento recorrente de pretendida extinção dos Tribunais de Contas brasileiros.

Essas são algumas questões a serem vencidas com esta pesquisa. Entretanto, neste trabalho não se busca certezas, mas apresentar algumas reflexões que, decerto, suscitarão novas indagações, o que poderá contribuir para a formação de processo dialético para melhor compreender peculiaridades desse órgão estatal que é imprescindível para o Estado democrático de Direito.

Foi Rui Barbosa, então ministro da fazenda do Governo Provisório, em 1890, nos albores da República brasileira, que apresentou alentada exposição de motivos para criação de um Tribunal de Contas no Brasil. Segundo Rui Barbosa⁸:

[...] corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Com nítida inspiração liberal, o Tribunal de Contas nasce, no Brasil, com a função de controlar os gastos do governo. Isso fica claro nas palavras de Rui Barbosa, também extraídas da exposição de motivos para criação do Tribunal de Contas, de que somente com a instituição de um Tribunal de Contas “o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós em vão, desde que neste país se inauguraram assembléias parlamentares”.

Era também outra República, a “República da Espada”⁹, de viés ditatorial¹⁰, tanto que o Tenente-Coronel Innocêncio Serzedello Corrêa, em ato de verdadeiro

⁷ NETTO, Jair Lins. Tribunal de contas: um desconhecido na república. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 03 de 2001, ano XIX.

⁸ Excerto extraído da exposição de motivos para criação do Tribunal de Contas de autoria de Rui Barbosa, que constitui o Anexo A deste trabalho.

⁹A República da Espada abrange os governos dos marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. Foi durante a República da Espada que foi outorgada a Constituição que iria nortear as ações institucionais durante a Primeira República. Além disso, o período foi marcado por crises econômicas, como a do Encilhamento, e por conflitos entre as elites brasileiras, como a Revolução Federalista e a Revolta da

desassombro e de respeito pelas instituições e pelas leis, renunciou ao cargo de Ministro da Fazenda do Governo de Floriano Peixoto, por não concordar com a intenção do presidente da República de retirar a autonomia e independência do Tribunal de Contas então recém-instalado. É que o presidente Floriano Peixoto, insatisfeito com a recusa do registro de uma despesa, pelo Tribunal de Contas, relativa ao vencimento pago a Pedro Paulínio da Fonseca, irmão do Marechal Deodoro da Fonseca, por ausência de dotação orçamentária, enviou a Serzedello Corrêa minutas de decretos, com o objetivo de promover profunda reformulação no Tribunal de Contas, e determinou que o Ministro preparasse os atos para o dia seguinte¹¹.

Em trecho de sua carta de exoneração do cargo de Ministro da Fazenda¹², datada de 27 de abril de 1893, Serzedello Corrêa salienta que os decretos propostos pelo presidente Floriano Peixoto anulavam o tribunal, o reduziam a simples chancelaria do Ministro da Fazenda, tiravam-lhe toda a independência e autonomia, deturpavam os fins da instituição e permitiriam ao governo a prática de todos os abusos e que era, antes de tudo, preciso legislar para o futuro. E disse mais: que o Executivo não detinha competência para encetar as mudanças propostas.

E concluiu: “não posso, pois, Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo-vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor”.

Eis exemplo de resistência que sofreu o Tribunal de Contas no curso de sua história no Brasil, sobretudo em tempos de governantes tendentes a estabelecer regimes de exceção, em que há a preponderância de um poder sobre os demais.

Armada. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/republica-velha-1889-1930.htm>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2015.

¹⁰ Roberto Pompeu de Toledo, no artigo “Na aurora da República”, publicado na Revista VEJA de 31 de dezembro de 2014, faz comparação entre o início da República e os dias atuais, para tanto extrai alguns episódios daquele período dos romances de Lima Barreto, que deixam transparecer, entre outras mazelas, a característica ditatorial do Marechal Floriano Peixoto, segundo Presidente do Brasil.

¹¹ SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/concursos/premio_serzedello/concursos_antiores/monografias_1998.pdf>. Acesso em: 19 de dezembro de 2014.

¹² A íntegra da carta de exoneração do então Ministro da Fazenda Innocêncio Serzedello Corrêa constitui o Anexo C deste trabalho.

Mas, como aduz Joaquim Carlos Salgado¹³, a história mostra que “o homem caminha para o mais ético”, na busca de uma sociedade de consenso, para alcançar a realização dos direitos fundamentais.

Nada obstante, a história mostra também que, não raro, a finalidade ética do Estado de Direito é abandonada diante de variadas formas de “irregularidades na gestão de que resultam prejuízo ao erário”¹⁴, relega-se para segundo plano a primordial tarefa de realizar os direitos constitucionais, tais como: educação, saúde, moradia, segurança, cultura e lazer.

Nesse contexto, exsurtem, com destaque, os Tribunais de Contas aos quais foi atribuído relevante papel de controladores das atividades fiscais do Estado, função imprescindível para tornar concreta a prestação dos direitos fundamentais, que hoje são assegurados pelas constituições dos Estados nacionais.

O caráter estratégico dos tribunais de contas para o Estado democrático é destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵:

Em suma: nessa evolução histórica, os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância, deixando de ser apenas órgãos do Estado para serem também órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal do controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI.

O principal objetivo desta pesquisa é contribuir para o conhecimento, reflexão e interpretação jurídicas, no que se refere à necessidade de os Tribunais de Contas se manterem atualizados, como estratégia para cumprirem com efetividade e eficácia a sua missão precípua de resguardar o interesse público na gestão dos bens e recursos públicos.

O estudo do tema esboçado apresenta possibilidades distintas de abordagem, daí a necessidade de melhor delimitar a questão, à vista dos limites objetivos da pesquisa.

¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Editora Loyola, 1996, p. 27.

¹⁴ Nos termos da parte final do inciso II do art. 71 da Constituição de 1988, que versa sobre competência do tribunal de contas.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: SOUZA, Alfredo José de, *et al* (Orgs.). *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86. Grifos no original.

Em função disso, realizou-se a contextualização constitucional do controle de contas em cotejo com a organização político-administrativa do Tribunal de Contas, no Brasil, porque, segundo a tradição hegeliana, a razão é um processo dinâmico.

É dizer, diante do dinamismo da razão, uma filosofia – ou pensamento – não pode ser apartada do correspondente contexto social e histórico. Fora do processo histórico, não existem critérios que possam decidir sobre o que é mais ou menos verdadeiro ou racional.

A pesquisa, portanto, insere-se numa contextualização teórica, cuja finalidade é dar suporte para que os tribunais de contas possam se afirmar como instrumento de exercício da cidadania e de resguardo dos direitos fundamentais, em tempos de democracia substantiva e de intensa demanda para a efetividade de tais direitos, como os atuais.

Nesse sentido, nas palavras de Joaquim Carlos Salgado¹⁶: o que justifica o Estado de Direito, a partir da Revolução Francesa, é a legitimidade e “a finalidade, que volta a ser ética: a declaração e a realização dos direitos fundamentais”. Para Salgado, o Estado de Direito se justifica tanto pela origem quanto pela técnica “com que o poder se exerce segundo procedimentos pré-estabelecidos”. Desse modo, ensina o autor, “a finalidade do poder é **realizar o direito no seu todo**”, mediante a estrutura de poder e divisão das competências traçadas pela Constituição.

Joaquim Carlos Salgado argumenta, ademais, que o Estado democrático de Direito assume as características de Estado simplesmente concebido como Estado ético ou Estado democrático. No entanto, “não mais realiza a igualdade perante a lei, de **forma abstrata, mas, ao contrário, de forma concreta**, na forma de um Estado de conteúdo ético”.

Para José Luiz Borges Horta¹⁷, comentando Joaquim Carlos Salgado, será legítimo o Estado que se estruture democraticamente, sendo que a legitimação pretendida por Salgado ocorre em dois planos, a saber: o plano técnico – legitimação pela origem do conhecimento – e plano ético – legitimação pela finalidade: os direitos fundamentais.

¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998. Grifos nossos.

¹⁷ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011, p. 35-36.

É que, conforme o autor¹⁸:

O Estado é destino, e o advento do Estado de Direito é o apogeu da história humana, consagrando direitos fundamentais da pessoa humana e produzindo um constitucionalismo em tudo conexo com os notáveis ideais originários, marca profunda do pensamento ocidental.

A par de tudo isso, na primeira parte do trabalho buscou-se apresentar o contexto constitucional do controle de contas.

Para tanto, procurou-se demonstrar a conexão histórica existente entre Estado de Direito, constitucionalismo e direitos fundamentais, a partir das eras do constitucionalismo e desafios do tempo presente.

Nesse particular, Canotilho¹⁹ diz que, em rigor, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos. Karl Loewenstein²⁰ afirma que:

[...] la existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo. Organizaciones políticas anteriores han vivido bajo un gobierno constitucional sin sentir la necesidad de articular los límites establecidos al ejercicio del poder político; estas limitaciones estaban tan profundamente enraizadas en las convicciones de la comunidad y en las costumbres nacionales, que eran respetadas por gobernantes y por gobernados.

Então, tendo como base as anotações desse autor, foram apresentadas as principais características do constitucionalismo dos hebreus, dos gregos e dos romanos. Fez-se, também, incursão sobre aspectos do constitucionalismo do medievo.

Na sequência, foi abordada a segunda e moderna fase do constitucionalismo, que se inicia, segundo Karl Loewenstein, a partir da Revolução puritana na Inglaterra e seus reflexos nas colônias inglesas do Novo Mundo.

O constitucionalismo moderno, conforme aduz Canotilho²¹, legitimou o aparecimento da “constituição moderna” e, conseqüentemente, culminou com o aparecimento do Estado de Direito ou Estado constitucional.

¹⁸ HORTA, José Luiz Borges. Hegel e o estado de direito. In: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (Coord.). *Hegel, liberdade e estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 262.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964, p. 154.

²¹ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.*, p. 52-55.

Seguindo essa evolução da limitação do poder político e da conquista de direitos pelo homem, passou-se ao delineamento das três fases do Estado de Direito e as correspondentes gerações ou dimensões de direitos fundamentais que cada um dos paradigmas buscou assegurar ao homem, o que não ocorre de forma estanque, mas como resultado de um processo de agregação crescente, gradual e harmônico. É dizer, o Estado liberal de Direito, nascido sob os desígnios do valor liberdade, e os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão; o Estado social de Direito, que teve como símbolo o valor igualdade, surgiu com o desiderato de, para além dos direitos de primeira geração ou dimensão, assegurar os direitos de segunda geração ou dimensão, e o Estado democrático de Direito, que sob a égide do valor fraternidade, universaliza a garantia dos direitos fundamentais, agregando os direitos de terceira geração ou dimensão.

Por fim, na primeira parte do trabalho, diante desse complexo cenário social, político e econômico do tempo presente, marcado por mudanças velozes, inovações frequentes, grandes e rápidos avanços tecnológicos, fez-se rápida incursão, com base nas anotações de José Luiz Borges Horta, no tema relativo à urgência e emergência de um novo constitucionalismo, afinado às recentes dimensões estratégicas ocupadas pelo Brasil na contemporaneidade.

Na segunda parte do trabalho, apresentou-se a teoria jurídica do controle de contas, buscando correlacioná-la com o Estado de Direito, como também demonstrar que é no Estado democrático de Direito que o controle externo a cargo do Tribunal de Contas atinge organização mais aprimorada e exponencial importância.

Isso porque, na busca da plenitude dos ideais e da dignidade humanos, não basta que os recursos públicos sejam gastos em conformidade com a lei. A sociedade, fonte primária desses recursos, exige e merece mais do Estado. Vale dizer, é imperioso que o dinheiro público, além de ser gasto em conformidade com a lei, seja aplicado de forma ética, eficaz e eficiente, de modo a gerar serviços públicos de qualidade.

Daí que a principal razão de ser do Tribunal de Contas, nas palavras de Joaquim Carlos Salgado²²:

²² SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 30, jan./mar. 1999, p. 100.

[...] é constituir-se em instituição cuja natureza é ser ética e cuja finalidade maior é guardar a moralidade pública. Esta instituição tem, na sua constituição, na sua essência, o ético e, na sua função, a preservação do ético no Estado Democrático, no que se refere à fiscalização e julgamento das contas públicas.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.880-2-DF, rebateu as alegações do impetrante de que ao Tribunal de Contas da União – TCU caberia apenas o controle da ilegalidade não lhe competindo, dessa forma, controlar os atos, na perspectiva de imoralidade administrativa ou desvio de finalidade, e que a matéria estaria em discussão em ação civil pública. O STF entendeu que os argumentos eram infundados, uma vez que o inciso II do art. 71 da Constituição dá poderes de controle também nas hipóteses de “outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário” e porque a pendência de demanda judicial civil ou penal não tem o condão de excluir a autonomia do TCU²³.

O Estado democrático tem como tarefa a realização do bem comum, que se concretiza com a realização dos direitos assegurados na Constituição, dos quais são exemplos: a educação, a segurança, a saúde, a justiça, a morada, a alimentação, o lazer e a cultura. No cumprimento de seu papel constitucional, o Estado necessita de recursos para aplicá-los na consecução de seus fins²⁴.

Como destinatário da gestão da coisa pública, o cidadão tem “o direito de zelar pela correta destinação dos recursos – retirados da sociedade para custear as atividades do Estado”²⁵. E somente por meio de permanente controle, com a efetiva participação da sociedade, é que se poderá afiançar a realização material dos direitos fundamentais.

Em suma, o controle das atividades financeiras do Estado, numa concepção mais condizente com os princípios que norteiam o Estado democrático de Direito, deve compreender, além dos aspectos de conformidade com a lei, a eficiência, a efetividade, economicidade, e, também, aqueles aspectos relativos à moralidade.

²³ MS 25.880-2-DF, de relatoria do Ministro Eros Grau, foi publicado no DJ, em 16/3/2007.

²⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.

²⁵ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas, *cit.*, p. 83.

O controle, como função do Estado, pressupõe grau de desenvolvimento da sociedade e dos agentes públicos para alcançar a sua finalidade precípua, qual seja: dar concretude às finalidades éticas do Estado democrático de Direito.

Diante desse cenário, na segunda parte da pesquisa, como forma de abordar a teoria jurídica do controle de contas, foram apresentados, em princípio, a origem, o conceito e a abrangência do controle da Administração Pública.

E, segundo contam os autores mencionados no texto, a utilização do termo “controle” teve resistência por parte dos puristas do vernáculo pátrio, pelo fato de a palavra ter origem francesa.

O controle – como será demonstrado –, embora seja procedimento originário da Ciência da Administração, hoje, está totalmente incorporado à Ciência Jurídica, o que pode demonstrar, em certa medida, a transdisciplinaridade do Direito.

E, ainda, há registros de controle das finanças do Estado em épocas que antecedem o surgimento do Estado de Direito, o qual tinha como objetivo, nessa fase, controlar os gastos do monarca, a fim de evitar abusos e a bancarrota da Coroa. Esse controle ganha maior destaque e relevo para a sociedade quando o Estado passa a cobrar tributos como meio de garantir a execução de políticas públicas para dar concreção aos direitos fundamentais, especialmente a partir do Estado democrático de Direito, que tem por objetivo universalizar os mencionados direitos.

Foram apresentadas, também, as formas de controle da Administração Pública, em relação ao órgão executor: controle interno e controle externo, fazendo-se as devidas distinções entre elas.

Em relação ao controle interno, deu-se ênfase à específica atuação do sistema de controle interno de cada Poder na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, consoante previsto nos arts. 70 e 74 da Constituição de 1988, o qual tem, entre suas finalidades constitucionais, apoiar o controle externo na sua missão institucional.

Na parte que tem pertinência ao controle externo, o controle judicial e o controle parlamentar direto foram abordados, mas não em profundidade, porquanto não constituem o escopo do trabalho. Nessa mesma linha, também foi feita explanação sobre

o controle social, demonstrando as suas variantes: *Accountability* vertical e *Accountability* horizontal.

O controle externo a cargo do Tribunal de Contas recebeu maior detalhamento, por se constituir no escopo desta pesquisa.

Assim sendo, de início, apontaram-se os dois modelos tradicionais de entidades de fiscalização superior (EFS) existentes, as respectivas origens e apresentados alguns países onde cada modelo é utilizado.

Depois, foi demonstrada como se deu a criação do Tribunal de Contas no Brasil. Como o estudo centra-se nas Constituições brasileiras, a referência foi o Tribunal de Contas da União – TCU. Mesmo porque esse órgão é paradigma para as demais Casas de Contas brasileiras, bem assim porquanto as normas constitucionais se aplicam, no que couber, às demais Cortes e Conselhos de Contas brasileiros, por expressa determinação contida no art. 75 da Constituição de 1988.

Para isso, apresentou-se esboço histórico da evolução do Tribunal de Contas no Brasil, o qual se inicia com a criação do órgão, por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890²⁶, pouco mais de um ano da proclamação da República, e demonstra o tratamento dado ao órgão nas Constituições republicanas brasileiras. Entre as mudanças verificadas, somente com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que promoveu ampla reforma na Constituição de 1967, o Tribunal de Contas recebeu o nome de Tribunal de Contas da União – TCU.

Foram apontadas as vigentes normas constitucionais que prescrevem a função, organização, composição e competências do Tribunal de Contas.

Na sequência, foi abordada questão relacionada à inserção, ou não, do Tribunal de Contas na estrutura orgânica do Poder Legislativo, tema que suscita divergência entre autores pátrios.

²⁶ A íntegra do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, constitui o Anexo B deste trabalho.

Outra questão destacada na pesquisa e que, de igual modo ao tema anterior, é cercado de histórica polêmica, refere-se à jurisdição do Tribunal de Contas, em razão da competência que lhe foi outorgada pela Constituição de 1988, art. 71, II²⁷.

Prosseguindo, fez-se o detalhamento sobre a extensão e o alcance do controle externo a cargo do Tribunal de Contas. Num primeiro momento, foram minudenciadas, *de per se*, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, a que alude a Constituição de 1988 no *caput* do art. 70 e que foram cometidas ao Tribunal de Contas. Na seção subsequente, foi abordado o alcance a ser dado a essa fiscalização, o qual deve abranger – além da aplicação das subvenções e da renúncia de receita, itens examinados juntamente com a fiscalização financeira –, a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

Sequencialmente, foram comentadas as atribuições outorgadas ao Tribunal de Contas da União, nos termos das disposições contidas no art. 71 constitucional, para levar a efeito esse controle de alcance tão abrangente e complexo, enfatizando algumas inovações trazidas a lume na Constituição de 1988.

Diante de competências de naturezas diversificadas, aliado ao ambiente dinâmico no qual está inserido o controle de contas, foi desenvolvido tópico sobre a necessidade de o Tribunal de Contas manter-se sempre atualizado, para enfrentar os desafios dos tempos presente e futuro, com vistas a cumprir, cada vez mais, com eficiência e eficácia, a sua missão de velar pelo resguardo do interesse público na gestão dos bens e recursos públicos.

Foram apresentadas, também, na linha do constitucionalismo estratégico defendido por José Luiz Borges Horta, algumas proposições que podem contribuir para aperfeiçoar o exercício do controle externo a cargo do Tribunal de Contas.

Por fim, é apresentada síntese conclusiva dos principais aspectos abordados no desenvolvimento do tema, culminando com delineamento sobre o que se entende por *controle estratégico de contas*. Espera-se que a exposição apresentada possa contribuir, de

²⁷ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as 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 público;

alguma maneira, para descortinar nova senda de pensar e enxergar o Tribunal de Contas como órgão constitucional peculiar, ínsito ao Estado democrático, porquanto legitimado pela Constituição para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Afinal, em face da atual conjuntura social, política e normativa, cabe aos profissionais que lidam com o Direito, por meio de análise crítica de conceitos e normas, com enfoque atual, retrospectivo e prospectivo, buscar uma nova mirada sobre esse órgão, que, como preconizava Rui Barbosa, “Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*, que a Constituição não submete ao organismo do Poder Judiciário, antes o remove dali para um lugar distinto”²⁸.

²⁸ MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 113, jan./mar. 1992, p. 329.

**PARTE I – O CONTROLE DE CONTAS NO CONTEXTO DO
CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

Estudo como o ora desenvolvido, cujo pano de fundo circunscreve-se a questões relacionadas ao controle externo da administração pública a cargo do Tribunal de Contas, ou controle de contas, na contemporaneidade, passa necessariamente pelo constitucionalismo e pela sua conexão histórica e ideológica com os paradigmas do Estado de Direito.

O constitucionalismo, como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”²⁹, inaugura nova concepção de estruturação e função do Direito e nova fase na história do Estado, com o nascimento do Estado de Direito, consubstanciado na submissão do poder político, até então absoluto, ao Direito³⁰.

Então, ao submeter o poder político ao Direito, “o Estado de Direito não somente estabelece um fim ético, como constrói um método para atingi-lo”³¹.

No dizer de Joaquim Carlos Salgado³², o sentido ético do Estado clássico (realizar o bem para o indivíduo, enquanto existente numa comunidade) é recuperado pelo Estado de Direito, que se legitima por uma decisão contingente do voto formal e pela origem na real vontade popular, aferida na permanente participação do cidadão na vida política, e pela declaração universal, garantia e realização dos direitos fundamentais (políticos, sociais e individuais), cujos valores centrais são a liberdade, a igualdade e o trabalho.

Para Jorge Reis Novais³³, a ideia da eticidade do Estado, modernamente, remonta a Hegel (“o Estado é a realidade em acto da ideia moral objectiva”) e que:

Cabe a RAVÀ [Adolfo Ravà] a principal responsabilidade teórica na construção do ‘Estado ético’ quando, nos primeiros anos do século XX, define o Estado como uma instituição com um ‘valor em si, um valor de fim e não de meio, um valor ético e moral’, donde resulta que o Estado é um organismo com fins éticos próprios, manifestados na intenção ‘de promover e dirigir todas as actividades relativas aos fins da vida’; o Estado não tem como fim permitir a coexistência jurídica dos indivíduos

²⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 51.

³⁰ SALGADO, Karine. História e estado de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 71, n. 2, abr./jun. de 2009, p. 106.

³¹ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 36.

³² SALGADO, O estado ético e o estado poiético, cit., p. 3-34.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 140-141.

– como pretendia a construção kantiana –, mas é essencialmente a instituição onde a ideia ética se realiza por excelência.

Em outras palavras, José Luiz Borges Horta³⁴ destaca esse viés ético do Estado de Direito, quando assevera que a finalidade ética do Estado de Direito reside e deve residir na promoção dos direitos fundamentais.

Para Jacques Chevallier³⁵:

[...] no Estado de Direito, a liberdade é disciplinada, em todos os níveis, pelas normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz: isso pressupõe que os eleitos não disponham mais de uma autoridade indivisa, mas que seu poder seja constitutivamente limitado; e implica que eles se submetam às regras que eles próprios estabeleceram.

Dessa ordem de ideias, ressaí, a toda evidência, que o controle da administração pública é também um dos meios engendrados pelo Direito para limitar o poder político, sobretudo nos Estados estruturados como democráticos, a exemplo do Brasil.

³⁴ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 33.

³⁵CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 206-207.

2 CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONEXÃO HISTÓRICA

O elemento essencial ou a pedra angular que dá sustentação ao Estado de Direito e o conecta ao constitucionalismo é a limitação do poder político, que ocasiona, por corolário lógico-jurídico, o “reconhecimento dos direitos do homem”³⁶.

José Luiz Borges Horta³⁷ aponta esse nexos, quando anota: “O Estado de Direito é, assim, a forma política que confere aos direitos fundamentais primazia axiológica”.

Infere-se das palavras de Jorge Miranda³⁸, em ensaio que discorre sobre Estado, direitos do homem e democracia, que, em todas as épocas e lugares, o sentido da dignidade da pessoa humana conduziu à afirmação e à exigência de direitos – de direitos de umas pessoas perante as outras e de direitos perante o Estado – fossem quais fossem as concepções dominantes, as formas, os conteúdos e as respectivas efetividades.

Ainda segundo Jorge Miranda, direitos do homem ou direitos fundamentais são direitos da pessoa, simplesmente por ser pessoa, ou do cidadão, somente pelo fato de ser membro da comunidade política. Esses direitos são universais e surgiram com o constitucionalismo liberal, a partir das Revoluções americana e francesa.

E mais: tais direitos não foram reconhecidos na época medieval, com a fragmentação do poder e a atribuição de prerrogativas, imunidades, privilégios correspondentes aos grupos em que as pessoas se inseriam, nem as organizações tribais de diversas partes do mundo, que subsistiram até há pouco.

E arremata Jorge Miranda, direitos fundamentais implicam o reconhecimento de esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, diferente da do Estado, ou, de outras perspectivas, a distinção entre Estado e poder, entre Estado e comunidade, a separação entre Estado e sociedade, a não identificação de autoridade e liberdade.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

³⁷ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 36.

³⁸ MIRANDA, Jorge. O homem e o estado direitos do homem e democracia. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano I, n. 1, jan./mar. 1999, p. 79.

Ainda sobre esse aspecto, e segundo se depreende do pensamento de Norberto Bobbio, desde o início da era moderna, seja por meio da difusão das doutrinas jusnaturalistas, em primeiro lugar, e, depois, por intermédio das declarações dos direitos do homem, incluídas nas constituições dos Estados liberais, o reconhecimento dos direitos do homem acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez maior do mundo, do Estado de Direito³⁹.

Norberto Bobbio⁴⁰ assim sintetiza o liame existente entre Estado de Direito e direitos fundamentais:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Canotilho⁴¹, ao tentar explicar a suposta obviedade contida na afirmação de que o Estado de Direito é um Estado de direitos fundamentais, afirma:

O Estado de direito é um Estado de direitos fundamentais. O leitor ficará, porventura, e uma vez mais, intrigado. Não será óbvio que um Estado de direito tem no sistema de direitos fundamentais o seu próprio coração? Acontece, neste domínio, aquilo que se verificou durante muitos anos com a democracia e que levou um autor inglês à conhecida ironia relativamente ao Estado de direito continental: eles — os ‘continentais’ — pensam ser possível um Estado de direito sem democracia! Do mesmo modo, gerações e gerações de juristas glosaram o tema do direito no Estado de direito sem nunca terem encontrado os direitos fundamentais.

Raul Machado Horta⁴² considera que a recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico remonta ao mundo helênico, neste trecho:

A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma Imperial e Republicana, para retomar seu vigor nas ideias que alimentaram o cristianismo emergente, os teólogos medievais,

³⁹ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 49.

⁴⁰ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 61.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2014, p. 19.

⁴² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 183-184.

o protestantismo, o renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das ideias políticas e filosóficas das correntes de pensamento do século XVII e XVIII. Nesse conjunto, temos as fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirma a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem. Direitos oponíveis aos grupos, às corporações, ao Estado e ao poder político. Direitos Individuais e Direitos Humanos, identificados e incindíveis, pois o indivíduo, a pessoa, é, ontologicamente, o ser humano. A transposição da concepção abstrata dos direitos individuais para o domínio concreto das instituições políticas, em processo desencadeado pelos fragmentários documentos constitucionais ingleses do século XVII – *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689 – atendia ao objetivo fundamental de limitar o poder do Estado pela submissão dele aos direitos individuais, que se colocavam acima do Estado, limitando-se o ordenamento estatal à revelação desses direitos naturais pela técnica declaratória, para proclamar a anterioridade e a insuprimibilidade dos direitos individuais. Reconhecia-se, na lição de *Duguit*, a subordinação do Estado a uma regra de direito superior a ele próprio. Concebeu-se a Declaração de Direitos Individuais como instrumento de controle do poder, que não poderia ultrapassar a área indevassável dos direitos individuais.

A autonomia constituía-se na principal característica das Pólis⁴³ gregas nessa época. A liberdade dos homens, porém, era mitigada, com distinções formalmente delineadas entre os estamentos ou castas nas diversas comunidades helênicas. As diferenças na organização política, social e jurídica existentes nas cidades-Estado da Grécia Clássica. Para Mário Curtis Giordani⁴⁴:

O conceito de liberdade, na política interna das cidades helênicas, revestia aspectos diversos. Assim, por exemplo, para o espartano o que valia sobretudo era a independência de sua comunidade, de sua pátria diante da ameaça externa. Internamente a liberdade política significava o domínio da classe privilegiada sobre as demais; mas os próprios espartanos dominadores se integravam e subordinavam a uma ordem e disciplina rigorosas e absorventes. O indivíduo era absorvido pela comunidade até mesmo nos menores detalhes da vida cotidiana. A esfera

⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Editora UnB, 1994, p. 949. “PÓLIS – Por Pólis se entende uma cidade autônoma e soberana, cujo quadro institucional é caracterizado por uma ou várias magistraturas, por um conselho e por uma assembleia de cidadãos (*politai*). A noção assim antecipada, em cuja formulação entram categorias jurídicas de algum modo estranhas ao espírito grego, é na realidade fruto de um processo de abstração de situações históricas assaz diversas entre si. Basta dizer que, falando da Pólis grega, podemos nos referir quer aos regimes oligárquicos (típicos dos séculos VIII-VI, mas verificáveis também nos séculos posteriores), quer aos regimes democráticos que se encontram a partir mais ou menos do século VI. Por outro lado, o fenômeno da cidade-Estado não se esgota no mundo grego, isto é, no território da Hélade e nas regiões colonizadas pelos gregos tanto no Oriente como no Ocidente, tais como a Magna Grécia. Cidade-Estado é, de fato, em suas origens e mesmo depois por longo tempo, a própria Roma”.

⁴⁴ GIORDANI, Mário Curtis. *História da grécia*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 150.

pública e a esfera privada confundiam-se em Esparta. Fundamentalmente diversa era a concepção ateniense de liberdade. Aqui cada cidadão dispõe de sua vida particular dentro do limite do interesse comum. Tucídides (II, 37) acentua essa liberdade: ‘Não há entre nós, essas intervenções do Estado na vida privada...’ Plutarco (Lyc., 24) salientou em uma linha a antítese entre a mentalidade espartana e a ateniense: ‘Em Atenas, cada um podia viver à sua maneira; em Esparta, isso não era permitido a ninguém’.

Segundo Norberto Luiz Guarinello⁴⁵:

Em seus primórdios, pelo que se observa nas fontes disponíveis, riqueza e poder militar estavam estritamente associados. Na maioria das cidades-estado, o controle da comunidade ficava nas mãos da classe guerreira, constituída por uma aristocracia de senhores de guerra que detinha o monopólio das ações militares. Os membros desse grupo eram os ‘melhores’ dentre os cidadãos, pelo valor individual no combate, pelo brilho de suas posses, pela rede de alianças familiares que estabeleciam entre si e com aristocracias de outras cidades. Era como se constituíssem uma comunidade menor, fechada e exclusiva, dentro de uma cidade ainda em formação (como os eupátridas em Atenas ou os patrícios em Roma). [...] É importante conhecer melhor Atenas, pela relevância que possui no imaginário político até hoje. Em primeiro lugar, uma ressalva: a democracia ateniense nunca foi absolutamente incluyente: dizia respeito apenas aos cidadãos masculinos e excluía, de qualquer forma de participação política, as mulheres, os imigrantes e os escravos. Em contrapartida, no âmbito restrito dos cidadãos, representou uma experiência notável de participação direta no poder de todas as camadas sociais, independentemente da riqueza ou posição social. Criaram-se mecanismos de indenização pecuniária que facilitavam, aos mais pobres, o acesso à participação na vida comunitária, não apenas nas assembleias e tribunais, mas até mesmo nas festividades cívicas, como a assistência às competições teatrais.

Nas palavras de José Luiz Borges Horta⁴⁶:

Verifica-se um lento processo de construção e consolidação dos direitos fundamentais, das revoluções dos séculos XVI e XVII, que os consagraram, aos nossos tempos, em que ocupam papel de relevância central no debate político-jurídico.

Documento histórico e emblemático apto para retratar essa característica gradual da conquista de direito pelo homem é a formalização da “*Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*”, expressão latina que significa “Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês”.

⁴⁵ GUARINELLO, *Cidades-estados na antiguidade clássica, cit.*, p. 38-41.

⁴⁶ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 40.

Essa concessão, entretanto, não constitui benevolência régia. Trata-se, em verdade, de estratégia do rei inglês para manter o poder, já que seu reinado estava ameaçado em razão da derrota na guerra no Continente, da hostilização pela Santa Sé e da carência de recursos financeiros⁴⁷. Por outro lado, demonstra também estratagem dos nobres e do clero, em percebendo a vulnerabilidade de João I, de impor a assinatura desse documento ao rei, a fim de que lhes fossem garantidos certos direitos.

Carl Schmitt⁴⁸ entende que a Magna Carta imposta ao rei João I da Inglaterra – também chamado de “sem terra” (*lackland*), por não haver recebido herança em terras⁴⁹ –, em 1215, em Runnymede, não pode ser considerada ou equiparada a uma moderna declaração de direitos do homem e do cidadão, porque, naquela época, somente os barões eram considerados homens livres.

Wilson Accioli⁵⁰ registra que dois princípios fundamentais, que serviram de base para a consolidação do constitucionalismo moderno, existem na Magna Carta. Aquele consubstanciado no art. 39, que prescreve: “nenhum homem livre será preso, detido, ou despojado de seus bens, ou declarado banido, ou exilado, ou lesado de qualquer modo que seja, senão através do julgamento legal de seus pares, e segundo as leis do país”. O outro princípio aludido pelo citado autor é o que está inserto no art. 40, com o seguinte teor: “não venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja o direito e a justiça”.

⁴⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Tomo I reimpressão, Coimbra: Almedina, 1993, p. 46.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Reimpresion. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 52-53. “El nombre “Magna Carta” no se explica históricamente porque contenga una ley fundamental en el sentido de las Constituciones modernas o de los modernos derechos fundamentales, sino por contraste con una “Parva Carta” o “Carta foresta” de 1217 relativa a derechos de caza; el nombre originario es “Carta *libertatum*” o “Carta *Baronum*”. Sólo siglos más tarde, desde el XVII, por la lucha del Parlamento inglés contra el absolutismo de los Estuardos, se le dió el sentido moderno, haciéndola origen de una Constitución liberal. Pero sería un error histórico ver en ella, aunque sólo fuera por aproximación, algo análogo a una Constitución moderna liberal o democrática. Si se garantiza en esa Magna Carta a todo “hombre libre” (*freeman*) ciertos derechos protegidos contra el abuso del poder real, eso es muy otra cosa que una moderna Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano. “Hombre libre” era entonces sólo el Barón; sólo él pasaba por *homo liber* o, incluso, sólo como *homo* (McKechnic, pág. 115). Así, pues, la Magna Carta históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con su señor territorial, al que renueva su homenaje como contraprestación por los derechos garantizados. La eficacia política del modelo de esta Magna Carta descansa en una idea legendaria que ciertos partidos se formaron de ella”.

⁴⁹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo: Manole, 2013, p. 206.

⁵⁰ ACCIOLI, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 36.

Sobre as declarações de direitos, Nina Ranieri⁵¹ registra que são “documentos jurídicos que enunciam o núcleo irreduzível dos direitos de liberdade a ser preservado na vida em sociedade, são produtos do pensamento jusnaturalistas do século XVIII”. Entre as primeiras declarações de direitos se incluem as Declarações dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland (1776), a Declaração de Independência Americana de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A análise do historiador britânico Eric Hobsbawm⁵² sobre a Revolução Francesa pode ser considerada também valioso contributo para demonstrar que a conquista de direitos pelo homem ocorreu de forma conglobante ou cumulativa, nomeadamente nesta passagem:

A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado. Nem mesmo chegou a ter ‘líderes’ como as revoluções do século XX, até o surgimento da figura pós-revolucionária de Napoleão. Não obstante, um surpreendente consenso de ideias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva. O grupo era a ‘burguesia’; suas ideias eram as do liberalismo clássico, conforme formuladas pelos ‘filósofos’ e ‘economistas’ e difundidas pela maçonaria e associações informais. [...] Mais especificamente, as exigências do *burguês* foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. ‘Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis’, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que ‘somente no terreno da utilidade comum’. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começasse sem *handicaps*, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava (como contrário à hierarquia nobre ou absolutismo) que ‘todos os cidadãos têm direito de colaborar na elaboração das leis’; mas ‘pessoalmente ou através de seus representantes’. E a assembleia não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, nem o regime nela implícito pretendia eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia ter parecido uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem esta causa. Mas, no geral, o

⁵¹ RANIERI, Nina. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 274.

⁵² HOBBSAWM, Eric J.. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 32ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013, p. 106-107.

burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim um devoto do Constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.

Da metáfora relacionada ao nascimento da figura mitológica de Minerva⁵³, citada por Karl Loewenstein⁵⁴, também se pode depreender que o reconhecimento dos direitos do homem é resultado de desenvolvimento lento e gradual:

Estos principios funcionales no nacieron, como Minerva, de la cabeza de Júpiter, sino que se desarrollaron lentamente, tras muchos intentos y reveses. Pero tras los ensayos profundos de las revoluciones inglesa, americana y francesa, la experiencia en el campo constitucional había alcanzado un punto en el que se pudo llegar a un acuerdo sobre los requerimientos mínimos de cualquier formalización del orden constitucional.

A respeito da tendência moderna e da importância da constitucionalização dos direitos fundamentais, Canotilho⁵⁵ anota que:

O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um Estado democrático e um Estado social. Nesta perspectiva, o Estado de direito transformou-se em Estado de direitos pessoais, políticos e sociais. Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

A conexão entre Estado de Direito, constitucionalismo, constituição e direitos fundamentais do homem pode ser bem retratada com estas palavras de Jorge Miranda⁵⁶:

⁵³ SCHMIDT, Joël. *Dicionário de mitologia grega e romana, cit.*, p. 187. “MINERVA – Esta divindade romana muito antiga, de origem etrusca, estava associada a Juno e a Júpiter, no meio da tríade capitolina em Roma. Ela representava o pensamento elevado, as letras, as artes e a música, a sabedoria e a inteligência, todas imagens alegóricas de que encontramos inúmeros exemplos na religião romana. Confundiu-se, depois, com a Atena dos Gregos e foi, desde muito cedo, impossível distinguir os aspectos propriamente romanos dos seus atributos”.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, *Teoria de la constitución, cit.*, p. 153.

⁵⁵ CANOTILHO, *Estado de direito, cit.*, p. 19.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 163.

“A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir”.

2.1 ERAS DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo e o Estado de Direito, embora umbilicalmente conectados, passaram por vários estágios ao longo da história, o que também justifica e confirma a conquista gradual de direitos pelo homem.

Canotilho⁵⁷ diz que o constitucionalismo ou, em rigor, os diversos movimentos constitucionais, além de constituir-se na teoria, ou ideologia, que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Como dito na introdução, Karl Loewenstein⁵⁸ aduz que a existência de uma Constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo. Para esse autor, organizações políticas anteriores existiram sem a necessidade de estabelecer limites ao exercício do poder político. Essas limitações se encontravam enraizadas de tal forma nas convicções da comunidade e nos costumes nacionais, que se faziam respeitar por governantes e governados.

Na sequência, o autor tedesco narra a evolução histórica do constitucionalismo. A trajetória descrita por Loewenstein inicia-se pela experiência dos hebreus com a teocracia, passando pela experiência dos gregos e sua democracia direta, pelos romanos e sua Constituição republicana, pelos ingleses e sua tradição de Estado constitucional sem Constituição, até chegar ao que ele intitula de último “estudio” do constitucionalismo, ou de “universalismo da Constituição escrita”.

⁵⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 51-52.

⁵⁸ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, cit., p. 154.

Louvando-nos nessas considerações de Loewenstein⁵⁹, traçamos este breve esboço dessa evolução histórica do constitucionalismo.

2.1.1 Constitucionalismo dos hebreus

O povo hebreu poderia ser considerado o primeiro a praticar o constitucionalismo. O sistema político hebreu era uma “teocracia”, no qual os súditos vivem ou pretendem viver sob o domínio de uma autoridade divina. Nesse sistema, os detentores do poder são representantes na terra do poder divino. A “teocracia” aparece com diferentes nomes e formas no mundo islâmico, no budismo e no xintoísmo. Na Europa, o exemplo mais marcante desse sistema político se deu na Genebra de Calvino.

O regime teocrático dos hebreus caracterizou-se pela submissão de governantes e governados à Lei do Senhor. Eis a Constituição material dos hebreus. A limitação do poder se dava pela força da lei moral. Grande parte da Sagrada Escritura é dedicada a exortar o dominador à Justiça, assim como para lembrar seus deveres morais frente a seus súditos, para que a ira de Jeová não caísse sobre toda a comunidade.

Para os hebreus, a política foi uma função da teologia, e o poder secular⁶⁰ estava confiado por Deus aos detentores do poder na terra. Os profetas surgiram como a primeira oposição legítima, na História da Humanidade, contra o poder estatal estabelecido, que se olvidou de obedecer à Lei. Por mais de dois mil anos, a Bíblia foi, além de Lei moral imperativa, a norma padrão para avaliar governos seculares.

⁵⁹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 154-160.

⁶⁰ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia, cit.*, p. 1027. Poder Secular – Expressão utilizada para referir-se ao poder inerente às atividades, aos interesses, aos comportamentos não pertencentes à vida religiosa e, às vezes, em antagonismo com esta. “SECULARIZAÇÃO – Este termo deriva do adjetivo lat. *Saecularis* – de *saeculum*, originado da reflexão presente no Novo Testamento sobre a diferença entre este mundo [...] ou éon e o mundo celeste –, que qualifica a ocupação mundana [...], dada a afazeres terrenos, e não exclusivamente espirituais, por parte de pessoas ou instituições (ainda que eclesiásticas). Surgiu nos séculos XVI-XVII no campo jurídico para indicar a passagem de um religioso ao estado secular ou da transição de propriedades e prerrogativas eclesiásticas a instituições seculares ou laicas; assumiu relevância sociológica, teológica e filosófica entre os séculos XIX e XX, exprimindo mais em geral a relação entre civilização moderna e cristianismo como derivação que comporta a perda da sacralidade”.

2.1.2 Constitucionalismo dos gregos

Na Grécia, durante dois séculos teria existido um regime político absolutamente constitucional. Quase que de um passo, a nação grega alcançou a mais avançada forma de governo constitucional, a democracia constitucional. A democracia direta das cidades-Estado gregas no século V é o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados. O poder político é igualmente distribuído entre os cidadãos ativos, que tomam parte no todo também por igual. A despeito do impacto permanente que os gregos trouxeram para a evolução política do mundo ocidental, não se pode olvidar o fato de que nas cidades-Estado existia domínio oligárquico de classe reduzida, montada sobre infraestrutura de uma economia de escravos.

As instituições políticas gregas de então refletiam aversão a toda espécie de poder concentrado e arbitrário. Apresentando devoção quase fanática pelos princípios do Estado de Direito e por uma ordem (*eunomia*) regulada democrática e constitucionalmente⁶¹, assim como pela igualdade e pela justiça igualitária (*isonomia*).

As diferentes funções estatais gregas foram amplamente distribuídas entre os diversos detentores de cargos, órgãos ou magistrados⁶², e o poder dos últimos foi restringido por engenhosas instituições de controle. É dizer, os detentores dos cargos eram nomeados mediante sorteio, eram estabelecidos períodos curtos e rodízio nos

⁶¹ Materialmente constitucional.

⁶² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Volume III, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 126. “MAGISTRADO – Deriva-se o vocábulo do latim *magistratus*, de *magister*, da raiz *mag*, formadora de *Magnum* (grande). E, assim, literalmente, quer significar uma função de mando ou designar aquele que a exerce, *qui magis potest*, isto é, que manda, que ordena, que dirige. Entre os romanos, era o *magister*. E designava toda pessoa que fosse investida numa dignidade, num cargo ou num ofício do governo ou da administração, para ali ser o condutor, o chefe, o maioral, o superintendente, ou o administrador. Segundo a natureza dos cargos ou ofícios, tinham atribuições militares, judiciárias e legislativas, recebendo as denominações de cônsules, pretores, edis, tribunos do povo, questores, etc. Em sentido lato, não foge o vocábulo a esta acepção. Assim, designa todo funcionário ou pessoa a quem se atribua o poder de julgar certos negócios, para o que é investido de uma autoridade jurisdicional, administrativa ou judiciária. É assim que se chama de primeiro magistrado ao chefe do poder executivo. Em amplo sentido, pois, magistrado, de *magister*, é indicativo da pessoa que, investida de autoridade, que se exerce nos limites de uma jurisdição, tem poder para julgar e para mandar, tomando parte na administração política ou fazendo parte do governo político do Estado. Magistrado, em sentido estrito, é o vocábulo tecnicamente empregado para designar o juiz, ou seja, a autoridade judiciária, a que se comete o poder de julgar as questões jurídicas”.

cargos, os detentores dos cargos não podiam ser reeleitos, todos os cidadãos ativos tinham acesso aos cargos públicos, exceto a alguns cargos de natureza técnica.

As vantagens da democracia direta grega, entretanto, transformaram-se em vícios. Esse sistema político, ao final, teria fracassado porque o povo foi incapaz de conter seu próprio poder soberano. Em nenhuma época da história, as cidades-Estado gregas, Atenas ao menos, alcançaram estabilidade interna. A forma de governo, somada à inconstância de seu caráter nacional, deu ensejo para que acontecesse aquilo que os gregos mais temiam: “*stasis* o, con las palabras del profesor McIlwain, ‘la ausencia de equilibrio, el estadio de la desarmonía estatal’”⁶³.

Accioli⁶⁴ consigna que, no “O Político”, de Platão, pode ser coletado diálogo cujo tema central é o constitucionalismo. Para Platão, o governante não está, obviamente, limitado pela lei, senão que “faz com que sua arte seja lei”. Ou que a “a monarquia unida a boas regras escritas a que chamamos leis, é a melhor das seis Constituições”.

2.1.3 Constitucionalismo dos romanos

Em Roma, a ordem republicana perdurou do século V ao final do século II a. C., num clássico exemplo de sociedade estatal que, embora fosse fundamentalmente constitucional, não incorreu no mesmo erro grego da excessiva democratização.

Para Accioli⁶⁵, a Constituição republicana de Roma era não escrita e tem fundamental relevância e significação na trajetória do constitucionalismo. À semelhança da Constituição inglesa, “formava-se de um conjunto de precedentes – armazenados na memória dos homens ou positivados nos escritos – de costumes, usos, crenças, a propósito dos métodos de governo, ao lado de alguns estatutos”.

⁶³ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, cit., p. 156. Na nota de rodapé 6, na página citada, consta: “*Stasis* significa desorden interno. La palabra se convirtió en expresión para designar la atmosfera del latente golpe de Estado a consecuencia de las tendencias entre las fuerzas democráticas y las oligárquicas tras la derrota de Egospótamos (405 a. de J.)”.

⁶⁴ ACCIOLI, *Instituições de direito constitucional*, cit., p. 30-31.

⁶⁵ ACCIOLI, *Instituições de direito constitucional*, cit., p. 31-32.

A organização estatal da República romana constituiu-se num sistema político com complicados sistemas de freios e contrapesos, de modo a dividir e limitar o poder político dos magistrados estabelecidos. Havia repertório de limitações mútuas, mediante controles intraórgãos e interórgãos. Como exemplos dos controles intraórgãos, citam-se: estrutura colegial das magistraturas altas e superiores, duração anual dos cargos e proibição de reeleição imediata. Dos controles interórgãos, que se acoplavam efetivamente aos diferentes detentores do poder, são exemplos: a intervenção dos tribunos da plebe ante a conduta ilegal do outro tribuno e, até, dos mais altos magistrados, a participação do Senado – que, por outro lado, se converteu, posteriormente, num autêntico centro do poder – na nomeação dos funcionários e a solução, complementemente moderna, do governo de crise na institucionalização da ditadura constitucional que estava prevista somente para determinados fins e períodos limitados.

O constitucionalismo republicano de Roma, embora considerado arquétipo clássico para todos os tempos do Estado constitucional, não foi estruturado necessariamente como democracia plena. Esse sistema político desintegrou-se em guerras civis nos primeiros séculos antes de Cristo e acabou no domínio de César, que foi uma monarquia em tudo menos no nome. Essa mudança se processou mediante a acumulação, sem limitação temporal, dos principais cargos republicanos na pessoa de César, que, com extrema habilidade, manipulava e corrompia o Senado romano. Todos os resquícios da Constituição republicana de Roma foram eliminados no Império⁶⁶. Depois, o regime político romano abriu-se às influências das técnicas governamentais do Oriente, especialmente sassânidas – dinastia que reinou na Pérsia de 224 a 651 ⁶⁷–, assim como às ideologias teocráticas. Em sua última fase, o Império romano transformou-se no arquétipo do absolutismo monárquico, mas com fortes elementos teocráticos. Isso

⁶⁶ Joaquim Carlos Salgado, no artigo Augustus: a fundação do Estado ocidental, publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 104, p. 229-261, jan./jun. 2012, analisa “a formação do Império romano a partir de sua consolidação com Augusto. A nova ordenação do poder político romano, consubstanciada na pessoa do Imperador, que une em si a *auctoritas* do Senado e a *potestas* do povo, afigura-se como momento formador do moderno Estado de Direito pós-Revolução. Como momento de chegada da vida política romana, o Império assume a República e a Monarquia, dando origem a uma nova ordenação jurídica do poder. É com o Imperador Augusto que o direito é elevado ao momento de sua maior efetividade, dando forma conceptual ao Estado e, assim, realizando substancialmente o ideal de Estado ético”.

⁶⁷ KOOGAN; HOUAISS; *Enciclopédia e dicionário ilustrado, cit.*, p. 1460.

ocorreu mediante a fusão de autoridade religiosa e secular na pessoa do Imperador. No Império bizantino, esse sistema político durou por mil anos como cesaropapismo.

A influência do constitucionalismo republicano de Roma, porém, perpetuou-se, mais simbolicamente do que de fato, no dogma da *lex regia*, segundo o qual o domínio absoluto do monarca teve origem na delegação do poder do povo para o Imperador.

Loewenstein⁶⁸ assim conclui essa passagem do constitucionalismo dos romanos:

La tradición de la legitimidad republicana corre como un río subterráneo a través del pensamiento político antiguo y medieval, surgiendo a la superficie en Azo y entra, en virtud de la influencia de este último en Bracton, en la corriente de la tradición política inglesa.

2.1.4 Constitucionalismo do medievo

Uadi Lammêgo Bulos⁶⁹ afirma que é engano pensar que na Idade Média ou no Medievo o constitucionalismo ficou sufocado, em virtude do feudalismo, da rígida separação de classes e do vínculo de subordinação entre suseranos ou senhores feudais⁷⁰ e vassallos.

Segundo o autor, a ideia de constitucionalismo, nessa fase, estava ligada às reivindicações de limitação do poder arbitrário, tendo como fundamento o *jus naturale* ou direito natural, que era considerado como norma superior.

A *Magna Charta Libertatum*⁷¹, de 15 de junho de 1215, para Bulos⁷², reflete as necessidades sociais desse tempo, porquanto abriu precedentes, tais como direito de

⁶⁸ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 157.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁷⁰ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 125. “O senhor feudal era o proprietário exclusivo das terras, sendo todos os habitantes seus vassallos. Exercia o senhor feudal as atribuições de chefe de Estado, decretava e arrecadava tributos, administrava a justiça, expedía regulamentos e promovía a guerra. Era uma espécie de rei nos seus domínios. Seu reinado, porém, repousava sobre um conceito de direito privado, não de direito público. Desse fato resultaram anomalias tais como a jurisdição privada, a cunhagem privada, a guerra privada etc”.

⁷¹ A propósito, questões relacionadas à Magna Carta foram vistas no item 2 deste trabalho.

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional, cit.*, p. 70.

petição, cláusula do devido processo legal, aplicação proporcional de penas, que se incorporariam, definitivamente, às constituições vindouras.

Conforme se depreende das anotações de Fábio Konder Comparato⁷³, a Magna Carta deixa implícito, pela primeira vez na história política do Medievo, que o monarca se vincula, naturalmente, aos pactos que celebra ou às leis que edita.

Uadi Bulos⁷⁴ cita outros *pactos* garantidores de direitos fundamentais nesse período (Estatuto ou Nova Constituição de Merton, de 1236; *Petition of Right*, de 1628; *Bill of Rights*, de 1689), como também os *forais* ou *cartas de franquia*, que eram documentos escritos para garantir direitos individuais e distinguiam-se dos *pactos*, pois permitiam a participação dos súditos no governo local. Ademais, ele lembra os *contratos de colonização* celebrados nas colônias da América do Norte, tais como o *Compact of Mayflower*, de 1620, e a *Fundamental orders of Connecticut*, de 1639.

Uadi Lammêgo Bulos⁷⁵ anota:

A grande importância dos *pactos*, dos *forais* e dos *contratos de colonização* foi o prenúncio de alguns pilares do moderno constitucionalismo, dentre os quais a tutela dos direitos individuais em documentos escritos e a organização do governo pelos governados. Ambos os itens passaram a integrar, mais tarde, o coração das constituições setecentistas.

Nesse contexto, verifica-se que, no Medievo, o constitucionalismo, ao contrário do constitucionalismo moderno que será visto no próximo tópico, defendia o interesse de poucos, notadamente em função da divisão rígida de classes então existente (monarca, igreja, suseranos, vassalos), bem como porque os interesses da monarquia – que por sua vez dependia dos suseranos – eram convergentes com os da igreja ou clero. Nada obstante, o constitucionalismo avançava.

2.1.5 Constitucionalismo moderno

⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

⁷⁴ BULOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 70.

⁷⁵ BULOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 70.

Para Loewenstein⁷⁶, a segunda e moderna fase do constitucionalismo começa com a Revolução puritana na Inglaterra e seus reflexos nas colônias inglesas do Novo Mundo. Uma série de circunstâncias favoreceu a transformação da monarquia absoluta em monarquia constitucional. Com a destruição da Marinha desapareceu o estado de exceção que obrigava o Parlamento a submeter-se à liderança de Elizabeth. A dinastia dos *Stuart* ascendeu ao trono inglês. Dissidentes religiosos reivindicaram o direito de autodeterminar-se espiritualmente frente ao ferrenho clericalismo da Igreja do Estado. A nova classe média no Parlamento fez renascer seus direitos e privilégios antigos e indubitáveis, os quais, embora tenham sido retirados durante os longos anos de despotismo da dinastia dos Tudor, não foram completamente esquecidos. A nova Câmara dos Comuns não queria mais dar conteúdo simbólico à ordem constitucional, que a dinastia dos *Stuart* já tinha tendência em ignorar. A Câmara insistiu em implantar limitações tradicionais à Coroa, como também exigiu participar do processo político. A guerra terminou com a vitória do Parlamento sobre a Coroa na Revolução Gloriosa de 1678, num momento em que a monarquia absoluta, livre de limitações constitucionais, tinha atingido o ápice na Europa.

Fora os estatutos coloniais outorgados pela Coroa, ocupa lugar de honra entre os documentos constitucionais criados pela sua própria dinâmica o *Fundamental Orders of Connecticut* (1639). O *Agreement of the People* (1647), teoricamente o documento mais influente, nasceu na própria Inglaterra. Embora não seja ato legislativo formal, mas manifestos privados clamando por mudanças constitucionais para o Estado inglês, esse documento pode ser considerado o primeiro esboço de uma Constituição moderna totalmente articulada. Os ingleses abandonaram, em última instância, a concepção de uma Lei Fundamental escrita. A começar com a legislação anterior e posterior à Revolução Gloriosa – *The Petition of Rights* (1628), que requeria o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei; *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), que anulava as prisões arbitrárias; *Bill of Rights* (1688) ⁷⁷, o mais importante desses documentos, pois

⁷⁶ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, cit., p. 157.

⁷⁷ SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., p. 53. “La Declaración de derechos de 1688 (Bill of Rights) es, por la forma, una fijación contractual entre el Príncipe de Orange llamado al trono por el Parlamento inglés, y este Parlamento. Pero el Parlamento aparece aquí como representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real (la no suspensión de leyes por el Rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, derecho de petición

submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional; *Act of Settlement* (1700), que completa o conjunto de limitações ao poder monárquico do período –, os ingleses se contentaram em regular sua ordem fundamental por meio de leis individuais. Esse costume consolidou-se, sobretudo, porque a convicção popular outorgou a essas leis tamanha solenidade constitucional como se tivessem sido codificadas num documento constitucional formal. Desde então, perdura na Inglaterra a orgulhosa tradição de um Estado constitucional sem Constituição escrita. Hoje, Inglaterra, Nova Zelândia e Israel⁷⁸ são os únicos Estados que não têm Constituição escrita.

A vitória final do documento constitucional escrito, como sanção solene do constitucionalismo, começou com as Constituições das colônias americanas que se transformaram em Estados soberanos quando se rebelaram contra a Coroa inglesa, e depois com a Constituição da União em 1787.

Durante longo tempo, teóricos franceses também defendiam uma Constituição escrita, influenciados pelas ideias do contrato social e da soberania popular. Essa exigência surgiu com grande força com a Revolução Francesa. Por mais de um século, os teóricos políticos haviam exigido a racionalização do processo do poder político, com a limitação do absolutismo da Coroa e a transferência do centro do poder da Coroa para o povo e seus representantes. Tal anseio acabou concretizado no estabelecimento de um documento constitucional formal que se transformou na marca da nova ordem social. Eis a garantia de que, para sempre, o governo constitucional não podia ser outra coisa senão que constitucionalismo democrático sancionado por uma Constituição escrita.

2.1.5 Constitucionalismo e constituição escrita

de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, libre elección de los miembros del Parlamento, libertad de discusión y discurso en el Parlamento [...]. Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal-constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad”.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. 2. ed. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81 e nota de rodapé nº 20.

Segundo Loewenstein⁷⁹, o terceiro e, por enquanto, último “estudo” do constitucionalismo é o universalismo da constituição escrita, que é consequência lógica das conquistas e das revoluções americana e francesa. Por toda a terra surgiram Constituições como acompanhamento da vitoriosa bandeira tricolor. Depois do parêntese da autocracia napoleônica, que havia se adaptado à nova moda, a técnica da Constituição escrita se estendeu à monarquia continental. Cedendo à pressão irresistível da opinião pública, a monarquia continental outorgou a seus povos bem voluntariamente, bem obrigatoriamente uma Constituição (Constituição outorgada). Essas Constituições estabeleciam instituições que limitavam o poder real. A mais influente dessas Constituições foi a Carta “legitimista” de 1814 da França. As Constituições do início do século XIX representam um compromisso pragmático entre tradição e revolução, como solução transitória e, portanto, como ponte entre o absolutismo monárquico e o constitucionalismo democrático. A Constituição da Bélgica de 1831 é o marco da mudança da versão atual de monarquia, equivalente ao constitucionalismo democrático. Essa Constituição consagra a fórmula haurida da Revolução Francesa: “Todo o poder emana do povo” (artigo 25)⁸⁰.

A Constituição escrita representa o marco no qual se alcançou em gerações posteriores a completa democratização do processo do poder político. A extensão do sufrágio de uma oligarquia proprietária à totalidade da população adulta trouxe consigo a democratização completa do parlamento e sua dependência dos eleitores organizados em partidos políticos. O eleitorado, dessa maneira, elevou-se à categoria de detentor supremo do poder, a que estariam submetidos todos os outros detentores: parlamento, governo, coroa. A soberania popular e a Constituição escrita se converteram prática e ideologicamente em conceitos sinônimos.

⁷⁹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 159.

⁸⁰ RANGEL, Leyla Castello Branco. O poder legislativo na Bélgica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v.3, n. 10, p. 75-124, jun. de 1966. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180686>.

Art. 25. Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution. Em Tradução de livre: Todos os poderes emanam do povo. Eles serão exercidos na forma estabelecida pela Constituição.

Dalmo de Abreu Dallari⁸¹ assinala que a preferência pela Constituição escrita se justifica por melhor definir as novas condições políticas e, ao mesmo tempo, tornar muito mais difícil qualquer retrocesso.

Para Jorge Miranda⁸², o reconhecimento de um verdadeiro e pleno primado da Constituição não ocorreu da mesma forma de um lado e do outro do Atlântico. Nos Estados Unidos, o caminho foi mais direto e linear, pois a Constituição de 1787 foi o ato constitutivo da União. Na Europa, a trajetória foi bem mais longa, pelo fato de as vicissitudes políticas e constitucionais terem sido menos lineares e mais complexas. Primeiro, porque, em razão do absolutismo precedente, a prioridade centrava-se na reestruturação do poder político, em especial, do poder do Rei. Segundo, porquanto prevalecia o entendimento da lei ordinária como expressão ou da razão ou da vontade geral. Terceiro, porque não se quis ou não se pôde instituir, senão a partir do século XX, formas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

Nas palavras de Canotilho⁸³, o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da “constituição moderna”, que é “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. E mais, sendo o constitucionalismo moderno uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, a Constituição moderna pretendeu radicar duas ideias básicas: 1) ordenar, fundar e limitar o poder político; 2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo.

Qual é a fonte, então, dessa portentosa força, que é capaz de propiciar a organização do próprio Estado, uma vez que tem por desiderato ordenar, fundar e limitar o poder político, como também reconhecer e garantir os direitos e liberdades individuais?

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁴, como pacto fundamental, a Constituição institui ou reinstitui o Estado. Ou, pelo pensamento de Sieyès, o Estado nasce ou renasce com o estabelecimento da Constituição. Como fundamento do Estado, a Constituição não pode ser obra do Estado, ou de seu poder. A Constituição emana de

⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200.

⁸² MIRANDA, *Teoria do estado e da constituição*, cit., p. 162.

⁸³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 52-55.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

um poder pré-estatal, o poder constituinte, que canaliza a vontade dos homens para o estabelecimento das instituições que irão regê-los e proteger os direitos fundamentais.

Poder constituinte, de acordo com Canotilho⁸⁵, deve ser entendido como “soberania constituinte do povo”. É dizer, “poder de o povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”.

Para Nina Ranieri⁸⁶, “Estado de Direito significa, primordialmente, a legitimidade do poder do Estado; ademais, o poder do Estado está vinculado ao direito, reconhece e protege os direitos fundamentais”.

2.2 PARADIGMAS DE ESTADO

Esse caminhar ou processo de evolução histórica da conquista de direitos pelo homem, sob a égide do constitucionalismo moderno, é dividido em “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais⁸⁷, como será demonstrado nas próximas linhas.

Essa forma de apresentar e deslindar a questão permite visão em perspectiva dos contínuos processos de ampliação, aprofundamento, especificação e positivação dos direitos, bem assim da afirmação da dignidade humana em documentos escritos⁸⁸.

Essa conectividade entre as gerações ou dimensões de direitos fundamentais e as fases do Estado de Direito é delineada por José Luiz Borges Horta⁸⁹, neste trecho:

⁸⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 72.

⁸⁶ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 196.

⁸⁷ Há autores que dizem ser mais apropriado utilizar o termo “dimensão”, em vez de “geração”, para referir-se ao processo evolutivo dos direitos fundamentais. Exemplificando, para Fernando Facury Scaff, a palavra mais adequada seria “dimensão”, pois o sentido é de profundidade, e não de superação (SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 396). Ingo Wolfgang Sarlet também prefere o termo “dimensão”, em razão do caráter cumulativo do processo evolutivo e da natureza complementar de todos os direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45). José Luiz Borges Horta, por sua vez, entende que “a concepção generacional dos direitos fundamentais não implica, de modo algum, em compreender algo como uma referida sucessão geracional [...], novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social” (HORTA, *História estado de direito*, cit., p. 227-228).

⁸⁸ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p.283.

A caminho da Liberdade, os homens consagraram valores complementares, traduzidos em momentos sucessivos numa história coerente. Parece-nos que o Estado de Direito possui três grandes momentos (e seus consequentes paradigmas):

1. O Estado liberal de Direito, forjado na Era das Revoluções;
2. O Estado social de Direito, exigido desde meados do século XIX (sobretudo, com o Manifesto Comunista de 1848) e consagrado, como se verá, na República alemã de Weimar, cuja constituição data de 1919;
3. O Estado democrático de Direito, esboçado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e ainda em processo de construção (intelectual, normativa e fática).

Não nos pode bastar, entretanto, a constatação histórica da existência de tais fases; é preciso preenchê-las, dando-lhes conteúdo jurídico: trata-se, assim, de descrever os valores jurídicos fundantes de cada um dos paradigmas – e o campo por excelência da revelação de tais valores é a doutrina dos Direitos Fundamentais.

Por hipótese, assim, têm-se que as três gerações de direitos fundamentais concedem fundamento jusfilosófico aos três paradigmas de Estado de Direito.

Os três paradigmas⁹⁰ do Estado de Direito são conectadas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão, o que será detalhado nos tópicos que cuidarão das respectivas fases do Estado de Direito.

José Luiz Borges Horta⁹¹ aduz que direitos de segunda e terceira gerações funcionam como garantias dos direitos de primeira geração, enquanto os ideais de igualdade e de fraternidade existem para assegurar a liberdade originalmente fundante dos direitos de primeira geração. E conclui o autor: “Estado liberal, Estado social, Estado democrático de Direito surgem, assim, como etapas sucessivas de formalização, materialização e plenificação do Estado de Direito”.

A gênese do Estado de Direito está amparada em três grandes doutrinas políticas: o jusnaturalismo, o contratualismo e o liberalismo⁹².

⁸⁹ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 46.

⁹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. Belo Horizonte, *Fórum Administrativo*, março de 2001, p. 15. “[...] nós não temos como sair de um paradigma, ou melhor, da condição paradigmática, podemos sim trocar de paradigmas, mas, sempre que o advento de novas gramáticas de práticas sociais permitam a troca de paradigma, esse vai ser um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos. Por isso mesmo, um olhar estrangeiro na ciência, de fora daquela comunidade científica específica, é sempre produtivo. Normalmente, as grandes descobertas vêm de alguém não habituado com o paradigma tradicional”.

⁹¹ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 47.

⁹² RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito, cit.*, p. 236.

De acordo com o jusnaturalismo⁹³, há direitos naturais do homem que precedem e que superam o Estado, por serem inerentes à própria natureza humana do homem. São direitos absolutos, imutáveis e atemporais, cujas fontes, de acordo com a correspondente fase da história, são a natureza, a vontade divina, e a razão⁹⁴.

Na antiguidade, o jusnaturalismo era fundamentado na própria natureza. Naquela época, o direito natural era conhecido, também, como cosmológico, ou seja, direito oriundo da própria essência do cosmos ou universo. Foram os filósofos gregos que, a partir de concepção a um só tempo unitária e racional do cosmos, primeiro formularam o desdobramento teórico de uma doutrina do Direito Natural. Pensada inicialmente por Heráclito, essa corrente doutrinária foi retomada pelos sofistas. Sócrates, grande adversário dos sofistas, Platão e Aristóteles podem ser considerados os maiores expoentes do jusnaturalismo⁹⁵.

Nas palavras de Hugo Grotius, “o direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus”⁹⁶.

Aristóteles a ele se refere como imutável, acima da lei, impondo tratamento jurídico igual para todos. O Direito seria incompatível com privilégios. Os estóicos equiparam-no à reta razão⁹⁷.

⁹³ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 682. “JUSNATURALISMO – Teoria do direito natural configurada nos séculos XVII e XVIII a partir de Hugo Grócio (1583-1645), também representada por Hobbes (1588-1679) e por Pufendorf (1632-1694). Essa doutrina, cujos defensores formam um grande contingente de autores dedicados às ciências políticas, serviu de fundamento à reivindicação das duas conquistas fundamentais do mundo moderno no campo político: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do Estado. Desses princípios nasceu de fato o Estado liberal moderno (v. LIBERALISMO). O Jusnaturalismo distingue-se da teoria tradicional do direito natural por não considerar que o direito natural representa a participação humana numa ordem universal perfeita, que seria Deus (como os antigos julgavam, p. ex., os estóicos) ou viria de Deus (como julgavam os escritores medievais), mas que é a regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois, independente da vontade de Deus. Assim, Jusnaturalismo representa, no campo moral e político, reivindicação da autonomia da razão que o cartesianismo afirmava no campo filosófico e científico (v. DIREITO)”.

⁹⁴ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 236.

⁹⁵ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 335-343. Embora esse autor inclua Sócrates entre os expoentes do jusnaturalismo, há autores que consideram Sócrates como o primeiro positivista, sobretudo sob a perspectiva de que o filósofo grego era fiel seguidor das leis da cidade, cuja justiça não discutia, limitando-se a curvar-se ante os comandos da Pólis que parecia tanto amar. Prova disso é que preferiu cumprir a pena capital que lhe foi imposta a fugir.

⁹⁶ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz* (*De jure belli ac pacis*). Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Editora Unijui, 2005, p. 81.

⁹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 37.

Os romanos⁹⁸ desenvolveram a noção estoíca de direito natural, notadamente com Ulpiano, Justiniano, Paulo (Dig.), Gaio (Inst.). Mas foi com Cícero que o jusnaturalismo estoíco tomou forma, tendo o mesmo sentido de direito inferido da natureza humana. Era o Direito conforme a reta razão, que, nas palavras de Cícero⁹⁹:

A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.

Era, portanto, o Direito comum a todos os homens, romanos, ou não, imutável, eterno¹⁰⁰. Em razão disso, é atribuída a Cícero a humanização do direito natural, especialmente quando se refere a ele como uma lei verdadeira, ditada pela natureza, aplicada a todos os homens, de forma imutável e eterna.

Para Joaquim Carlos Salgado, Cícero entende que a lei é um saber escolher, o que se faz pela reta razão, para determinar o verdadeiro e o justo. Isso não significa

⁹⁸ RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 180-181. “Culturalmente, Roma é quase inteiramente devedora. Na arte, na arquitetura, na literatura e na filosofia, o mundo romano imita, com maior ou menor sucesso, os grandes exemplos da Grécia. Contudo, há uma esfera na qual os romanos tiveram êxito, onde a Grécia e até mesmo Alexandre haviam falhado. Trata-se da esfera do governo, da lei e da administração em larga escala. Nisso, Roma exerceu alguma influência sobre o pensamento grego. Já vimos antes que, em matéria de política, os gregos dos tempos clássicos foram incapazes de transcender os ideais da cidade-estado. Por outro lado, Roma tinha visões mais amplas que impressionaram o historiador Políbio, um grego nascido por volta de 200 a. C. e que se tornara cativo dos romanos. Assim como o estoico Panécio, ele pertencia a um círculo de homens de letras que se formara em torno de Cipião, o Jovem. Além dessa influência política, Roma não ofereceu nada que pudesse inspirar novas ideias aos pensadores gregos. A Grécia, por sua vez, embora destruída como nação, triunfava sobre os seus conquistadores romanos na esfera da cultura. Os romanos cultos falavam grego, assim como até recentemente os europeus cultos falavam francês. A Academia de Atenas atraía os filhos da nobreza romana. Cícero estudou lá. Em todos os campos eram adotados os padrões da Grécia e, em muitos aspectos, os produtos de Roma eram pálidas cópias dos originais gregos. Em particular, a filosofia romana é peculiarmente pobre de ideias originais”.

⁹⁹ CICERO, Marco Túlio. *Da república*. Tradução de Amador Cisneiros. São Paulo: Atena Editora, 1954, p. 101-102.

¹⁰⁰ GUSMÃO, *Filosofia do direito, cit.*, p. 37.

identificar o direito a qualquer lei, pois poderá haver leis arbitrárias, editadas pelo tirano¹⁰¹.

Nesse particular, é oportuna a anotação de Antônio Augusto Cançado Trindade de que, na Roma antiga, Cícero ponderava, em seu célebre *De Legibus*, que nada era “mais destrutivo para os Estados, nada mais contrário ao direito e à lei, nada menos civil e humano, que o uso da violência nos assuntos públicos”. E, novamente em sua *De República*, Cícero acrescentava que nada era “mais destrutivo para um Estado” e “tão contrário à justiça e ao direito” do que o recurso à “força através de uma medida de violência”, em um país que tenha “uma constituição estabelecida”¹⁰².

Na Idade Média ou no Medievo, as teorias do Direito e do Estado, assim como os demais domínios da cultura – arte, filosofia, educação –, submetem-se à teologia, como decorrência do interesse religioso do pensar cristão. O jusnaturalismo, nesse período, é considerado como vontade ou dádiva divina, a partir de ideias cristãs do princípio da história como “pecado original” e “a vinda do Messias e a Redenção”¹⁰³. É a concepção da gênese do Direito Natural segundo os dogmas da “Patrística”¹⁰⁴.

Antônio Luís Machado Neto aduz que o Direito Natural absoluto dos estoícos, na ideologia cristã, prevaleceria antes da queda original, quando todos os homens eram iguais por natureza e possuíam as coisas em comum. Mas com o pecado original, ocorreu a depravação da natureza humana e o Direito Natural absoluto não poderia mais imperar. Assim, o Direito Natural deve ser relativo, condizente à natureza do homem, abastardada pela queda, que, entre outros males, trouxe a necessidade do trabalho, a propriedade privada, o Estado, o direito positivo e a pena, a escravidão. A

¹⁰¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 169.

¹⁰² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

¹⁰³ MACHADO NETO, *Sociologia jurídica, cit.*, p. 344.

¹⁰⁴ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia, cit.*, p. 868. “PATRÍSTICA – Indica-se com este nome a filosofia cristã dos primeiros séculos. Consiste na elaboração doutrinária das crenças religiosas do cristianismo e na sua defesa contra os ataques dos pagãos e contra as heresias. A Patrística caracteriza-se pela indistinção entre religião e filosofia. Para os padres da Igreja, a religião cristã é a expressão íntegra e definitiva da verdade que a filosofia grega atingiria imperfeita e parcialmente. Com efeito, a Razão (logos) que se fez carne em Cristo e se revelou plenamente aos homens na sua palavra é a mesma que inspirara os filósofos pagãos, que procuraram traduzi-la em suas especulações”.

Igreja Católica surge como elemento de aproximação do homem ao Direito Natural absoluto, embora permitisse aos fieis pautarem suas vidas pela norma relativa¹⁰⁵.

O jusnaturalismo de base divina ganha destaque, sobretudo, nas doutrinas políticas de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino¹⁰⁶.

Santo Agostinho foi o primeiro filósofo, na esteira de pensamento da Patrística, a realizar síntese do dogma cristão com a filosofia grega. Partindo do dualismo cristão, originário da queda inicial do homem, a vida segundo a carne e a vida segundo o espírito, Santo Agostinho idealiza duas cidades distintas e antagônicas: a cidade de Deus (*civitas Dei*) – lugar dos justos, dos que louvam a Deus – e a cidade do pecado ou cidade do diabo (*civitas diaboli*), local dos pecadores, dos ímpios, dos que colocam o amor próprio acima do amor de Deus e que vivem segundo as paixões da carne¹⁰⁷.

Santo Agostinho “distingue a lei natural, manifestação da vontade divina (*ratio divina vel voluntas Dei*), do direito natural, manifestação da razão suprema, na forma dada pela Igreja, e ambas, da lei da *civitas terrena*”¹⁰⁸.

Santo Tomás de Aquino, o Doutor Angélico, a partir da existência de um Criador (Deus), estabelece a forma de representar a inter-relação social das criaturas humanas, fazendo a distinção de quatro tipos de leis: lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina. A primeira seria a expressão da vontade de Deus e da finalidade que Deus atribui ao universo. A lei natural é a dimensão racional da lei eterna, ou o modo como a razão humana a compreende. A lei humana é o direito positivo, que constitui a aplicação da lei natural às necessidades humanas. A lei divina é a revelação, que se encontra nas Sagradas Escrituras e complementa a razão e a lei humana, no que se refere à salvação eterna¹⁰⁹.

A “regra de ouro” do direito, segundo Santo Tomás de Aquino, é agir racionalmente, “fazendo o bem e evitando o mal”¹¹⁰.

¹⁰⁵ MACHADO NETO, *Sociologia jurídica, cit.*, p. 345.

¹⁰⁶ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito, cit.*, p. 236.

¹⁰⁷ MACHADO NETO, *Sociologia jurídica, cit.*, p. 345-347.

¹⁰⁸ GUSMÃO, *Filosofia do direito, cit.*, p. 37.

¹⁰⁹ MACHADO NETO, *Sociologia jurídica, cit.*, p. 348.

¹¹⁰ GUSMÃO, *Filosofia do direito, cit.*, p. 38.

Com Francisco de Vitória, que se antecipa a Hugo Grócio, começa a laicização ou secularização do jusnaturalismo, cuja fonte é a natureza das coisas, que não pode ser alterada nem por Deus. É o surgimento de nova forma de conceber o Direito Natural, que passa a ter gênese na razão, como defendido por Grotius. Trata-se de direito formulado exclusivamente pela razão, conforme a natureza social do homem. As ideias racionalistas foram defendidas também por Samuel Pufendorf, que reconhece o homem como ser livre, anterior ao estado social. Daí a distinção entre “estado de natureza”, anterior ao Estado, e “estado social”, que seria fruto do contratualismo, doutrina política que, a partir do século XVII até o XIX, foi a prevalecente entre os jusnaturalistas¹¹¹.

Eis, nas palavras de Machado Neto, o referencial da gênese do Direito Natural ilustrado como uma forma de protestantismo jurídico, por se opor formalmente ao Direito Natural do medievo de matriz teológico-cristã¹¹².

Segundo Francisco de Vitória¹¹³:

[...] el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocantes a la guerra, em los asuntos graves como em la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado la autoridad de todo el orbe.

E mais: que “o Direito das Gentes, cujas normas equiparam todos os humanos, indo além de sua origem, e incluído o Direito Natural, outorga aos príncipes autoridade suficiente para agir como delegado do orbe”¹¹⁴.

Para Nina Ranieri¹¹⁵, Francisco de Vitória, ao construir sofisticada teoria da soberania estatal, como conjunto de direitos naturais e universais dos povos e dos

¹¹¹ GUSMÃO, *Filosofia do direito*, cit., p. 38.

¹¹² MACHADO NETO, *Sociologia jurídica*, cit., p. 350-351.

¹¹³ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra (De indies et de jure belli relectiones)*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2006, p. 18, nota de rodapé 12.

¹¹⁴ VITÓRIA, *Os índios e o direito da guerra (De indies et de jure belli relectiones)*, cit., p. 30-31. “Para provar esta proposição deve-se observar que os príncipes têm autoridade não só sobre seus súditos, mas também sobre os estranhos para obriga-los a se abster de ofensas, e isto pelo Direito das Gentes e em virtude da autorização de todo o orbe. Mais ainda, parece que têm essa autoridade por direito natural, pois, caso contrário, o mundo não poderia subsistir, se alguns não tivessem força e autoridade suficiente para atemorizar os maus e para reprimi-los, a fim de que não façam mal aos inocentes”.

Estados, chega a duas proposições. Identifica a *communitas orbis*, sociedade natural de Estados igualmente livres e soberanos (*republicae*). Sociedade submetida a uma ordem jurídica que tem a força obrigatória dos pactos e natureza de lei (*ius cogens*). E conclui que o príncipe somente está autorizado a usar seu poder em prol da própria república e do bem comum dos cidadãos, pois deles recebe sua autoridade. Nessas duas proposições, Vitória enuncia a existência de um direito universal das pessoas e o fundamento democrático do poder do soberano, antecipando o moderno princípio da soberania popular.

Hugo Grotius¹¹⁶ fala de um direito humano, que se divide em direito civil, em direito menos amplo que o civil e em direito mais amplo que o civil ou *jus gentium*. O direito civil emana do poder civil, que está à frente do Estado, “união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum”. O direito mais restrito que o civil não emana do poder civil, ainda que lhe seja submisso, como as ordens de um pai ou de um mestre. O direito mais amplo é o *jus gentium*, ou seja, aquele que recebeu sua força de todas as nações ou de grande parte delas.

Segundo Nina Ranieri¹¹⁷, o homem, no interior do Estado, é regido pela lei da autoridade pública, e não mais pela lei da razão, própria do estado de natureza. Nesse contexto, o Direito Natural perde seu valor e sua função autônoma, pois passa a servir, apenas, de fundamento para a lei da autoridade pública, o que confere ao direito, pelo fato de ser produzido pelo homem, uma nova natureza.

A partir dessa última corrente de pensamento sobre a origem do Direito Natural, que passa a cultuar o homem como centro do cosmos ou das atenções – o antropocentrismo –, surge entre os jusnaturalistas o contratualismo¹¹⁸, outro pilar que fundamenta o nascimento do Estado de Direito.

¹¹⁵ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 238-239.

¹¹⁶ GROTIUS, *O direito da guerra e da paz*, *cit.*, p. 88.

¹¹⁷ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 239-240.

¹¹⁸ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, *cit.*, p. 239-240. “CONTRATUALISMO – Doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Essa doutrina é bastante antiga, e, muito provavelmente, os seus primeiros defensores foram os sofistas. Aristóteles atribui a Licofron (discípulo de Górgias) a doutrina de que “a lei é pura convenção (*syntheke*) e garantia dos direitos mútuos”, ao que Aristóteles opõe que, nesse caso, ela “não seria capaz de tornar bons e justos os cidadãos” (Pol., III, 9, 1280 b 12). Essa doutrina foi retomada por Epicuro, para quem o Estado e a lei são resultado de um contrato que tem

Os três principais doutrinadores políticos do contratualismo são Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau¹¹⁹.

Thomas Hobbes, que foi preceptor e protegido de reis da dinastia Stuart¹²⁰, defendia o contratualismo a favor da soberania absoluta do Estado, e não do absolutismo, como muitos autores defendem¹²¹.

Para Hobbes¹²², “a natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito”, sendo que as pequenas diferenças entre eles, no conjunto, não lhes permitem reclamar qualquer benefício a que o outro também não possa aspirar.

Mas, para o autor¹²³, “os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito”. E, mais, há três causas principais de discórdia entre os homens, a competição, a desconfiança e a glória:

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome.¹²⁴

como único objetivo facilitar as relações entre os homens. Tudo o que, na convenção da lei, mostra ser vantajoso para as necessidades criadas pelas relações recíprocas é justo por sua própria natureza, mesmo que não seja sempre o mesmo. No caso de se fazer uma lei que demonstre não corresponder às necessidades das relações recíprocas, então essa lei não é justa” (Mass. Cap., 37). Carnéades emitiu concepção semelhante no famoso discurso sobre a justiça que proferiu em Roma. Por que razão teriam sido constituídos tantos e diferentes direitos segundo cada povo, senão pelo fato de que cada nação sanciona para si o que julga vantajoso para si? (CÍCERO, De Rep., III, 20). Eclipsado na Idade Média pela doutrina da origem divina do Estado e, em geral, da comunidade civil, o Contratualismo ressurgiu na modernidade e, com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos”.

¹¹⁹ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 66.

¹²⁰ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 66.

¹²¹ BUENO, Marcelo Martins. *A gênese do conceito de liberdade no pensamento de Thomas Hobbes*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009 (Tese de doutoramento), p. 9.

¹²² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 74.

¹²³ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, cit., p. 75.

¹²⁴ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, cit., p. 75.

Daí que, como afirma Hobbes¹²⁵:

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, ele se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

Segundo Hobbes¹²⁶, o direito de natureza, ou *jus naturale* para alguns autores, é a liberdade que o homem tem para garantir “a preservação de sua própria natureza, ou seja, sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”. Disso decorrem duas leis fundamentais de natureza, a primeira: “procurar a paz, e segui-la”; e a segunda: “por todos os meios que pudermos defendermo-nos a nós mesmos”.

Para o autor¹²⁷, “as paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho”.

Da primeira lei fundamental, em que ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva outra lei:

Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo¹²⁸.

Para Hobbes, o que leva os homens a viver em Estados é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita, isto é, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza¹²⁹.

¹²⁵ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 75.

¹²⁶ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 78.

¹²⁷ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 77.

¹²⁸ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 79.

¹²⁹ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 103.

Hobbes¹³⁰ afirma que a verdadeira unidade de todos os homens numa só pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, como se cada um dissesse: “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”, chama-se Estado. E conclui:

É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao que devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.

Marcelo Martins Bueno¹³¹ anota que:

A novidade do pensamento hobbesiano está em promover uma conciliação entre poder ilimitado e pacto social, porque não existe contradição em defender um poder soberano, decorrente de um pacto, aliás não existe pacto que se sustente sem a intervenção do poder do Estado. A inovação de seu pensamento é justamente a idéia de um Estado oriundo da necessidade do próprio homem, por isso Hobbes rejeita a concepção de um direito divino dos reis, uma vez que tal teoria advém de uma explicação teológica, ao mesmo tempo que introduz um pacto paralelo, dentro de uma sociedade que já vive sob um contrato, o que para ele é inadmissível. Isso o faz um filósofo diferenciado, pois trata a questão do poder desvinculada da religião, o que naquele momento histórico era uma novidade que causou muita polêmica.

Para Bueno¹³², Hobbes quis demonstrar que o Estado é fruto da vontade humana e que, necessariamente, reflete os interesses do homem. Isso porque, no Estado de soberania, reinará a liberdade individual, a garantia da propriedade, a preservação da paz, a segurança, a liberdade de comprar e vender, realizar contratos mútuos, de cada um escolher sua residência, sua profissão, instruir os filhos e uma série de garantias.

John Locke defendeu ideias que se contrapunham ao pensamento de Thomas Hobbes, embora os dois sustentassem a origem contratualista do Estado.

Locke¹³³ disse que, no estado de natureza, todos os homens se acham naturalmente, “sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e

¹³⁰ HOBBS, *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit.*, p. 105-106.

¹³¹ BUENO, *A gênese do conceito de liberdade no pensamento de Thomas Hobbes, cit.*, p. 127-128.

¹³² BUENO, *A gênese do conceito de liberdade no pensamento de Thomas Hobbes, cit.*, p. 130.

¹³³ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: *Carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 35.

regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro”.

O estado de natureza, para Locke¹³⁴, e nesse ponto seu pensamento se alinha ao de Hobbes, é também de igualdade, “no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro”.

Mas, segundo Locke¹³⁵, embora seja um estado de liberdade, não o é de licenciosidade. O estado de natureza tem uma lei de natureza para governar o homem, que a todos obriga: a razão. Assim, “sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade e nas posses”.

Eis uma das divergências entre Hobbes e Locke: a percepção que eles têm sobre o estado de natureza, pois para Hobbes, o estado de natureza é um estado de guerra permanente. Para Locke¹³⁶, “estado de guerra é um estado de inimizade e destruição; e, portanto, um estado que declara desígnio inalterável e calmo com relação à vida de outrem, por meio de palavra ou ação”. E conclui o autor¹³⁷ - ao que parece fazendo crítica velada a Hobbes -: há “clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra que, muito embora certas pessoas tenham confundido, estão distantes um do outro”.

Diferentemente de Hobbes, Locke¹³⁸ atribui ao homem, mesmo no estado de natureza, direitos inalienáveis, tais como à vida, à liberdade, quando aduz:

A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior na Terra, e não sob a vontade ou a autoridade legislativa do homem, tendo somente a lei da natureza como regra. Esta liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem e a ela está tão intimamente conjugada que não lhe é dado desfazer-se dela senão mediante o que lhe faz perder juntamente a preservação e a vida. Porque o homem, não possuindo o poder da própria vida, não está em condições, por pacto ou por consentimento próprio, de escravizar-se a qualquer outro, nem pôr-se sob o poder arbitrário absoluto de outrem, que lhe arrebathe a vida a seu bel-prazer. Ninguém pode dar mais poder do que possui; e quem não pode tirar de si a própria vida não pode conceder a outrem qualquer poder sobre ela.

¹³⁴ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 35.

¹³⁵ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 36.

¹³⁶ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 40.

¹³⁷ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 41.

¹³⁸ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 43.

Locke¹³⁹ diz que a propriedade também é inalienável:

[...] embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo.

O motivo para o homem deixar o estado de natureza para entrar no de comunidade, na visão de Locke¹⁴⁰, radica na insegurança e incerteza que o homem tem na “preservação a sua propriedade, isto é, a vida, a liberdade e os bens”, o que o leva a estabelecer um juiz na terra, com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que atinjam a qualquer membro da comunidade, juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados.

Jorge Reis Novais¹⁴¹, ao comentar esse aspecto que teria motivado a celebração do contrato, na perspectiva de Locke, lembra que os homens “renunciam apenas ao direito de fazer justiça por si próprios para mais bem garantirem e conservarem todos os outros, mormente o direito de propriedade”.

Nessa esteira, também, é o comentário de José Luiz Borges Horta¹⁴²: “A teleologia do Estado lockeano aponta no sentido de efetiva ‘salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade’”.

Outra diferença marcante entre o pensamento de Hobbes e Locke, conforme António Manuel Martins¹⁴³, está no fato de o poder político, na ideologia lockeana, não se concentrar no soberano absoluto, com autorização contratual. Para esse autor, entre o poder político e o povo “deve reinar uma relação de confiança: o legislador é fiel depositário do direito de soberania do povo que lhe é confiado; e o governo administra o poder político da comunidade, na qualidade de comissário, no quadro da constituição”.

¹³⁹ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 45.

¹⁴⁰ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 45.

¹⁴¹ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, *cit.*, p. 77.

¹⁴² HORTA, *História do estado de direito*, *cit.*, p. 71.

¹⁴³ MARTINS, António Manuel. *Contratualistas: John Locke*. Disponível em <<http://saojose.palotinas.com.br/files/media/JOHN%20LOCKE.pdf>>. Acesso em: 17 de setembro de 2014, p. 01.

Eis o limiar da técnica da separação dos poderes ou das funções do Estado, cuja centelha decorre do pensamento de Aristóteles¹⁴⁴, teoria que depois foi sistematizada e aperfeiçoada por Montesquieu.

Segundo António Manuel Martins¹⁴⁵, como as partes contratantes não renunciam aos seus direitos, “elas podem legitimamente opor-se ao poder constitucionalmente estabelecido, sempre que este não cumprir as suas funções principais: garantir estabilidade e segurança, e eficácia na proteção dos direitos fundamentais”.

José Luiz Borges Horta¹⁴⁶ destaca a teoria dos poderes, como afirmação ideológica do Legislativo, e, sobretudo, o direito de resistência da coletividade à tirania, como inovações do sistema constitucional lockeano.

O contratualismo de Locke, nas palavras de Miguel Reale¹⁴⁷, apoia-se na liberdade e na propriedade, ao asseverar: “O homem nasce livre, e é por ser livre que pode pactuar; de maneira que o contrato seria sempre condicionado pela liberdade e pela projeção da liberdade no mundo exterior, como fundamento da propriedade”.

O ponto de partida da teoria de Jean-Jacques Rousseau sobre o contrato social, na mesma linha de Thomas Hobbes e John Locke, é o homem no estado de

¹⁴⁴ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2005, p. 202. “Existe em todo govêrno as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interêsse e a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o govêrno é necessariamente bom, e as diversidades existentes entre tais partes constituem os diversos govêrnos. Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas – e aqui é necessários estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisa ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juízes. A terceira é aquela que fornece a justiça”.

¹⁴⁵ MARTINS, *Contratualistas: John Locke, cit.*, p. 01.

¹⁴⁶ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 71-72. “O Estado e a ‘lei positiva (e não o monarca absoluto como em Hobbes)’, desse modo, tornam-se verdadeiros remédios ‘contra a insegurança e a ausência de paz, que tornaram intolerável o estado de natureza’. Na construção de uma teoria dos Poderes do Estado, John Locke trabalha a temática que a história, após Montesquieu, chamaria de separação de poderes; afirma Del Vecchio que Locke ‘construiu um verdadeiro sistema constitucional. Traça a teoria da divisão dos poderes, [...] expõe os direitos do povo como unidade e os direitos do cidadão como particulares’. Naturalmente, a Locke interessava não a construção científica da independência dos poderes, mas sim a afirmação ideológica do Legislativo – que havia convocado o novo Rei William d’Orange – como ‘o poder supremo em toda comunidade civil’. Digna de nota, ainda, é a grande inovação de Locke ao estabelecer, de modo inequívoco, o direito – que assiste à coletividade – de resistir à tirania e à opressão política. Aí, inscreve seu nome entre os grandes paladinos da insurreição e desobediência civis; ainda aqui, é Hobbes o opositor: ‘Locke estava bem consciente de que Hobbes [...] era o mais sério inimigo que ele teria de combater, e no Segundo tratado, que contém sua obra construtiva, está claro que ele tinha Hobbes muito em mente, ainda que se abstivesse de mencioná-lo nominalmente”.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 649.

natureza. Mas a concepção dele sobre a natureza humana nesse estágio diverge daquela traçada por Thomas Hobbes.

Para Rousseau¹⁴⁸, Hobbes não percebeu que a mesma causa que impede os selvagens de usar a razão também os impede de abusar de suas faculdades. Equivale a dizer:

Os selvagens não são maus, precisamente porque não sabem o que é ser bom. Com efeito, não é o desenvolvimento das luzes, nem o freio da lei, mas a calma das paixões e a ignorância do vício que os impedem de praticar o mal.

Ainda segundo Rousseau¹⁴⁹, Hobbes também não percebeu que “uma repugnância inata de ver seu semelhante sofrer” tempera a vontade que o homem no estado de natureza tem por seu bem estar.

Para o autor genebrês¹⁵⁰, “só o espírito da sociedade e a desigualdade que ela engendra modificam e alteram assim todas as nossas inclinações naturais”.

Essas percepções de Rousseau acerca da natureza humana parecem ser o fundamento para a expressão: “o homem natural é um homem bom”¹⁵¹, que lhe é atribuída e faz contraponto à visão forjada por Hobbes de que o homem é mau.

Por outro lado, o pensamento de Rousseau¹⁵² alinha-se ao de Hobbes e diverge do de Locke, quanto à inexistência de direitos no estado de natureza, sobretudo quando assinala: “a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. Não obstante, este direito não provém da Natureza; funda-se em convenções. Resta saber que convenções são estas”.

Rousseau¹⁵³ afirma que “nenhum homem tem autoridade sobre seus semelhantes, e desde que a força não produz direito, ficam as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens”. Mas o autor adverte: “renunciar à liberdade é

¹⁴⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Título original em francês: *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée para la loi naturelle*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 51.

¹⁴⁹ ROUSSEAU, *A origem da desigualdade entre os homens*, cit., p. 52.

¹⁵⁰ ROUSSEAU, *A origem da desigualdade entre os homens*, cit., p. 89.

¹⁵¹ REALE, *Filosofia do direito*, cit., p. 647.

¹⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social (princípios de direito político)*. Título do original francês: *Du contrat social*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, [19--], p. 37.

¹⁵³ ROUSSEAU, *O contrato social (princípios de direito político)*, cit., p. 41.

renunciar à qualidade de homem, aos direitos de humanidade e mesmo aos próprios deveres. Não há indenização possível para aquele que renuncia a tudo”. E conclui: “enfim, é uma convenção vã e contraditória estipular por um lado uma autoridade absoluta, doutro, uma obediência sem limites”¹⁵⁴.

Nas palavras de Rousseau¹⁵⁵, a união de forças entre os homens é a única maneira de sobrepujar as resistências do estado primitivo, mediante um pacto ou contrato social: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação, de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes”.

As cláusulas deste contrato, segundo Rousseau¹⁵⁶, reduzem-se a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é idêntica para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa aos outros.

Para António Manuel Martins¹⁵⁷, Rousseau “radicaliza o argumento contratualista, ao defender que determinadas capacidades do homem só podem ser desenvolvidas numa comunidade política organizada segundo princípios democráticos”.

Seguindo essa mesma lógica, Nina Ranieri¹⁵⁸, ao discorrer sobre as características do contratualismo rousseauiano, pontua que “o pacto social gira em torno da identidade entre vontade da maioria, vontade de todos e vontade legítima e justa”.

José Luiz Borges Horta¹⁵⁹, ao fazer alusão ao cerne do pensamento político de Hobbes, Locke e Rousseau, conclui:

Em Rousseau, no entanto, retorna-se ao modelo hobbesiano, ainda que de modo matizado; Rousseau constitui-se no outro vértice do triângulo contratualista, em que Locke inspira a democracia representativa,

¹⁵⁴ ROUSSEAU, *O contrato social (princípios de direito político)*, cit., p. 43.

¹⁵⁵ ROUSSEAU, *O contrato social (princípios de direito político)*, cit., p. 48.

¹⁵⁶ ROUSSEAU, *O contrato social (princípios de direito político)*, cit., p. 49.

¹⁵⁷ MARTINS, António Manuel. *Os contratualistas: Jean Jacques Rousseau*. Disponível em <<http://saojose.palotinas.com.br/files/media/JEAN%20JACQUES%20ROUSSEAU.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.

¹⁵⁸ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 246.

¹⁵⁹ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 73.

enquanto a Hobbes imputa-se a paternidade do autoritarismo, e ao Genebrês, a precessão das teses antirrepresentativistas – é o teórico radical da democracia, talvez mal interpretado como fator da ‘democracia totalitária’.

Para António Manuel Martins¹⁶⁰:

O contrato social de Rousseau tem como conteúdo principal a alienação total à comunidade de cada um dos seus associados. Através dela, os indivíduos deixam o estado de natureza para se submeterem incondicionalmente a uma instância de soberania absoluta. A comunidade que celebra este contrato é um agregado de indivíduos, mas o resultado do contrato é uma sociedade política com uma vontade geral una. O contrato torna-se um momento privilegiado do processo de humanização e um lugar de conversão. Onde antes havia indivíduos mais ou menos astutos e egoístas, passa a haver cidadãos e patriotas. A vontade geral tem como objeto o bem comum e caracteriza-se por ser inalienável, irrepresentável, indivisível e infalível.

O Estado resultante do contrato social de inspiração rousseauiana, conforme assinala Nina Ranieri¹⁶¹, “é o corpo social de extração democrática no qual se concretiza a vontade geral. Sua função é assegurar o respeito à vontade comum, assim como a conservação dos indivíduos e dos seus bens”.

No mesmo diapasão, José Luiz Borges Horta¹⁶² lembra que Rousseau apresenta uma nova concepção de “Estado, representando a vertente democratista do liberalismo, que por vias transversas influenciou os totalitarismos (desde o Terror até o marxismo-leninismo), mas também o próprio filósofo síntese do liberalismo, Immanuel Kant”.

Karl Loewenstein¹⁶³ aduz que a vontade geral de Rousseau é tão despótica quanto o Leviatã de Hobbes, por não aceitar dissensão, neste trecho:

[...] Rousseau elevó la libertad, creada y garantizada por la voluntad general, a valor supremo. En constante lucha para intentar superar la antinomia entre la sociedad y el individuo, Rousseau no encontró en su sistema totalitario de la voluntad general ningún lugar para las libertades individuales, y pareció habersele escapado completamente que la libertad sería aniquilada radicalmente cuando el todopoderoso Leviatán de Hobbes fuese substituido por la no menos despótica voluntad general, incapaz de tolerar la oposición.

¹⁶⁰ MARTINS, *Os contratualistas*: Jean Jacques Rousseau, *cit.*

¹⁶¹ RANIERI, *Teoria do estado*: do estado de direito ao estado democrático de direito, *cit.*, p. 247.

¹⁶² HORTA, *História do estado de direito*, *cit.*, p. 74.

¹⁶³ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, *cit.*, p. 394.

Gabrielle Radica¹⁶⁴ registra que:

Rousseau pode ser considerado como um pensador da democracia devido ao seu pensamento original e corajoso acerca do tema da soberania popular. O governo é encarregado da execução das leis, isso é correto, mas o soberano se encarrega de sua confecção e validação.

Liberalismo, como se extrai do dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano¹⁶⁵,

É a doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na modernidade e pode ser dividida em duas fases: 1ª do século XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2ª do século XIX, caracterizada pelo estatismo.

Para Andrew Heywood¹⁶⁶, “o liberalismo não é apenas uma ideologia, mas uma ‘meta-ideologia’, isto é, um conjunto de regras que estabelece de que modo o debate político e ideológico pode ocorrer”. Ainda para o autor, o liberalismo, a despeito de favorecer claramente a abertura, o debate e a autodeterminação, “é caracterizado por um firme propósito moral”. Essa postura moral e ideológica “é incorporada no compromisso com um conjunto específico de valores e crenças”, representados, primordialmente, pelo indivíduo, pela liberdade, pela razão, pela justiça, pela tolerância.

O liberalismo, nas palavras de Bobbio¹⁶⁷, é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção que representa o primeiro é Estado de Direito; noção corrente que representa o segundo é Estado mínimo. O Estado de Direito em sentido forte, próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder.

Nina Ranieri¹⁶⁸ pontua que, na acepção política e jurídica, liberalismo significa “império da lei e Estado constitucional; nessa acepção, seu sentido se articula em torno da liberdade como liberdade política e não de livre comércio ou de livre mercado”.

¹⁶⁴ RADICA, Gabrielle. *O povo como soberano: Rousseau, um pensador democrático?* Tradução de Cláudio Souza. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4897&secao=415> . Acesso em 19 de setembro de 2014.

¹⁶⁵ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia, cit.*, p. 696.

¹⁶⁶ HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Tradução de Janaína Marcoantonio e Mariane Janikian. 1. ed. 1. impr. São Paulo: Ática, 2010, p. 40.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 17-19.

¹⁶⁸ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito, cit.*, p. 252-253.

Do comentário de Andrew Heywood¹⁶⁹ acerca do governo constitucional, ressaltamos que os liberais, embora convencidos da necessidade de governo, têm plena consciência dos riscos que este representa, principalmente porque, para eles, a combinação de egoísmo e poder resulta em corrupção. Em razão disso, conclui o autor:

Os liberais, portanto, temem o governo arbitrário e defendem o princípio de um governo limitado. O governo pode ser limitado ou “domesticado”, por meio de restrições constitucionais e [...] por meio da **democracia**.

As teorias de Locke e Rousseau, a propósito, consignam que a lei é fator preponderante para a manutenção da liberdade. Para Locke, “[...] a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente pela qual viva, comum a todos os membros dessa sociedade e feita pelo poder legislativo nela erigido [...]”¹⁷⁰, ou “[...] onde não há lei, não existe liberdade”¹⁷¹. Liberdade, para Rousseau¹⁷², é “a obediência à lei que a cada um de nós se prescreve”.

Feito esse delineamento sobre os fundamentos do Estado moderno constitucional, na sequência, serão minudenciadas as principais características e os fatores determinantes para o surgimento de seus três paradigmas, quais sejam: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito e Estado democrático de Direito. Será dada ênfase, ainda, à correspondente geração ou dimensão de direitos fundamentais que cada um desses paradigmas pretende reconhecer, garantir e efetivar.

2.2.1 Estado liberal de Direito

O surgimento do Estado liberal de Direito representa o momento da história do Estado moderno constitucional em que ocorreu verdadeira ruptura ou libertação do modelo anterior, até então representado pela monarquia absolutista, cujo símbolo é o reinado de Luís XIV na França, também chamado de Rei Sol, a quem é atribuída, embora haja discordância, a célebre frase “L’État c’est moi” (O Estado sou eu).

¹⁶⁹ HEYWOOD, *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*, *cit.*, p. 50.

¹⁷⁰ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 41.

¹⁷¹ LOCKE, Segundo tratado sobre o governo, *cit.*, p. 56.

¹⁷² ROUSSEAU, *O contrato social (princípios de direito político)*, *cit.*, p. 54.

Paulo Bonavides¹⁷³ registra que essa ruptura foi deveras marcante e emblemática, porque ocorreu,

[...] pela vez primeira na história dos povos, a universalização do princípio político. Não foram unicamente quebrantadas as instituições feudais e as hierarquias que sacralizavam a tradição e o passado, senão que se construiu ou se intentou construir, sobre esferas ideais, para um aporfiar de libertação, menos a *polis* deste ou daquele povo, mas a de todo o gênero humano; *polis* cujos alicerces, posto que ainda abstratos, não foram outros senão a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Essa mudança de paradigma estatal configura vitória estratégica da sociedade, máxime da burguesia¹⁷⁴, que fez triunfar, segundo se depreende das palavras de Karl Loewenstein¹⁷⁵, a trilogia clássica das liberdades individuais que cobriam completamente as crenças religiosas, as necessidades econômicas e os objetivos políticos da classe média burguesa que, no começo da Revolução industrial, se assentava firmemente no poder.

O Estado liberal de Direito exsurge desse contexto político, “de rejeição revolucionária ao absolutismo”, e econômico, “de evidente transformação nos modos de produção e nas classes dirigentes”, influenciado, sobretudo, pelo liberalismo político e pelo liberalismo econômico¹⁷⁶. Eis os pressupostos filosóficos para o nascimento do Estado liberal de Direito, os quais, como se demonstrou, norteiam as ideias centrais das doutrinas ou teorias fundantes dessa forma de organização da sociedade.

O liberalismo econômico é a teoria defendida “pela escola fisiocrática, que combate a intervenção do Estado nos assuntos econômicos e quer que estes sigam exclusivamente seu curso natural”¹⁷⁷, e pela escola clássica liberal de Adam Smith.

Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁷⁸ aduz que a fundamentação econômica do Estado liberal de Direito é fruto direto do liberalismo econômico, bem como das ideias de Adam Smith, mormente sua teoria da “mão invisível”, que busca a realização dos anseios individuais, em ambientes propícios ao devido processo competitivo

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

¹⁷⁴ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, cit., p. 79-80, “a burguesia apresentava suas aspirações como se fossem reivindicações de toda a sociedade face ao Estado, e, na medida em que se traduziam em proteção efetiva contra as arbitrariedades do Estado, os direitos fundamentais eram, potencialmente, uma conquista de toda a sociedade”.

¹⁷⁵ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, cit., p. 395.

¹⁷⁶ DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, cit., p. 200.

¹⁷⁷ ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 696.

¹⁷⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44.

mercadológico, levaria a realização do bem-estar econômico e, por corolário, na consecução do bem-estar social, uma vez que todos teriam acesso aos bens essenciais para o sustento digno da vida em sociedade.

Sobre a teoria da “mão invisível”, Adam Smith¹⁷⁹ esclarece:

[...] cada indivíduo [...] não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo [...], ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções.

O liberalismo político consiste na limitação jurídica do poder estatal, mediante a instauração e consolidação do Estado moderno constitucional, que se funda na divisão dos poderes ou das funções do Estado, império da lei, princípio da legalidade, e na garantia e proteção dos direitos fundamentais.

A esse respeito, Jorge Miranda¹⁸⁰ salienta:

O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, [...] desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos.

François Ost¹⁸¹ afirma que o Estado moderno é identificado como “Estado protetor” e que, no século XIX, “esta proteção assumirá a forma mínima da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal deixando para a esfera privada a gestão das condições materiais de existência”.

Descortinando outra senda, Nina Ranieri¹⁸² também diz que o Estado liberal é protetor dos direitos individuais, o que leva o cidadão a participar da vida pública, além de ser um Estado representativo, no qual “o governo é exercido por representantes dos titulares do poder (o povo, a nação ou a coletividade)”.

¹⁷⁹ SMITH, Adam. Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. In: *A riqueza das nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. II, São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 65.

¹⁸⁰ MIRANDA, *Teoria do estado e da constituição*, cit., p. 162-163.

¹⁸¹ OST, *O tempo do direito*, cit., p. 317.

¹⁸² RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 46.

Para Jorge Reis Novais¹⁸³, a garantia e a proteção dos direitos fundamentais individuais pelo Estado liberal de Direito têm fundamento na ideia de que, na essência, esses direitos são de natureza pré e supra estatal, em especial, nesta passagem:

Neste caráter dos direitos fundamentais radica o último sentido da limitação do Estado, já que, quando se obriga a respeitar e garantir os direitos, o Estado reconhece-os como anteriores e superiores a si próprio, como verdadeiros limites indisponíveis em cuja reserva só pode penetrar, como diz Schmitt, em quantidade mensurável e só de acordo com procedimentos pré-estabelecidos. Quando as constituições do liberalismo e as respectivas Declarações de Direitos consagram as liberdades individuais tal não significa que o poder soberano concede direitos originários aos particulares, mas tão só que reconhece juridicamente os direitos originários dos homens e os proclama solenemente com a finalidade de melhor os garantir.

Bobbio¹⁸⁴ registra que tais direitos “constituem limites à validade material do Estado. Enquanto tais, são diferentes dos limites anteriormente considerados, pois não dizem respeito tanto à quantidade do poder, mas à sua extensão”.

Ao discorrer sobre a conotação do valor liberdade no âmbito do Estado de Direito e da democracia, Canotilho¹⁸⁵ assere: “No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que ‘curva’ o poder”.

A liberdade no Estado liberal de Direito é representada pelo direito de o cidadão agir sem intervenção do Estado, mas com responsabilidade ou consciência relacional, pois o homem reconhece-se e realiza-se na relação com os outros seres humanos. Eis a “liberdade ética”, a que se refere Paulo Bonavides¹⁸⁶.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão pressupõem a “separação entre o Estado e a Sociedade”¹⁸⁷, na medida em que tais direitos proporcionam a coexistência de um campo de liberdade do indivíduo em relação ao Estado, o que possibilita ao cidadão exigir uma obrigação negativa para impedir a interferência estatal na

¹⁸³ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito, cit.*, p. 76-77.

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 100.

¹⁸⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.*, p. 99.

¹⁸⁶ BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social, cit.*, p. 61.

¹⁸⁷ CAETANO, *Manual de ciência política e direito constitucional, cit.*, p. 325.

sua liberdade individual¹⁸⁸. É dizer, esses direitos são da titularidade dos indivíduos e representam resistência ou oposição em face do Estado¹⁸⁹.

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se, nas palavras de Paulo Bonavides¹⁹⁰, aos direitos civis e políticos, que “já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”.

José Luiz Borges Horta¹⁹¹ arrola os seguintes direitos fundamentais individuais: direito à vida, direito à integridade, direito à liberdade, direito à propriedade, direito à honra, direito à segurança, direito de igualdade, mas esse elenco não constitui rol taxativo, apenas exemplificativo.

O autor¹⁹² destaca a importância das liberdades políticas na configuração do Estado liberal de Direito, consubstanciadas nos direitos políticos (direito de votar, direito de ser votado, direito de resistência, direito de destituição, direito de organização e filiação partidária). E mais, enfatiza a característica dinâmica e cumulativa dos direitos fundamentais, que têm papel decisivo na evolução do próprio Estado de Direito: “os direitos fundamentais são os centros teleológicos de todo o ordenamento jurídico”¹⁹³.

Com o advento do Estado liberal, no século XIX, que tem entre suas características reduzir e controlar o poder e os gastos dos governantes, a figura do Estado Orçamentário¹⁹⁴ e a maior parte dos tribunais de contas emergem pelo mundo. Por exemplo, o Tribunal de Contas da França foi criado em 1807 (*Cour des Comptes*), o da Itália

¹⁸⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Os direitos individuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 99, jul./set. de 1988, p. 140. “Diante dos direitos individuais a atitude do Estado é de respeito. É a omissão como regra de comportamento. Significa para o Estado um não fazer”.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 582.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581-582.

¹⁹¹ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 106.

¹⁹² HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 107.

¹⁹³ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 109.

¹⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 137-138. Segundo esclarece o autor, Estado Orçamentário é “a particular dimensão do Estado de Direito apoiada nas receitas, especialmente a tributária, como instrumento de realização das despesas”. E mais: “com o advento do liberalismo e das grandes revoluções é que se constitui plenamente o Estado Orçamentário, pelo aumento das receitas e despesas públicas e pela constitucionalização do orçamento na França, nos Estados Unidos e no Brasil (art. 172 da Constituição de 1824)”.

em 1862 (*Corte di Conti*) e o da Bélgica em 1883¹⁹⁵. Antes, porém, alguns países já adotavam controles sobre as finanças dos monarcas, os quais podem ser considerados como os embriões dos Tribunais de Contas. Por exemplo, na Espanha, no reinado de Juan II, Rei de Castilla y León, foi criada a “Casa de Cuentas de Valladolid y la Contaduría Mayor de Cuentas”, antecedentes históricos do Tribunal de Contas espanhol¹⁹⁶. Na Prússia, desde 1714, século XVIII, havia um órgão de controle de contas, que “mais tarde viria a ser a corte de contas do *Reich* alemão”¹⁹⁷.

Nesse paradigma estatal, portanto, marcado pelo controle do poder e pelo absentismo, o que lhe rende o codinome de “estado mínimo”, o controle das finanças públicas ou o controle de contas, centra-se no controle da legalidade das despesas públicas, especialmente se os gastos estavam de acordo com o orçamento aprovado.

E, justamente pelo fato de não oferecer proteção concreta ao homem, consoante aduz Raul Machado Horta¹⁹⁸, o Estado liberal de Direito passou a ser criticado:

A crítica concentrava-se no seu individualismo político e reclamava a complementação dos direitos individuais, para que, atualizados em função de novas realidades, pudessem eles oferecer ao homem a proteção concreta que a norma abstrata e semântica da Constituição nem sempre proporciona. [...] Cumpria, agora, indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado. Há coisas que ele é obrigado a prestar. O reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo se completava no dever objetivo do Estado [...].

Para Karl Loewenstein¹⁹⁹, criaram-se núcleos de tensão no interior do Estado liberal de Direito, pois indivíduos menos favorecidos e grupos organizados passaram a exigir reconhecimento e efetiva proteção da classe dominante:

Los económicamente débiles exigieron protección contra los económicamente poderosos; necesitaban servicios públicos y medidas legislativas político-sociales para protegerse del hambre y de la miséria, de la enfermedad y de la incapacidad de trabajo por la edad. El azote del paro laboral tenía que ser eliminado. A esto hay que añadir que los

¹⁹⁵ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 64-67.

¹⁹⁶ Disponível em: <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

¹⁹⁷ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas, *cit.*, p. 37.

¹⁹⁸ HORTA, *Direito constitucional, cit.*, p. 187.

¹⁹⁹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 399.

grupos pluralistas organizados – sindicatos y asociaciones profesionales – habían exigido ser reconocidos como *partners* en el proceso económico; esto es particularmente significativo si se tiene en cuenta que estos grupos pluralistas habían sido desconocidos por la teoría liberal que, consecuentemente, no les había asignado ningún lugar en su esquema racional del proceso el poder.

As críticas ao formalismo do Estado liberal de Direito e as crescentes tensões sociais culminaram com o aparecimento de nova fase do Estado de Direito.

2.2.2 Estado social de Direito

O surgimento do Estado social de Direito não representou, no entanto, como ocorrera com o nascimento do Estado liberal de Direito, completa ruptura ou descolamento das ideias filosóficas de sustentação do paradigma estatal anterior.

A finalidade do Estado social de Direito – que também é identificado como Estado intervencionista, Estado providência, Estado de bem-estar ou *Welfare State* – é, além da garantia da liberdade, “a ampliação da igualdade em sentido social”²⁰⁰.

Nesse aspecto, Bobbio²⁰¹ lembra que “a passagem do estado liberal para o estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional”.

Para Jorge Miranda²⁰²:

O Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1º) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político, um objetivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político. Do que se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que

²⁰⁰ RANIERI, *Teoria do estado*: do estado de direito ao estado democrático de direito, *cit.*, p. 49.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 112.

²⁰² MIRANDA, *Teoria do estado e da constituição*, *cit.*, p. 40.

vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). Do que se trata é ainda, para tornar efetiva a tutela dos direitos fundamentais, de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição; e daí a afirmação de um princípio da constitucionalidade a acrescer ao princípio da legalidade da atividade administrativa e a instituição de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos.

Para garantir “direitos sociais em sentido lato (incluindo os direitos económicos, sociais e culturais)”²⁰³, a fim de melhorar as condições materiais e culturais de vida das pessoas, o Estado social passa a intervir no domínio económico e social²⁰⁴, abandonando a política de não intervenção própria do Estado liberal de Direito.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁵, depois da Segunda Guerra, o Estado social de Direito extrapola a tendência traçada pelo intervencionismo, porque “[...] faz predominar a concepção de que o Estado é como que uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente [...], apta a transformar a sociedade e o homem, tornando aquela mais justa, este mais feliz”.

Na visão de Nina Ranieri²⁰⁶, o Estado social de Direito se equipara ao Estado liberal de Direito, relativamente “ao império da lei, à divisão de Poderes e à expressa previsão constitucional de direitos individuais”, e que dele se distingue em razão de duas alterações principais:

a) substituição da posição absenteísta do Estado liberal por uma posição ativa, necessária à efetivação dos novos direitos de crédito reconhecidos aos indivíduos e traduzidos como poder de exigibilidade em face do Estado (saúde, proteção social, vida familiar normal, instrução e cultura, solidariedade nacional etc.); b) adição, à função liberal de aplicação vinculada da lei como norma geral e abstrata, por meio de autorizações, proibições, habilitações etc., da função de gestão direta de serviços públicos.

²⁰³ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, cit., p. 200.

²⁰⁴ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e constituição*, cit., p. 42.

²⁰⁵ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e constituição*, cit., p. 42.

²⁰⁶ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 49.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁷, o Estado social “continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão-somente. O seu conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo”. Vale dizer, a lei, elaborada em concordância, material e formal, com as normas e princípios constitucionais²⁰⁸, será instrumento para dar concretude às ações positivas que o Estado social deve prestar à sociedade, em oposição à liberdade formal perante a lei, característica do Estado liberal.

O Estado social de Direito, na visão de José Luiz Borges Horta²⁰⁹, tem fundamentos que se baseiam em ideias “nas mais das vezes contraditórias”, resultantes de “vetores distintos e peculiares”, pois “confluem de tendências socialistas, liberais, cristãs”²¹⁰, o que, portanto, o tornaria legatário do socialismo, do liberalismo e da democracia.

Da Revolução Mexicana, que se notabilizou pelo “sentido popular e social, incluindo o reformismo agrário”²¹¹, e da reconstrução da Europa, em virtude da devastação causada pela Primeira Guerra mundial, máxime da Alemanha²¹², movimentos históricos cujas ideias inspiraram o surgimento do Estado social, redundaram no aparecimento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

A Constituição de Weimar, além de paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra, é marco que separa o constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e o constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal e deixou na penumbra a Constituição do México de 1917²¹³.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e constituição, cit.*, p. 42.

²⁰⁸ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito, cit.*, p. 202.

²⁰⁹ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 131-132. “O Estado social, assim, seria legatário do socialismo, mas também do liberalismo e da democracia: ‘O Estado social de Direito [...] representa uma conquista política do socialismo democrático [...] ao impor ao Estado a realização de determinados fins materiais, que contribuam para uma reforma social e economicamente justa, em termos de justiça social, das condições de convivência. [...] Se aceita [...] um abandono do dogma do *laissez-faire* em favor de um intervencionismo dos poderes públicos no processo econômico tendente a um incremento constante da produção, que permita a garantir o pleno emprego e o aumento dos proventos do trabalho”.

²¹⁰ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 115-131.

²¹¹ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 122-123.

²¹² HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 122.

²¹³ HORTA, *Direito constitucional, cit.*, p. 190.

Do pensamento de Karl Loewenstein²¹⁴, também se depreende o ecletismo axiológico do Estado social de Direito destacado por José Luiz Borges Horta, quando o autor alemão discorre sobre o reconhecimento dos direitos socioeconômicos nas Constituições mexicana e de Weimar:

Fueron proclamados por primera vez, en la Constitución mexicana de 1917, que con alto salto se ahorró todo el camino para realizarlos: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una digna existencia a cada uno de sus ciudadanos. La Constitución de Weimar contribuyó esencialmente a popularizar y extender los derechos sociales; su catálogo de derechos fundamentales es una curiosa mezcla entre un colectivismo moderno y un liberalismo clásico.

Nessa ordem de ideias, ressei que os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão são os sociais, econômicos e culturais. No entanto, quando se trata de especificá-los ou enumerá-los, a questão ganha contornos diversificados, porquanto há dissensão doutrinária sobre a matéria²¹⁵.

Colhem-se de Loewenstein²¹⁶, como típicos direitos sociais, o direito ao trabalho e à proteção no caso de desemprego, salários mínimos, número máximo de horas de trabalho, férias remuneradas, suficiente tempo para descanso, direito de formar sindicatos, acesso às instituições de ensino, até de nível superior, o complexo que se conhece como legislação social e que compreende a proteção em caso de acidente de trabalho, assistência à velhice, à maternidade e benefícios para famílias numerosas.

José Luiz Quadros de Magalhães²¹⁷, quanto ao comportamento estatal diante dos direitos sociais, diz que o “Estado deve fazer, deve agir para satisfazer as pretensões e necessidades coletivas”. Relativamente à maneira de satisfação desses direitos, o autor assevera que “só poderão ser realizados coletivamente. Dizem respeito a condutas estatais

²¹⁴ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 401.

²¹⁵ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 160. “José Afonso da Silva, por exemplo, propõe falar-se em direito do homem trabalhador (o direito ao trabalho e demais direitos conexos) e direitos do homem consumidor (saúde, seguridade, educação, assistência etc). A formulação mais tradicional reconhece, com Salgado, a tríplice leitura de Bobbio, para quem, ‘sintetizando, os direitos sociais fundamentais são estes três: à instrução, ao trabalho, à saúde’. José Luiz Quadros de Magalhães apresenta um catálogo mais extenso: trabalho, seguridade (previdência, saúde e assistência), educação, cultura, lazer, segurança, transporte e habitação. Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se ainda ao desporto e ao turismo”.

²¹⁶ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 401.

²¹⁷ MAGALHÃES, *Os direitos individuais, cit.*, p. 140.

que têm como finalidade satisfazer as exigências do indivíduo inserido na sociedade” ou a “condutas devidas pelo Estado em relação ao grupo”.

Em razão desse desiderato do Estado social de Direito, o controle de contas começa a ganhar nova dimensão. É que surge a necessidade de fiscalizar não somente se os gastos públicos foram feitos em consonância com o orçamento aprovado pelo Legislativo, mas também se os recursos públicos, que advêm, na maior parte, da tributação, estão sendo alocados para, de fato, efetivar os direitos sociais e econômicos.

Jorge Reis Novais²¹⁸ ressalta que as regras da democracia política constituem “dimensão essencial do Estado social de Direito, a cujos valores e elementos surge indissociavelmente ligada”. Isso porque, com “a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático”, em que são reconhecidos os direitos políticos, sem os quais “a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada”.

A proposta de real reconhecimento dos direitos políticos e realização da dignidade da pessoa humana faz com que o Estado de Direito ganhe nova configuração, como Estado democrático de Direito, cujas principais características serão examinadas no tópico seguinte.

2.2.3 Estado democrático de Direito

Nessa esteira, longe de representar ruptura do paradigma anterior, o Estado democrático de Direito, que passou a ser “observado desde a segunda metade do século XX”²¹⁹, “emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare state*”²²⁰.

Em verdade, pode-se dizer que o Estado democrático de Direito constitui dimensão ou “desdobramento do constitucionalismo social (e muitos ainda falam em

²¹⁸ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, cit., p. 207.

²¹⁹ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, cit., p. 56.

²²⁰ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 205.

constitucionalismo social e democrático), como que a propor a extensão dos benefícios do Estado de Direito a toda a humanidade”²²¹.

Nina Ranieri²²² apresenta, como principais características do Estado democrático de Direito, a adoção de sistemas políticos democráticos; a supremacia da Constituição sobre a produção jurídica, a aplicação e a interpretação da lei ordinária; a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça previsto na Constituição; a irradiação do conteúdo de justiça por intermédio de princípios e valores por todo o sistema jurídico; a aplicação da incidência da Constituição, que alcança as relações privadas, e não somente os poderes públicos; a ampliação do reconhecimento e proteção dos direitos humanos, com valorização do indivíduo na esfera pública e na privada.

Essa nova conformação do Estado de Direito é resultado de transformações políticas, sociais e econômicas, sobretudo em função da “devastação ética gerada pelo mundo de extremos jurídico-políticos do século XX, e em especial de sua primeira metade”²²³, o que também contribuiu, sobremaneira, para render ao século XX o título de “o século do medo, do risco e da desesperança”²²⁴.

O segundo pós-guerra é considerado o divisor de águas da “consolidação do regime democrático, com a derrota militar dos regimes totalitários da Alemanha nacional-socialista e da Itália fascista”²²⁵. Podem ser mencionadas, ainda, como fatores para a consolidação da democracia, a fundação da ONU – Organização das Nações Unidas ou, simplesmente, NU – Nações Unidas, em 1945, para substituir a Liga das Nações, e a formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, com efeito, constitui documento emblemático e paradigmático para a história dos direitos humanos, uma vez que representa o marco jurídico da plenitude dos direitos individuais, por incorporá-los ao Direito Internacional²²⁶.

²²¹ HORTA, José Luiz Borges. Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 783-806, jul./set. 2012, p. 787.

²²² RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 56.

²²³ HORTA, Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico, *cit.*, p. 787.

²²⁴ HORTA, *História do estado de direito*, *cit.*, p. 170.

²²⁵ HORTA, *Direito constitucional*, *cit.*, p. 193.

²²⁶ HORTA, *Direito constitucional*, *cit.*, p. 201.

As mudanças que dão azo ao surgimento do novo paradigma estatal, a seu turno, originam-se, segundo José Afonso da Silva²²⁷, do fato de que “o Estado social de Direito [...] não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”. Por isso, o Estado democrático de Direito apresenta-se como Estado de Justiça material, “fundante de uma sociedade democrática, [...] que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção”.

A ampliação das garantias e dos direitos que assegurem e deem concretude à soberania popular – consubstanciada na democracia representativa e participativa – e à dignidade da pessoa humana, portanto, é a chave para conferir nova tessitura ao Estado de Direito.

Daí que, sem abandonar o perfil social, o Estado de Direito passa a adotar características realmente democratizantes, tornando mais abrangente e legítimo o ideal democrático que inspirou o surgimento desse paradigma estatal. A soberania popular, nessa perspectiva, não comporta significado de “simples domínio de uma maioria alcançada por eleições livres e honestas”, mas ao mesmo tempo de “proteção às minorias que defendem opiniões políticas impopulares”²²⁸. A dignidade humana constitui valor superior haurido de pensamento cristão fundado na fraternidade, com vistas a “provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos”²²⁹.

José Luiz Borges Horta²³⁰ aduz que “a fraternidade tem conexão direta com o tradicional brado *Liberté, Egalité, Fraternité, ou la Mort*, forjado no alvorecer do Estado de Direito”. Assim, a fraternidade, comparativamente à solidariedade, “parece traduzir melhor a ideia do reconhecimento do Outro como semelhante, ainda que diferente, ponto central do Estado democrático de Direito, como o concebemos”.

Para o autor²³¹, a Declaração Universal dos Direitos do Homem “preferiu a fraternidade”, que “exige a universalização do Estado de Direito”²³².

²²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 122.

²²⁸ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 407.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição da república de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 24.

²³⁰ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 193.

²³¹ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 194.

Nas palavras de Bobbio²³³, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva:

[...] universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos dos homens deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Ainda segundo Bobbio, todos os homens da Terra [...] adquiriram [...] a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado²³⁴.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, na compreensão de José Luiz Borges Horta, não é “mera carta de intenções: ‘A declaração é [...] uma lei constitucional, um direito e não um capítulo de filosofia política’”²³⁵.

A Constituição da Itália de 1947 e a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha Federal, de 1949, “refletindo a preocupação comum de proteger os direitos individuais, que se perderam e foram negados na experiência totalitária anterior, envolveram esses direitos com a enérgica cláusula constitucional de sua inviolabilidade”²³⁶, constituem representações icônicas do constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra, e inspiraram as Constituições que surgiram a partir do segundo pós-guerra, a exemplo da portuguesa de 1976, da espanhola de 1978 e da brasileira de 1988.

Em todas essas quatro constituições europeias, fruto do constitucionalismo do segundo pós-guerra, e na do Brasil, “há marcante positivação de normas de direitos

²³² HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 195. “(Não se trata de criar um Estado universal de Direito, mas um Estado universalista de Direito; cosmopolitismo e nacionalismo não podem ser contraditórios, já que é do patrimônio das culturas nacionais que se constrói o legado humano)”.

²³³ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 30.

²³⁴ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 128.

²³⁵ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 222.

²³⁶ HORTA, *Direito constitucional*, cit., p. 194. “A Lei Fundamental da Alemanha, que inicia o texto com especificação dos Direitos Fundamentais, afirma solenemente no seu art. 1º: ‘1. A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. 2. O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça do mundo’”.

fundamentais e princípios de justiça material, como expressões normativas dos valores sociais, sob fiscalização constitucional rígida pelos tribunais constitucionais”²³⁷.

A Constituição italiana de 1948 e a Constituição alemã de 1949 outorgaram a seus respectivos tribunais de contas autonomia constitucional, erigindo-os “como órgãos constitucionais de soberania”. A Constituição portuguesa de 1976, de forma explícita, conferiu ao Tribunal de Contas o mesmo *status* dos demais tribunais²³⁸. A Constituição espanhola de 1978 reconhece o Tribunal de Contas “como supremo órgão fiscalizador das contas e da gestão econômica do Estado”²³⁹.

Canotilho²⁴⁰ aduz que “a positivação jurídico-constitucional não ‘dissolve’ nem ‘consume’ quer o momento de *‘jusnaturalização’* quer as *raízes fundamentantes* dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”.

Também nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴¹ lembra que, no Estado democrático de Direito, o poder estatal não é preexistente à constituição e limitado *a posteriori* por esta, mas um poder com fundamento na constituição, devendo os seus atos considerar-se também, e em qualquer caso, constitucionalmente determinados.

Esse trecho, por sua vez, ressalta característica do constitucionalismo moderno de que “a Constituição tornou-se [...] o dispositivo fundamental para o controle do processo de poder”²⁴², a qual, por conseguinte, também é atributo do Estado democrático de Direito em que vigora a supremacia da Constituição²⁴³.

Para Paulo Bonavides²⁴⁴:

Com a Democracia participativa a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo, o poder

²³⁷ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 57.

²³⁸ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas, *cit.*, p. 59.

²³⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

²⁴⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, *cit.*, p. 378.

²⁴¹ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e constituição*, *cit.*, p. 66.

²⁴² LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, *cit.*, p. 149.

²⁴³ DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, *cit.*, p. 204-205. “Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema”.

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 58.

que ele não alienou em nenhuma assembleia ou órgão de representação, o poder que faz as leis, toma as decisões fundamentais e exercita uma vontade que é a sua, e não de outrem, porque vontade soberana não se delega senão na forma decadente da intermediação representativa dos corpos que legislam, segundo ponderava Rousseau, com absoluta carência de legitimidade em presença do vulto e significado e importância da matéria sujeita.

Os direitos acrescidos e garantidos pelo Estado democrático de Direito, os chamados direitos de terceira geração ou dimensão, são aqueles que consagram o valor fraternidade ou solidariedade.

José Luiz Borges Horta²⁴⁵ lembra que tais direitos têm certas particularidades, a começar pela titularidade:

“Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, [...] juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva”.

Paulo Bonavides²⁴⁶ também destaca a titularidade de natureza coletiva ou difusa própria dos direitos de terceira geração ou dimensão:

[...] um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Para Bobbio²⁴⁷, esses direitos formam “categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”. Mas o autor, em notas da introdução de sua obra “A Era dos Direitos”, destaca a literatura cada vez mais ampla sobre “os novos direitos” e “inclui entre esses direitos os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido, à comunicação”²⁴⁸.

²⁴⁵ HORTA, *História do estado de direito*, cit., p. 223.

²⁴⁶ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 587-588.

²⁴⁷ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 6.

²⁴⁸ BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 10.

Como se percebe do entendimento de José Luís Bolzan de Moraes²⁴⁹, além de terem como fundamento a fraternidade ou solidariedade, os direitos de terceira geração ou dimensão visam a proteger, até, as futuras gerações humanas, porquanto abarcam todos os seres humanos, mesmo os que um dia existirão, transpondo, dessa forma, o individualismo, próprio dos direitos de primeira dimensão, ou os interesses de grupos determinados, característica dos direitos de segunda dimensão.

Nas palavras de Nina Ranieri²⁵⁰, incluem-se nessa geração ou dimensão: o direito à paz (deduzido do art. 20, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, AGONU de 1966); o direito ao desenvolvimento (Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ONU de 1986); o direito ao meio ambiente (Declaração de Estocolmo de 1972 e Declaração do Rio de Janeiro de 1992); o direito ao patrimônio comum da humanidade (indiretamente, desde 1974, na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, em relação ao fundo do mar e subsolo); o direito à autodeterminação dos povos (plena afirmação no Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, art. 1º: “todos os povos têm direito à autodeterminação”), o direito à comunicação (objeto de várias manifestações da Unesco, a partir dos anos 1980).

Percebe-se, pelos exemplos coligidos, que os direitos de terceira geração ou dimensão, assim como os das dimensões anteriores, não constituem obra pronta e acabada, tendo em vista que são imanentes “da evolução do homem e do Estado”²⁵¹. Ou como lembra Bobbio: “Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los”²⁵².

Nesse diapasão, há autores que abrem novos catálogos de direitos fundamentais, classificando-os como direitos de quarta dimensão (direitos à proteção contra os avanços das tecnologias de comunicação e da biotecnologia²⁵³) ou, até, de

²⁴⁹ MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 166.

²⁵⁰ RANIERI, Nina. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 284.

²⁵¹ HORTA, *História do estado de direito*, *cit.*, p. 238.

²⁵² BOBBIO, *A era dos direitos*, *cit.*, p. 7.

²⁵³ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 285.

quinta dimensão (direito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida²⁵⁴, ou direito à paz²⁵⁵).

Na concepção de José Luiz Borges Horta²⁵⁶, as fases do Estado de Direito estão conectadas com as respectivas gerações dos direitos fundamentais e que, portanto, não há que se falar em uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais:

À luz da mutação histórica dos direitos fundamentais, fenômenos recentes são perfeitamente compreensíveis. Como o processo generacional é muito mais complexo que a simples idealização de direitos – interage com transformações fáticas e axiológicas, que reestruturam de modo amplo o Estado de Direito e o Direito (como ordenamento e como saber) – não há que falar-se em uma quarta ou uma quinta geração de direitos fundamentais; são apenas evoluções da tríplice geração.

O pensamento de Paulo Otero²⁵⁷ – de que a elasticidade ilimitada de direitos fundamentais provocaria diluição da “fundamentalidade”, o que restringiria a operatividade daqueles direitos realmente fundamentais e, paralelamente, ampliaria a esfera daqueles que carecem de tal “fundamentalidade” – parece convergir para essa conclusão esposada por José Luiz Borges Horta, no que concerne à classificação das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Não se olvide que “novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos; revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social”²⁵⁸. Exemplificando, o direito à propriedade (primeira dimensão) deve ser exercido

²⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 302.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo, *et al* (Orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 283-299.

²⁵⁶ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 230-231.

²⁵⁷ OTERO, Paulo. *A democracia totalitária - do estado totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001, p. 156. “[...] sabendo-se que não há uma elasticidade ilimitada de direitos fundamentais, um alargamento artificial de novos direitos fundamentais, especialmente através da ‘promoção’ constitucional de realidades dotadas de uma diferente natureza ou da qualificação legal como tais por força do princípio da não-tipicidade, provocará uma diluição da ‘fundamentalidade’ e cada direito, restringindo a operatividade daqueles que são verdadeiramente fundamentais e, ao mesmo tempo, ampliando a esfera daqueles que carecem de tal ‘fundamentalidade’”.

²⁵⁸ HORTA, *História do estado de direito, cit.*, p. 227-228.

com a observância das funções social (segunda dimensão) e ambiental (terceira dimensão)
259.

Segundo anota Nina Ranieri²⁶⁰, o Estado da primeira década do atual século, além de democrático, caracteriza-se por ser ainda, simultaneamente, internacional e constitucional de Direito:

Estado internacional, em razão da emergência do direito internacional público, sob a orientação dos valores das Nações Unidas, expressos na Carta de 1946 e na DUDH, de 1948, é delineado não como produto da globalização ou da regionalização, mas como um tipo de Estado moderno que compartilha valores no nível mundial. Estado constitucional de direito, devido aos valores e princípios de justiça que constituem o núcleo do modelo axiológico da Constituição como norma, possui possibilidade permanente de atualização do sistema jurídico diante das sociedades pluralistas contemporâneas.

Por todas essas peculiaridades, máxime a universalização dos direitos fundamentais, é nesse paradigma que o Tribunal de Contas se legitima e se consolida como órgão garantidor dos valores-político-constitucionais do Estado democrático de Direito, ou seja, porque exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, relativamente a um dos mais sensíveis aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é a gestão fiscal, como a disposição político-administrativa dos recursos subtraídos dos cidadãos de forma impositiva²⁶¹.

Com o Estado democrático de Direito e a correspondente categoria de direitos fundamentais garantidos ao homem sob a égide desse paradigma estatal, encerra-se a explanação sobre os principais aspectos das fases do Estado de Direito, as quais se correlacionam – como demonstrado – com os três momentos do constitucionalismo: o clássico (Estado liberal de Direito), o social (Estado social de Direito) e o democrático (Estado democrático de Direito) ²⁶².

²⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

²⁶⁰ RANIERI, *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*, *cit.*, p. 59.

²⁶¹ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas, *cit.*, p. 61.

²⁶² HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, *cit.*, p. 784.

Raul Machado Horta²⁶³ lembra, no entanto, que “a conquista e a defesa dos direitos individuais é uma tarefa diária, um esforço de todas as horas”.

Nas palavras de José Luiz Borges Horta²⁶⁴, constitucionalismo “é movimento de imaginação institucional e de concretização constitucional; compromete-se com a ordem constituída, mas inspira o permanente devir do Estado de Direito”. Trata-se de movimento dialético que está em contínua renovação: “é como a água: do céu vem, ao céu sobe, e de novo tem que descer à terra, em mudança eterna”²⁶⁵.

Essa dimensão prospectiva do constitucionalismo moderno constitui o assunto a ser abordado a seguir.

²⁶³ HORTA, *Direito constitucional, cit.*, p. 203.

²⁶⁴ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico, cit.*, p. 784.

²⁶⁵ GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Canto dos espíritos sobre as águas*. Disponível em <
<http://www.citador.pt/poemas/canto-dos-espíritos-sobre-as-aguas-johann-wolfgang-von-goethe>
>. Acesso em: 14 de dezembro de 2014.

3 DESAFIOS DO TEMPO PRESENTE: CONSTITUCIONALISMO ESTRATÉGICO E IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL

As expressões “constitucionalismo estratégico”, “imaginação institucional”²⁶⁶ e os correlatos conceitos são trabalhados por José Luiz Borges Horta, máxime nas reflexões consubstanciadas no ensaio “Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico”.

Nesse trabalho, que servirá de base para o desenvolvimento da temática deste tópico, o autor demonstra – a partir da história do constitucionalismo moderno, nas fases clássica, social e democrática (dimensão retrospectiva), e de conexões com as vicissitudes do cenário político-social do passado recente e do tempo presente –, o necessário surgimento de novo constitucionalismo, alinhado com as recentes dimensões estratégicas ocupadas pelo Brasil na contemporaneidade (dimensão prospectiva).

As dimensões retrospectiva e prospectiva do constitucionalismo moderno trazem à mente a frase citada por François Ost: “o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas”²⁶⁷.

Entre os acontecimentos, cuja força simbólica ou real contribui para o desencadeamento desse constitucionalismo estratégico, José Luiz Borges Horta²⁶⁸ cita a queda do muro de Berlim, que representa o “ocaso do socialismo real e o triunfo incontestável das democracias de mercado”. A retomada de negociações diplomáticas entre Estados Unidos e Cuba, no final de 2014, é a pá de cal no decadente socialismo.

Ainda assoma para o surgimento desse constitucionalismo, a ocorrência de fenômeno provocado por conservadores de todas as espécies e que tem duas faces contraditórias e complementares, ao mesmo tempo. De um lado desse fenômeno, mercado, economia de mercado, globalização, Nova Ordem Mundial, novo império, cosmopolitismo (como “forma renovada do imperialismo”), consenso de Washington e soberania difusa concorriam para o estabelecimento de “pensamento único, em escala

²⁶⁶ Sobre “imaginação institucional”, ver UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 159.

²⁶⁷ OST, *O tempo do direito*, cit., p. 10.

²⁶⁸ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 788.

global e total irresistibilidade”. Na outra face, a despolitização da vida e a desideologização da política, o que gerou a ocorrência de “esquerdas neoliberais”²⁶⁹.

No entanto, como ressalta José Luiz Borges Horta, Samuel Huntington, com a tese do choque de civilizações²⁷⁰, profligou o mito do imperialismo norte-estadunidense, mostrou a ingenuidade do cosmopolitismo, reabriu o debate mundial acerca de novos focos de poder (os BRIC, por exemplo), evidenciou o triunfal retorno da cultura ao palco das Humanidades, instaurou o respeito às diferenças entre povos e culturas, igualmente reconhecidas como civilizações.

Nesse contexto global, marcado pelo multiculturalismo, pela pluralidade de civilizações, pelo multilateralismo, em razão da emergência de mega-Estados, que se reafirmam como Estados-polos de suas civilizações, o autor destaca questão ligada à Europa e ao Islã, envolvendo unidade cultural. A unidade cultural do mundo islâmico vive em cheque, notadamente pelos incontáveis e constantes conflitos internos apoiados, não raro, pela mídia ocidental, como “as falaciosas primaveras árabes. [...] Parece ser fundamental às elites financeiras globais manter a civilização islâmica dividida em facções que se hostilizem em inúmeros fatores, até mesmo em relação à ortodoxia religiosa”²⁷¹.

O caso europeu é o oposto do islâmico. É que a Europa, no entorno da Alemanha, nação outrora “enfraquecida belicamente, culpabilizada moralmente, desunida pela Guerra Fria, mas já hoje o Estado-polo da Europa”²⁷², conseguiu (re) construir a unidade cultural europeia.

Segundo José Luiz Borges Horta, “este novo tempo é tributário, em larga escala, de uma profunda revolução tecnológica”, que permitiu ao mundo, somente com um clique, a “tomada de consciência das convergências mundiais em torno de problemas globais, das profundas diferenças verificadas entre culturas e civilizações”.

²⁶⁹ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 788-789.

²⁷⁰ Clóvis Rossi, em sua coluna *É o choque de civilizações?*, no jornal Folha de São Paulo de 8 de janeiro de 2015, faz incursões sobre possível correlação entre a teoria do choque de civilizações de Samuel P. Huntington e atentados ocorridos pelo mundo, entre os quais o ataque ao jornal satírico “Charlie Hebdo”, em Paris, no dia 7 de janeiro de 2015.

²⁷¹ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 792-793.

²⁷² HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 793.

Esses são os traços da sociedade pós-industrial, que é considerada, ao mesmo tempo, uma sociedade do conhecimento e da ignorância, da cultura e da incultura, da informação e da infoxicação²⁷³, “das múltiplas identidades e, ao mesmo tempo, defrontada com migrações inéditas, e suas consequências políticas, sociais e econômicas de difícil previsão”²⁷⁴. Sociedade do tempo presente que tende a organizar-se em grandes blocos ou alianças estratégicas, seja com desiderato econômico, como a União Europeia, Mercosul, ou conglomerados de grandes empresas, por exemplo as do ramo automobilístico²⁷⁵, seja com o objetivo de unir povos, culturas ou civilizações, Pan-Europeísmo, Pan-Islamismo, Pan-Africanismo, Pan-Eslavismo, Sul-Americanismo.

José Luiz Borges Horta²⁷⁶, no ensaio que serviu de base para o desenvolvimento deste tópico, apresenta demandas concretas para justificar a sua reflexão. Entre as demandas citadas pelo autor, destacamos a omissão constitucional em relação à globalização, pois a Constituição de 1988 não prevê “limitações à globalização econômica ou a ataques especulativos contra a economia brasileira”; a necessidade de a educação fundamental propiciar meios e condições para que os estudantes compreendam diferentes culturas e se comuniquem de fato em idiomas estratégicos para o protagonismo brasileiro, como o inglês e o castelhano (este o idioma oficial dos outros países sul-americanos).

As vicissitudes que balizam a ambiência global do tempo presente, aqui expostas em apertada síntese, constituem o pano de fundo para que José Luiz Borges Horta traga a lume a ideia da emergência de um constitucionalismo de dimensões estratégicas. Esse constitucionalismo estratégico exige um repensar político-institucional,

²⁷³ O físico espanhol Alfons Cornella cunhou o neologismo que soma informação com intoxicação em 1996: *infoxicação* pode ser o nome da epidemia transmitida por vírus de computador, presente em sites, blogs, e-mails, *Twitter*, *YouTube* e outras redes sociais — como *Facebook* e *LinkedIn*. O internauta padece de “infoxicação” quando recebe mais informações do que é capaz de processar. “No momento em que acaba de digerir algo, chega muito mais”, explica Alfons, que trocou a Física pela Infonomia, empresa cujo lema é “cada dia, uma ideia”, em entrevista ao *El País*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=755607>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

²⁷⁴ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 794.

²⁷⁵ Exemplos: Grupo Volkswagen: Volkswagen, Audi, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Man, Porsche, Scania, SEAT, Skoda; Grupo Fiat: Fiat, Abarth, Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Ferrari, Jeep, Maserati, Mopar; Grupo Tata Motors: Tata, Hispano, Jaguar, Land Rover.

²⁷⁶ HORTA, *Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico*, cit., p. 798.

com enfoque prospectivo ou visão para o futuro, de modo a identificar deficiências e imaginar possíveis soluções para equacioná-las.

Sob outra perspectiva ou em outras palavras, o constitucionalismo estratégico consiste, tomando como parâmetros elementos de conceitos de estratégia desenvolvidos para o âmbito das corporações empresariais, em ajustar o mais eficazmente possível o Estado e suas instituições às exigências políticas, econômicas, sociais ou culturais do ambiente no qual está inserido, por meio de ações racionais devidamente planejadas²⁷⁷.

Nessa linha de raciocínio, questão que está a merecer análise mais aprofundada dos constitucionalistas, teóricos e filósofos do Estado diz respeito ao real enquadramento constitucional do Tribunal de Contas, diante das transformações políticas, econômicas, sociais, culturais e dos desafios do tempo presente que se apresentam também ao controle externo da administração pública, ou controle de contas.

Ao longo desta primeira parte que ora se encerra, foi delineado, com a apresentação de seus principais aspectos, o contexto do constitucionalismo moderno no qual se insere o controle de contas, que, por constituir-se na fiscalização da gestão dos bens e recursos públicos, também representa técnica ou meio engendrado pelo Direito ou pelo constitucionalismo para limitar o poder político.

Passa-se, então, à segunda parte deste trabalho, a qual consiste na explanação sobre a teoria jurídica do controle de contas e a sua correlação com o Estado de Direito.

²⁷⁷ WHITTINGTON, Richard. *O que é estratégia*. Tradução de Maria Lúcia G. L. Rosa, Martha Malvezzi Leal, revisão técnica de Flávio Carvalho de Vasconcelos. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 01-05.

PARTE II – TEORIA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONTAS

Nesta segunda parte do trabalho, serão demonstrados os aspectos jurídicos inerentes ao controle de contas, que começa com a noção sobre a origem, o conceito e a abrangência de controle da administração pública.

Na sequência, serão vistas as formas de controle, a origem e a evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil, que inclui abordagens sobre a sua atual normatização constitucional, sua inserção na estrutura do Estado brasileiro e sua jurisdição, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como seu alcance, as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas, a modernização do controle de contas e proposições para seu aprimoramento.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ORIGEM, CONCEITO E ABRANGÊNCIA

O termo controle, no sentido etimológico, é originário da língua francesa, consoante anotado por estudiosos do Direito Administrativo, do Direito Financeiro e das Finanças Públicas, como, por exemplo, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi²⁷⁸, Luciano Ferraz²⁷⁹, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁸⁰, Salomão Ribas Junior²⁸¹.

Hely Lopes Meirelles²⁸² diz que, em razão da origem, o uso da palavra controle, empregada pela primeira vez por Seabra Fagundes, recebeu resistências entre os cultores do vernáculo, mas já se incorporou ao idioma pátrio. Odete Medauar²⁸³, na mesma linha, entende que o termo controle, considerada a pureza linguística, constitui galicismo²⁸⁴, mas que hoje integra o vocabulário usual. Na língua portuguesa, portanto, é assente e incontroverso, atualmente, o emprego do termo controle.

Mas em que consiste a atividade de controle?

²⁷⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

²⁷⁹ FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 74, nota de rodapé 9.

²⁸⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

²⁸¹ RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 272.

²⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 598. “A palavra controle é de origem francesa (contrôle) e, por isso, sempre encontrou resistências entre os cultores do vernáculo. Mas, por ser intraduzível e insubstituível no seu significado vulgar ou técnico, incorporou-se definitivamente em nosso idioma, já constando dos modernos dicionários da Língua Portuguesa nas suas várias acepções. E, no Direito pátrio, o vocábulo controle foi introduzido e consagrado por Seabra Fagundes desde a publicação de sua insuperável monografia *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (1ª ed., 1941)”.

²⁸³ MEDAUAR, *Controle da administração pública, cit.*, p. 19. “O termo controle é um galicismo, se considerado sob o ângulo da pureza linguística, mas hoje integra o vocabulário usual. Segundo Bergeron, no dicionário Quillet são atribuídos os seguintes significados ao termo *rôle*: a) peça de pergaminho mais ou menos longa, enrolada ou não, sobre a qual se escreviam os atos, os títulos; b) registro oficial em que se escrevem nomes; c) no âmbito da marinha, o *rôle* de uma equipagem é a lista do estado civil da equipagem. O *contre-rôle* é o registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados; a expressão foi abreviada, resultando no termo controle. Essa mesma origem da palavra vem indicada por G. A. Vanni no trabalho ‘*Organizzazione degli uffici finanziari*’”.

²⁸⁴ KOOGAN; HOUAISS; *Enciclopédia e dicionário ilustrado, cit.*, p. 730. “GALICISMO s. m. Palavra, locução ou construção peculiar à língua francesa”.

Partindo do senso comum, o controle existe desde que o mundo é mundo. No início, o controle circunscrevia-se às propriedades particulares. Por exemplo, para controlar o rebanho de gado, nos primórdios, o homem utilizava o que se chama em matemática da correspondência um a um. Ou seja, para cada cabeça de gado, o homem fazia uma correspondência, que podia ser com uma pedra, um nó em uma corda ou um risco no chão ou em um pedaço de madeira. Dessa forma, quando levava o rebanho para pastorear pela manhã, o homem colocava, dentro de um embornal, uma pedra para cada cabeça de gado. Ao final do dia, quando retornava do pasto, à medida que o gado entrava no curral ia retirando as pedras do depósito. Assim, o homem controlava seu rebanho.

Esse prosaico exemplo mostra que o controle constitui etapa ou fase do procedimento ou processo de administrar qualquer recurso para o atingimento de uma meta. O controle da administração pública, como não poderia ser diferente, também existe desde os primórdios, mas se desenvolve e se fortifica, *pari passu*, com o Estado, máxime no Estado de Direito.

Segundo Antônio Lopes de Sá²⁸⁵, que se baseia na clássica lição de Jules Henri Fayol, o estudo da administração não pode prescindir de observar a divisão: previsão, organização, comando, coordenação e controle²⁸⁶.

A respeito do controle, o mesmo autor entende que se trata de uma das cinco funções fundamentais estabelecidas por Jules Henri Fayol para definir a administração racional, cuja finalidade principal é verificar se os fatos se passaram em conformidade ao que foi estabelecido ou planejado.

Na mesma toada, Antônio César Amaru Maximiano²⁸⁷ conceitua administração como sendo o processo de tomar decisões sobre objetivos e utilização de recursos, o qual abrange cinco tipos principais de decisões, também chamadas processos ou funções: planejamento, organização, liderança, execução e controle.

²⁸⁵ SÁ, Antônio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de. *Dicionário de contabilidade*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7/104.

²⁸⁶ Esse parágrafo e os três seguintes foram extraídos de: DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. Roteiro do protagonista do SRP: as competências do órgão gerenciador previstas no Decreto nº 7.892, de 23.01.2013. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Registro de Preços: análise da Lei nº 8.666/93, do Decreto Federal nº 7.892/13 e de outros atos normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 56-57.

²⁸⁷ MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

O Direito Administrativo não é refratário aos fundamentos da Ciência da Administração, como não poderia ser diferente. Paulo Otero²⁸⁸ entende que o conceito de administrar comporta três elementos estruturantes: administrar é uma tarefa humana inserida numa organização; administrar envolve gestão de recursos; administrar visa à satisfação de interesses que pertencem à pessoa diferente daquele de quem administra.

Como se depreende dos conceitos colacionados, as atividades inerentes à administração comportam gama bastante ampla de tarefas, atos, procedimentos e rotinas para que sejam levadas a termo com sucesso, constituindo-se o controle um dos processos ou funções conseqüentes da atividade administrativa.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi²⁸⁹ lembra que o controle não é “uma figura *juris* típica de Direito Administrativo, mas de Ciência da Administração”. Sua origem remonta, historicamente, à Administração fiscal medieval, cujas conotações, por óbvio, eram diversas das atuais. O controle surgiu “séculos antes do nascimento jurídico da disciplina jurídica Direito Administrativo, instituída em Paris, no início do século XIX”.

Nesse sentido, Jean-Marc Daniel²⁹⁰ anota que:

Os primeiros textos a fazer referências à economia política eram textos que qualificaríamos, hoje, de tratados de finanças públicas. Tratava-se de fazer proposições e recomendações ao Príncipe sobre a gestão do Estado no sentido estrito do termo, essencialmente para evitar que ele falisse, ou, para empregar o termo preciso a este respeito, que ele entrasse em bancarrota.

De acordo com o Ministro Valmir Campelo²⁹¹, à época presidente do Tribunal de Contas da União - TCU, em conferência proferida no Encontro Luso-Brasileiro de

²⁸⁸ OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Volume 1, Coimbra: Almedina, 2013, p. 20-21. “(i) Primeiro: administrar é uma tarefa humana inserida numa organização — tudo aquilo que existe na sociedade existe em função da pessoa humana; (ii) Segundo: administrar envolve a gestão de recursos (*v.g.*, humanos, técnicos, financeiros, materiais, imateriais), sendo possível de compreender as seguintes tarefas: (1) planejar — administrar obedece a uma estratégia ou a um plano; (2) organizar — administrar significa dispor os meios existentes de forma mais apta à prossecução dos propósitos definidos; (3) conformar — administrar determina uma intervenção sobre a realidade material existente; (4) controlar — administrar pressupõe fiscalizar o que foi feito ou deveria ter sido feito; (5) informar — administrar é também comunicar, tornando-se a informação condição de eficácia ou sucesso das decisões; (iii) Terceiro: administrar visa à satisfação de interesses que pertencem à pessoa diferente daquele que os administra — há aqui uma ideia de função vicarial a cargo da administração ou o exercício de poderes da natureza fiduciária”.

²⁸⁹ GUALAZZI, *Regime jurídico dos tribunais de contas*, *cit.*, p. 23.

²⁹⁰ DANIEL, Jean-Marc. *8 lições de história económica: crescimento, crise financeira, reforma fiscal, despesa pública*. Tradução de Jorge Costa. Revisão Pedro Bernardo. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 2013, p. 17.

Tribunais de Contas, realizado no Estoril, Portugal, de 19 a 21 de março de 2003, a modalidade de controle das finanças públicas remonta à Antiguidade. Para esse autor, no Egito, 3.200 anos antes de Cristo, a arrecadação de tributos já era controlada por escribas. O Código de Manu já trazia normas de administração financeira e de fiscalização para a Índia, treze séculos antes de Cristo. Em Atenas, as contas dos administradores públicos eram julgadas por uma corte composta de dez logistas. Em Roma, o Senado, com o apoio dos questores, fiscalizava o uso dos recursos do Tesouro.

Aristóteles²⁹² defendia a existência do controle das magistraturas que usavam dinheiro público e, por conseguinte, vaticinava sobre a necessidade de um órgão autônomo para desempenhar tal função:

Como algumas magistraturas, porém, para não dizer que são todas, possuem o controle dos dinheiros públicos, é obrigatório que exista uma outra autoridade para receber e verificar as contas, sem que ela mesma tenha o encargo de outra qualquer função. Os magistrados que a desempenham chamam-se controladores, examinadores, verificadores, inspetores.

Valmir Campelo²⁹³ conclui que:

Contudo, é com o surgimento dos Estados modernos que o controle das finanças públicas passou a ser executado de forma sistemática e técnica, graças à constituição de órgãos especializados.

Com efeito, o controle externo da administração pública, como demonstrado nas seções da primeira parte deste trabalho, é ínsito ao Estado de Direito, que nasce da submissão do poder político, antes absoluto, ao Direito. “Limitar o poder: eis a síntese do controle”²⁹⁴.

E por que limitar o poder? Porque na democracia a liberdade consiste no direito de fazer o que a lei permite ou não proíbe. Se o homem fizer o que a lei proíbe, aí ele não terá liberdade, porque os outros homens teriam o mesmo poder²⁹⁵.

²⁹¹ CAMPELO, Valmir. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOUSA, Alfredo José de, *et al* (Coord.). *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 132.

²⁹² ARISTÓTELES, *A política, cit.*, p. 231.

²⁹³ CAMPELO, O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro, *cit.*, p. 132.

²⁹⁴ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência, cit.*, p. 33.

²⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Título original em francês: *L'esprit des lois*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, capítulo III.

Daí que, nas palavras de Montesquieu²⁹⁶, a democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder. Mas se trata de experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite. E, quem o diria, até a própria virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Esse é o fundamento de um dos símbolos da limitação do poder no Estado de Direito, a separação ou tripartição do Poder ou das funções do Estado²⁹⁷, teoria desenvolvida por Montesquieu, com a correspondente autocontenção, que recebeu aperfeiçoamentos dos federalistas norte-americanos²⁹⁸ (equilibrar a preponderância de um poder – ou função do Estado – sobre o outro) e que ficou conhecida como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A separação do poder ou das funções do Estado²⁹⁹ e a soberania popular participativa, como visto, são as características principais do Estado democrático de

²⁹⁶ MONTESQUIEU, *O espírito das leis, cit.*, p. 166.

²⁹⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29-30. “O poder do estado manifesta-se pelo exercício de variadas atividades, que podem ser classificadas por suas características fundamentais. A mais conhecida e importante classificação – sobretudo por seus efeitos práticos na organização do estado – é a que tipifica tais atividades em legislativas, administrativas e jurisdicionais. [...] Fala-se, pois, em função legislativa, função administrativa (ou executiva) e função jurisdicional. Mais comum, no entanto, é o emprego da expressão ‘poderes do estado’, em vez de funções. A rigor, trata-se de terminologia inadequada, pois o poder do estado é uno e indivisível, implicando, porém, como já registrado, o desenvolvimento de diversas atividades, agrupáveis nas três funções mencionadas”.

²⁹⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Título original em inglês: *The federalist*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 318-319. “Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permitem a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas esse mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo, para que se defenda; mas, o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente”.

²⁹⁹ José Alfredo de Oliveira Baracho, *in*: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26-73, apresenta entendimentos de diversos autores sobre o tema, e afirma que “o princípio político-constitucional da separação de poderes, tido como fundamental para o Estado Constitucional Democrático, sofreu diversas interpretações que influenciam o seu significado, tendo em vista as relações e conflitos que decorrem das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais”.

Direito, que tem como desiderato garantir a efetivação dos direitos fundamentais a toda a humanidade, ou seja, universalizar os direitos fundamentais.

Mas, como adverte José Casalta Nabais³⁰⁰, a concretude desses direitos tem um custo para o Estado: “realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais, não pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade”.

Ainda segundo José Casalta Nabais³⁰¹, disso decorre a natureza fiscal da maioria dos Estados contemporâneos:

Pois bem, olhando para o suporte financeiro do estado contemporâneo, o que vemos é um estado fiscal, um Estado que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro. O que, atenta a razão de ser do estado, que é a realização da pessoa humana, a realização da pessoa no respeito pela sua eminente dignidade humana, o estado fiscal não pode deixar de se configurar como um instrumento dessa realização. Porventura o instrumento que historicamente se revelou e continua a revelar como o mais adequado à materialização desse desiderato.

Isso reafirma e confirma o que já foi consignado: o controle da administração pública constitui meio engendrado pelo Direito para limitar o poder político e que esse controle se desenvolve, *pari passu*, com o Estado de Direito.

É que, embora já existisse no Estado liberal de Direito, a partir do Estado social de Direito, que passou a assegurar direitos sociais, para garantir existência digna ao homem, a necessidade do controle começa a ganhar importância para a sociedade. Mas é com o advento do Estado democrático de Direito, cujo desiderato é universalizar e ampliar o catálogo dos direitos fundamentais, que o controle da administração pública torna-se indispensável e ganha proeminência.

O controle constitui, portanto, condição *sine qua non*, ou seja, torna-se indispensável, não só para aferir o cumprimento dos princípios a que a Administração está adstrita para alocação dos recursos públicos, que são obtidos, na quase totalidade, pela tributação, como também, e, sobretudo, esse é o grande desafio do controle da administração pública na atual quadra, para verificar a efetivação dos direitos

³⁰⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175.

³⁰¹ NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade, cit.*, p. 179.

fundamentais, mediante a oportuna prestação de serviços públicos de qualidade, com observância, entre outros, dos princípios da legitimidade, economicidade, eficiência.

Com efeito, na atualidade, “o controle se insere ativamente no inesgotável processo de realização do interesse público”³⁰².

Na linha do que foi expandido, Luciano Ferraz³⁰³ aponta os elementos constituidores da ação do controle, fundamentando-se nas lições de Jules Henri Fayol: a) a atividade de controle tem como parâmetro os programas, as ordens (normas) e os princípios; b) o controle é o elemento da administração que concilia todos os elementos precedentes – planejamento, organização, comando e coordenação; c) objetiva detectar erros e falhas, evitando outras futuras ocorrências; d) dependendo da complexidade da atividade controlada, é necessário valer-se de controladores e inspetores especializados; e) o controle deve ser realizado em tempo hábil e, detectadas as falhas, os responsáveis devem sofrer as consequências; f) os responsáveis pelo controle devem possuir conhecimentos técnicos e isenção, no momento de realizar a sua atividade.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que o controle no âmbito da administração pública é uma via de mão dupla. Envolve o controle do Estado pela sociedade e da sociedade pelo Estado. É o controle vertical ou “*accountability*”³⁰⁴ vertical”. A outra mão dessa via é o controle do Estado pelo Estado e da sociedade pela sociedade. É o controle horizontal, também chamado de “*accountability* horizontal”.

Para Edna Dalmondes³⁰⁵:

A *accountability* vertical é o controle do Estado pela sociedade, e da sociedade pelo Estado. O controle da sociedade sobre o Estado envolve, principalmente, a dimensão eleitoral, requerendo mecanismos que permitem intervenções diretas por parte da sociedade, tanto para

³⁰² MEDAUAR, *Controle da administração pública*, cit., p. 50.

³⁰³ FERRAZ, *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*, cit., p. 73-74.

³⁰⁴ PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 43 (6), nov./dez. 2009, p. 1364. “Buscando o significado da palavra *accountability* em dicionários, justamente para apreender com maior precisão o que o termo significa em inglês e como tem sido traduzido para o português, constatou-se que o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo”.

³⁰⁵ DELMONDES, Edna. *A interação do tribunal de contas com o parlamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12-13.

reivindicar demandas como para fazer denúncias de certos atos das autoridades públicas, além de pressupor a existência de liberdade de opinião, de associação, imprensa, partidos políticos, como também dos tribunais de contas. Já o controle do Estado sobre a sociedade envolve a verificação do cumprimento das leis, a obediência civil e a ordem, e pressupõe um Estado potente para controlar as relações que se desenvolvem na sociedade. [...] A *accountability* horizontal é o controle da sociedade pela sociedade e do Estado pelo Estado. Esse último vai de um setor a outro da esfera pública e pode ser classificado em quatro diferentes mecanismos: a) o controle interno, ou controle administrativo, que se constitui em autocontrole, porquanto exercido pelos Poderes sobre seus próprios atos e agentes; b) o controle Legislativo, que se constitui no apoio ou rejeição às iniciativas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo; c) o controle pelo Tribunal de Contas, ou seja, o controle das contas públicas, em auxílio ao Legislativo; d) o controle pelo Judiciário, que objetiva coibir abusos na gestão do patrimônio e no exercício do poder por parte de autoridades.

Roberto Dromi³⁰⁶ destaca que todo sistema de controle se estrutura em quatro elementos do processo de fiscalização: 1) finalidade do controle (para que?): visa delimitar qual o objetivo do controle; 2) objeto e oportunidade do controle (que e quando?): objetiva definir o que será controlado e quando este controle deve ser exercido; 3) modo ou procedimento de controle (como?): busca definir como desempenhar a tarefa de exercitar o controle; 4) efeitos do controle (por quê?): por qual motivo realizar esta tarefa.

Dessa forma, pode-se conceituar controle da administração pública como as ações destinadas a verificar, examinar, sindicatar e supervisionar – de forma preventiva, concomitante ou posterior –, quanto aos aspectos de juridicidade e legitimidade, as atividades materiais, atos e decisões administrativas, mediante técnicas e métodos próprios e planejados de fiscalização, com a finalidade de vigilância, orientação e correção.

4.1 FORMAS DE CONTROLE

Em qualquer tipo de corporação, órgão ou entidade – pública ou privada –, podem ser verificadas duas formas basilares de controle, em relação à localização orgânica de quem realiza o controle, quais sejam: interno e externo. Junta-se a essas duas formas o

³⁰⁶ DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Buenos Aires: ABRN Producciones Gráficas, 2005, p. 38-39.

controle social, conforme será apresentado nesta ordem: controle interno, controle social e controle externo, para melhor encadeamento lógico das ideias.

4.1.1 Controle interno

O controle interno, como o próprio nome sugere, “é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração”. Dessa forma, o controle efetivado por qualquer dos poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário) ou por seus órgãos e entidades sobre seus servidores ou atos que pratiquem será interno³⁰⁷.

Essa forma de controle, em sentido lato, identifica-se com o controle administrativo. Nas palavras de Frederico Pardini³⁰⁸:

os três Poderes exercem controle administrativo; todos eles, de acordo com as suas peculiaridades, se autocontrolam e reveem os seus próprios atos administrativos.

Segundo Hely Lopes Meirelles³⁰⁹, “o controle administrativo deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes [...], pelo quê se caracteriza como controle interno”.

Na percepção de Odete Medauar³¹⁰, “o controle interno da Administração Pública é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe são vinculadas”.

Com base no exercício do controle interno, como lembram Hely Lopes Meirelles³¹¹ e Hélio Saul Mileski³¹², o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu o poder da Administração para anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, ou

³⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 600.

³⁰⁸ PARDINI, Frederico. *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997 (Tese de doutoramento em Direito), p. 19.

³⁰⁹ MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro, cit.*, p. 603.

³¹⁰ MEDAUAR, *Controle da administração pública, cit.*, p. 49.

³¹¹ MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro, cit.*, p. 603.

³¹² MILESKI, *O controle da gestão pública, cit.*, p. 172.

revogá-los, por questão de oportunidade ou conveniência administrativa, conforme ficou cristalizado nos enunciados das súmulas da jurisprudência nº 346³¹³ e 473³¹⁴.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³¹⁵ afirma que, na administração pública e mesmo entre os doutrinadores, existe certa confusão sobre autotutela e controle interno, haja vista que o controle interno é gênero em relação à autotutela:

Tecnicamente, controle interno é o gênero em relação à autotutela. Ao primeiro termo [controle interno] associa-se a noção de estrutura própria (recursos humanos e materiais), de um *sistema*. O segundo termo [autotutela] constitui uma prerrogativa, dever decorrente do princípio da eficiência, ao qual está jungida toda autoridade pública no sentido de verificar a correção dos atos que pratica ou por cuja função responde.

De fato, toda autoridade pública, para verificar a correção dos atos que pratica ou por cuja função responde, está adstrita a todas as regras e princípios jurídicos que regem a Administração, e não somente ao princípio da eficiência.

No que é pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o controle interno tem especificidades previstas há muitos anos na legislação brasileira. A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, já previa o controle interno da execução orçamentária pelo Poder Executivo nos arts. 76 a 80.

Também o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências, ampliou as formas e o alcance do controle interno, além de instituí-lo como um de seus princípios fundamentais.

A Constituição de 1967³¹⁶, no *caput* do art. 71, elevou o controle interno ao patamar constitucional, ao dispor que:

³¹³ Súmula 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

³¹⁴ Súmula 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.

³¹⁵ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, *cit.*, p. 54.

³¹⁶ *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Índice Ana Valderez A. N. de Alencar e Leyla Castello Banco Rangel. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 371.

a fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos em lei.

Para Pontes de Miranda³¹⁷, muito embora fosse função típica do Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário não estavam desobrigados de ter controle interno quanto àqueles órgãos administrativos que lhes correspondem.

O controle interno relacionado à fiscalização financeira e orçamentária, na Constituição de 1967, deveria ser exercido sob a forma de sistema. O controle interno, como sistema e para abranger todo o Poder Executivo, em linhas gerais, consistia numa estrutura organizacional, coordenada por um órgão central, regida por normas procedimentais e atividades próprias, para realizar ações típicas e planejadas de controle, tendentes a fiscalizar e verificar a correção dos atos sujeitos ao âmbito de sua atuação.

A Constituição de 1988 estendeu a necessidade da implantação de sistema de controle interno a todos os poderes constituídos, extinguindo o vácuo criado pela Constituição de 1967 e a possível polêmica sobre a obrigatoriedade de observância da norma constitucional pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

É que o art. 74 da Constituição de 1988, na Seção IX – que dispõe sobre as normas inerentes à fiscalização contábil, financeira e orçamentária –, estatui que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os 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; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Esse dispositivo constitucional é composto de dois parágrafos. No primeiro é fixada a possibilidade de responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle interno, caso não comuniquem ao Tribunal de Contas qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tenham conhecimento. No segundo, é garantida a qualquer cidadão,

³¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*: com a emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 241.

partido político, associação ou sindicato legitimidade para, na forma da lei, denunciarem irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas.

Como se depreende das disposições contidas no art. 74 da Constituição de 1988, as atribuições reservadas ao controle interno, no que se refere à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, são amplas e bastante relevantes, pois visam resguardar a boa e regular alocação dos recursos públicos.

Tais atribuições podem ser sistematizadas em cinco grupos: 1) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e dos orçamentos da respectiva entidade política (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios); 2) comprovar a legalidade da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e de recursos humanos dos órgãos da Administração Direta e das entidades da Administração indireta; 3) avaliar os resultados da gestão, quanto à eficiência e eficácia; 4) controlar as operações de crédito, avais, garantias, direitos e haveres da entidade estatal; e 5) apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional.

A relação entre controle interno e externo é, antes de tudo, de cooperação. No entanto, como visto, os responsáveis pelo controle interno podem ser responsabilizados solidariamente, caso não comuniquem ao Tribunal de Contas as ilegalidades ou irregularidades de que tomem conhecimento. Mas, na sistemática constante na Constituição de 1988, a eles não foram conferidas garantias mínimas para o exercício de tão relevante missão, o que será objeto de proposição no tópico que trata da modernização do controle externo a cargo do Tribunal de Contas.

Em *ultima ratio*, a atuação do controle interno é estratégica para o interesse público, que corresponde ao interesse coletivo primário, que, nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho³¹⁸:

i) quanto à sua estrutura, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando

³¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 111-112.

coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração; ii) quanto ao seu conteúdo, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: a) a juridicidade e a legalidade administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; b) a impessoalidade administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; c) a moralidade administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; d) a publicidade administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; e) a eficiência administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública.

4.1.2 Controle social

No âmbito do Estado democrático de Direito, não se pode olvidar, como forma de controle da administração pública, o controle social (*accountability* vertical), exercido pelo cidadão direta e individualmente, ou por meio de partidos políticos, associações, sindicatos.

Essa modalidade de controle, na visão de Hélio Saul Mileski³¹⁹, é complementar ao controle oficial; e, para fazer valer as suas constatações contra irregularidades praticadas, deve buscar a própria Administração para correção das falhas encontradas, representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou ao Ministério Público. O controle social pode, ainda, dar ensejo ao ajuizamento de ação popular.

Essa complementariedade pode ser justificada, em primeiro lugar, pela própria complexidade da atividade de controle. Segundo, porque nem sempre o cidadão dispõe de conhecimento ou mesmo de interesse para realizar o controle da administração pública.

³¹⁹ MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunal de contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 107-108.

Somente num mundo ideal, todos os cidadãos seriam diligentes e interessados em controlar a gestão dos bens e recursos públicos pelo Estado.

Nas palavras de Roberto Dromi³²⁰:

El control público no estatal procura, desde diversos ángulos, instaurar o reforzar la vigencia del Estado de Derecho, desde dentro del sistema, y acogién dose a sus reglas. Su finalidad es política desde una perspectiva mediata, en la medida que pretende la mejora en la calidad de vida de la sociedad política, pero no porque sea su objeto primario el gobierno del Estado.

É necessário, em razão disso, incentivar e criar meios para que o controle social se efetive. E, conforme lembra Alice Gonzales Borges³²¹:

Como instrumentos impulsionadores de toda essa indispensável ação dos poderes, a Constituição institucionalizou, de várias formas, e perante os três poderes, o controle participativo dos cidadãos.

É o que se verifica, por exemplo, nestes dispositivos constitucionais: art. 5º, incisos XIV e XXXIII – direito à informação; art. 5º, inciso XXXIV – direito de petição e de certidão em órgãos e entidades públicas; art. 5º, LXXIII – direito de propor ação popular; art. 74, § 2º – direito de denunciar, na forma da lei, irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

Atualmente, o controle social está ainda mais favorecido. Primeiro, em razão do uso, cada vez mais crescente, de avançadas ferramentas das tecnologias da informação (TI), sobretudo pela Administração Pública. Segundo, em razão das disposições trazidas pela Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, que acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Terceiro, pela edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas, conhecida por Lei de Acesso à Informação (LAI).

³²⁰ DROMI, *Modernización del control público*, cit., p. 44.

³²¹ BORGES, Alice Gonzales. O controle jurisdicional da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 49-60, abr./jun. de 1993, p. 50.

A Lei de Acesso à Informação, que entrou em vigor em 16 de maio de 2012, criou mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa – natural ou jurídica – receber informações públicas dos órgãos e entidades, fundados num conjunto de padrões estabelecidos com base nos melhores critérios e práticas internacionais.

Entre os princípios contidos na LAI, destacam-se: o acesso é a regra, o sigilo, a exceção (divulgação máxima); o requerente não precisa dizer por que e para que deseja a informação (não exigência de motivação); as hipóteses de sigilo são limitadas e legalmente estabelecidas (limitação de exceções); o fornecimento gratuito de informação, salvo custo de reprodução (gratuidade da informação); a divulgação proativa de informações de interesse coletivo e geral (transparência ativa); a criação de procedimentos e prazos de modo a facilitar o acesso à informação (transparência passiva).

Entretanto, é necessário maior conscientização dos cidadãos para que o controle social se faça atuante. Afinal de contas, “os avanços da cidadania, se têm a ver com a riqueza do país e a própria divisão de riquezas, dependem também da luta e das reivindicações, da ação concreta dos indivíduos”³²².

4.1.3 Controle externo

O controle externo, como é intuitivo, é aquele exercido por órgão estranho ou não integrante da estrutura do poder, órgão ou entidade controlada.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³²³ fala num sistema de controle externo:

conceituado como o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos.

E conclui o autor³²⁴:

³²² PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 13.

³²³ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, cit., p. 94.

³²⁴ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, cit., p. 94.

atento ao direito pátrio, é possível classificar o controle externo segundo a natureza do órgão que o exerce em: legislativo, judicial, e dos tribunais de contas. Só esses assumem a forma de sistema de controle externo.

O controle externo da administração pública brasileira, numa visão macroestrutural, compreende o controle legislativo direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas e o controle judicial³²⁵.

A respeito do controle judicial e do controle legislativo, a abordagem a seguir será feita de forma superficial, apenas para melhor encadear as ideias, considerando que o escopo deste trabalho cinge-se ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas.

Frederico Pardini³²⁶ aduz que o Judiciário controla os demais poderes, órgãos e entidades públicas, decidindo, de forma definitiva, sobre todas as questões jurídicas referentes a atos – ou omissões – que firam ou ameacem direitos de terceiros ou difusos, que lhe forem levados ao exame, nos limites e condições que a Lei determinar.

O controle judicial, diferentemente do controle legislativo e daquele exercido pelo Tribunal de Contas, que podem se realizados de ofício, somente ocorre mediante provocação e possui fundamento na Constituição de 1988, art. 5º, inciso XXXV, que estatui: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁷ arrola, entre as medidas judiciais típicas, que têm previsão constitucional, para intentar a correção das condutas da Administração Pública: o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança – individual e coletivo – (art. 5, LXIX e LXX), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III), e a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, e art. 103).

Além dessas, o cidadão pode utilizar-se daquelas medidas próprias do Direito Privado, dependendo do caso, como as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares.

³²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 164.

³²⁶ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, *cit.*, p. 19-20.

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, *cit.*, p. 171-174.

Relativamente ao controle legislativo, Frederico Pardini³²⁸ consigna que o Poder Legislativo:

mediante o constitucionalmente denominado ‘controle externo’, exerce controle sobre todas as atividades administrativas, onde quer que se localizem: Poderes, órgãos e entidades da administração indireta da mesma entidade federada.

De acordo com Odete Medauar³²⁹, o controle legislativo recebe, ainda, as denominações de *controle político* ou de *controle parlamentar*. Porém, a denominação controle legislativo dá ensejo a confusão, “pois pode dar a entender tratar-se de fiscalização exercida pela lei ou sobre atos normativos”. Para a autora, mais apropriada é a expressão controle parlamentar ou, ainda, controle exercido pelo Poder Legislativo, porquanto “revelam, de imediato, tratar-se de fiscalização exercida pelo Parlamento ou Poder Legislativo sobre a Administração”.

Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁰ divide o controle parlamentar em: controle parlamentar direto, exercido exclusivamente pelo legislativo, e controle financeiro, que o legislativo “realiza de maneira sistemática e minuciosa, por intermédio do Tribunal de Contas, órgão que o auxilia nesse mister”.

Os atos inerentes ao controle parlamentar direto são de competência das Casas Legislativas, bem como de seus órgãos e comissões internos, nos termos prescritos na Constituição brasileira e na legislação de cada ente federado. No âmbito da União, tais atos são praticados pelo Congresso Nacional ou, isoladamente, pelo Senado ou pela Câmara dos Deputados; pelas Assembleias Legislativas, nos Estados membros; pela Câmara Distrital, no Distrito Federal; e pelas Câmaras de Vereadores, nos Municípios.

Na esfera federal, os atos do controle parlamentar direto são aqueles previstos na Constituição de 1988, entre os quais, sustação de atos do Poder Executivo (art. 49, V), fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo e da administração indireta (art. 49, X), convocação de ministros e requerimentos de informações (art. 50, § 2º), recebimento de petições, queixas e representações dos administrados (art. 58, § 2º, IV) e convocação de qualquer autoridade ou cidadão para depor (art. 58, V), constituição de comissões

³²⁸ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, cit., p. 19.

³²⁹ MEDAUAR, *O controle da administração pública*, cit., p. 94-95.

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 164-165.

parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º), autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para atos concretos do Executivo (art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII).

Esse rol de atos, por si, demonstra a amplidão do campo de atuação do controle parlamentar direto. Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³³¹ o limite da incidência desse controle sobre os atos que lhe são próprios não é identificado, “porque entra a discussão da conveniência e da oportunidade do ato, no âmbito, *in ground of action*”.

Já o controle financeiro ou da administração pública a cargo do Tribunal de Contas, no Brasil, por ser o único que interessa ao objetivo deste trabalho, será estudado, detalhadamente, nos tópicos que se seguem.

4.1.3.1 Modelos de entidades de fiscalização superior (EFS)

Existem dois modelos clássicos de Entidades de Fiscalização Superior, quais sejam: modelo de tribunais de contas e modelo de controladorias ou de auditorias gerais, cada qual com características próprias, mas vocacionados para objetivo em comum: realizar o controle das finanças públicas ou das contas públicas, observadas as realidades jurídicas vigentes no Estado em cuja estrutura orgânica esses modelos se encontram inseridos.

4.1.3.1.1 Modelo de tribunais de contas

Segundo se verifica das anotações de Valmir Campelo, o mais antigo, por ser o primeiro a ser criado, é o modelo de tribunais de contas³³². Como vimos no tópico que trata do Estado liberal de Direito, foi no século XIX, com o advento do Estado de Direito, que surgiu a maioria dos Tribunais de Contas. Por exemplo, o Tribunal de Contas da França foi criado em 1807, o da Itália em 1862 e o da Bélgica em 1883³³³.

³³¹ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, cit., p. 96-97.

³³² CAMPELO, O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro, cit., p. 132-133.

³³³ DAL POZZO, *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*, cit., p. 64-67.

Os Tribunais de Contas da França, Bélgica e Itália constituem-se nos paradigmas clássicos para a instituição de outros tribunais de contas³³⁴. O italiano serviu de inspiração para Rui Barbosa propor a criação de um Tribunal de Contas no Brasil³³⁵.

O modelo de tribunais de contas é o mais comum nos países da Europa ocidental, sobretudo, naqueles em que é forte a influência latina. A União Europeia também adota esse sistema para controlar as finanças comunitárias³³⁶.

São características principais desse modelo: a composição colegiada; processo decisório, em regra, resolvido pelo colegiado; vitaliciedade dos ministros, ministros substitutos, conselheiros e conselheiros substitutos; autonomia funcional; controles administrativos *judicialiformes*; poder decisório sobre o resultado de seus trabalhos; força coercitiva de suas decisões e, em alguns países, a natureza jurisdicional³³⁷.

Os Tribunais de Contas, majoritariamente, têm vinculação ou maior grau de cooperação com o Poder Legislativo, como ocorre, por exemplo, na França, Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha, Alemanha, Uruguai³³⁸.

³³⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 107-111.

³³⁵ EXPOSIÇÃO de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas. Anexo A deste trabalho. “Dois tipos capitais discriminam essa instituição, nos países que a têm adotado: o francês e o italiano. O primeiro abrange, além da França, os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Sérvia, a România e a Turquia. O segundo, além da Itália, domina a Holanda, a Bélgica, Portugal há quatro anos, o Chile há dois e, de recentes dias, o Japão. No primeiro sistema, a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro, a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal. Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para os gerir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, pois omissa, tardia ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças”.

³³⁶ O Tribunal de Contas Europeu tem por função melhorar a gestão financeira da União Europeia - UE e verificar como são usados os dinheiros públicos. O Tribunal foi criado em 1975 com sede em Luxemburgo. É composto por um membro de cada país da UE, nomeado pelo Conselho por um período de seis anos renovável. Os membros elegem de entre si o Presidente por um período de três anos renovável. O actual Presidente, Vítor Manuel da Silva Caldeira (Portugal), foi eleito em Janeiro de 2008 e está exercendo seu terceiro mandato. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-auditors/index_pt.htm>. Acesso em: 26 de dezembro de 2014.

³³⁷ CAMPELO, O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro, *cit.*, p. 132.

³³⁸ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 93, jul./set. 2002, p. 64.

Entre os países integrantes do Mercosul (Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela), somente Brasil e Uruguai adotam o modelo de tribunais de contas. Na Argentina, vigora o modelo de auditoria geral (Auditoria General de la Nación) e nos outros países, quais sejam: Bolívia, Chile, Paraguai e Venezuela, o de controladoria (Controladoria General).

4.1.3.1.2 Modelo de controladorias ou de auditorias gerais

O modelo de controladorias ou de auditorias gerais teve seu arquétipo idealizado na Inglaterra, em 1866, com a criação do controlador e auditor-geral, fonte inspiradora para que os Estados Unidos da América, em 1921, instituíssem a figura do auditor geral e do escritório geral de contabilidade, para controle das contas públicas³³⁹.

O modelo de controladoria ou de auditoria geral é adotado, predominantemente, pelos países anglo-saxões e da Europa Oriental e Setentrional.

Constituem características básicas desse modelo: regime de mandato; controle de caráter opinativo ou consultivo; controle destituído de poderes jurisdicionais coercitivos; vinculação a algum dos poderes para que se possa gerar força coercitiva; predominância da decisão monocrática; uso prioritário de técnicas e procedimentos de auditoria próximos aos das empresas privadas do ramo³⁴⁰.

São exemplos de entidades fiscalizadoras superiores que adotam o modelo de controladoria ou de auditoria geral e que se vinculam ao Poder Legislativo, as dos EUA, Canadá, México, Argentina, Venezuela; ao Poder Executivo, as da Suécia, Finlândia, Bolívia, Cuba, Paraguai. Há entidades, entretanto, que são independentes, isto é, que não se vinculam a qualquer poder, como as do Chile, Colômbia, Peru³⁴¹.

Existem algumas características comuns a ambos os modelos, tais como integração à estrutura do Estado, o que se dá, normalmente, por dispositivo

³³⁹ CAMPELO, O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro, *cit.*, p. 132.

³⁴⁰ COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 42.

³⁴¹ RIBEIRO, O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos?, *cit.*, p. 64.

constitucional, necessidade de independência para o exercício das funções de fiscalização, como também de ascendência moral e técnica sobre os auditados ou jurisdicionados para ver suas determinações e recomendações atendidas³⁴².

4.3 TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL

Nesta seção, será demonstrada como se deu a instituição do Tribunal de Contas no Brasil e a sua evolução histórica de acordo com as Constituições brasileiras.

Com efeito, a Constituição é o diploma jurídico legítimo para prescrever as normas básicas de organização e estruturação do Tribunal de Contas, tendo em vista que o controle externo da gestão dos bens e recursos públicos constitui meio de limitação do poder político emanado do Estado de Direito.

A abordagem limita-se ao Tribunal de Contas da União – TCU. Primeiro, porque as disposições constitucionais que lhe são aplicáveis se estendem aos outros tribunais de contas do Brasil, a teor do que dispõe o caput do art. 75 da Constituição de 1988³⁴³. Segundo, porquanto o TCU constitui paradigma ou padrão para os demais tribunais de contas brasileiros.

Ouçamos, a esse respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴⁴:

No Brasil, a Carta Política de 1988 instituiu o Tribunal de Contas da União, como padrão para os órgãos congêneres estaduais e municipais (art. 75), gozando das mesmas prerrogativas de autonomia constitucional asseguradas aos tribunais do Judiciário (art. 73, *in fine*, c/c art. 96) de modo que, de maneira enfática, no elenco de suas atribuições constitucionalmente dispostas, satisfaz concomitantemente a todos os critérios que igualmente o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional.

³⁴² RIBEIRO, O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos?, *cit.*, p. 62.

³⁴³ Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção [Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária] 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.

³⁴⁴ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários dos tribunais de contas, *cit.*, p. 60. Grifos no original.

Em razão do modelo de Federação adotado pela República Federativa do Brasil, registramos que, além do TCU, existem os Tribunais de Contas dos Estados-membros, o do Distrito Federal, os dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro e os Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, de Goiás, do Ceará e do Pará.

4.3.1 Origem e evolução histórica

Para Valmir Campelo³⁴⁵, o Brasil tendeu a adotar o modelo de tribunais de contas, desde a independência, em 1822, “em razão da forte influência ibérica em sua formação e do prestígio que os meios intelectuais franceses desfrutavam no século XIX”.

Anteriormente à criação do Tribunal de Contas, existiram, no período colonial, as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, vinculadas à Metrópole portuguesa. Depois da chegada da Corte portuguesa ao Brasil, foram criados o Erário Régio e o Conselho da Fazenda, responsável pelo controle dos gastos públicos. A Constituição Monárquica de 1824, no art. 170, previu um tribunal com o nome de “Thesouro Nacional” para exame da receita e da despesa. No período regencial de Dom Pedro II, criou-se o Tribunal do Tesouro Público Nacional, pela Lei nº 657, de 4 de outubro de 1831, extinguindo-se o Erário Régio e o Conselho da Fazenda³⁴⁶.

Como o Tribunal do Tesouro, no formato em que fora concebido, não atendia aos anseios de independência e isenção no exame dos gastos públicos, cresceu a pressão pela criação de órgão independente, principalmente pelo padre Diogo Antônio Feijó, Manuel Alves Branco, José de Alencar e João Alfredo Corrêa de Oliveira³⁴⁷.

Mas somente depois de quase um ano da proclamação da República foi instituído um Tribunal de Contas no Brasil, por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, cuja iniciativa foi de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda,

³⁴⁵ CAMPELO, O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro, *cit.*, p. 133.

³⁴⁶ DAL POZZO, *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*, *cit.*, p. 73-76.

³⁴⁷ DAL POZZO, *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*, *cit.*, p. 77-78.

reconhecido por sua luta em prol do federalismo³⁴⁸. Esse diploma, entretanto, “não chegou a ser executado nem teve regulamentação”³⁴⁹.

A criação do Tribunal de Contas, no Brasil, nos albores da República é fato emblemático, pois vem demonstrar que esse órgão de controle das contas públicas é inerente à democracia e à República³⁵⁰.

A Constituição de 1891, primeira Constituição republicana do Brasil, nos termos do art. 89, consolida definitivamente o Tribunal de Contas³⁵¹:

Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentenças.

Embora estivesse formalmente instituído pelo Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, então recepcionado pela Constituição republicana de 1891, o Tribunal de Contas somente foi instalado em 17 de janeiro de 1893, com a edição do Decreto provisório nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892. Esse diploma substituiu o Decreto nº 966-A, regulamentando a Lei nº 23, de 1891, e passou a constituir-se no primeiro regulamento do Tribunal de Contas. A instalação do órgão somente foi viabilizada e concretizada devido à influência e atuação marcante do Tenente-Coronel Innocêncio Serzedello Corrêa, então Ministro da Fazenda do Governo do Marechal Floriano Peixoto³⁵².

A Constituição republicana de 1891, que erigiu o Tribunal de Contas a órgão de matriz constitucional, consoante prescreve o transcrito art. 89, conferiu-lhe competência

³⁴⁸ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo, cit.*, p. 727.

³⁴⁹ FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 351.

³⁵⁰ NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 744.

“REPÚBLICA – Uma das formas de organização política do Estado em que o povo exerce soberania e elege, diretamente, o seu presidente para exercer o governo durante certo lapso de tempo, bem como os seus delegados às câmaras legislativas. É a realização da democracia; o próprio Estado que adotou este regime, no qual há liberdade de direitos e deveres dos cidadãos”.

³⁵¹ *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações, cit.*, p. 103.

³⁵² SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/concursos/premio_serzedello/concursos_antteriores/monografias_1998.pdf>. Acesso em: 19 de dezembro de 2014, p. 42-43.

para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.

A partir daí, teve prosseguimento a história do Tribunal de Contas com as constituições supervenientes ou emendas constitucionais, as quais ora dilataram, ora restringiram seu campo de atuação, conforme se demonstrará, a seguir.

A Constituição de 1934, inspirada “no modelo alemão, da República de Weimar, de 1919, e na Constituição espanhola de 1931”, não somente restabeleceu parcialmente a democracia no país, como também avançou em aspectos inerentes ao Tribunal de Contas, que passou a “órgão de cooperação nas atividades governamentais” e possuía oito referências (artigos 99 a 102 e seus parágrafos)³⁵³.

Entre as novas atribuições constitucionais, competia ao Tribunal de Contas o acompanhamento da execução orçamentária (art. 99), constitucionalizou-se a atividade judicante das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (art. 99), bem como passa a ser de sua incumbência o registro prévio de qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste (art. 101, § 1º), adotando, nesse particular, o modelo italiano, do exame prévio.

A curta permanência da Constituição de 1934 no cenário brasileiro, todavia, não permitiu que se operassem os efeitos almejados, considerando que a segunda Constituição republicana vigorou somente até 10 de novembro de 1937, quando foi outorgada nova Constituição pelo então Presidente Getúlio Vargas e instaurado o chamado Estado Novo.

A Constituição de 1937, chamada de “polaca”, uma vez que o seu texto “foi elaborado pelo jurista Francisco Campos a partir das concepções autoritárias e centralistas dos regimes fascistas europeus, notadamente o polonês”, fez com que o Congresso Nacional, que havia sido fechado pelo presidente da República, perdesse força, juntamente com o Tribunal de Contas. A Constituição na prática não vigorou, pois o Presidente Getúlio Vargas governava por meio de decretos-leis³⁵⁴.

³⁵³ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 68-69.

³⁵⁴ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 74.

O Poder Executivo, portanto, passou a preponderar sobre os demais órgãos representativos do poder da República. O Poder Legislativo era exercido cumulativamente pelo presidente da República. As disposições relativas ao Tribunal de Contas foram enfeixadas apenas no artigo 114 da Constituição, cujo parágrafo dispunha que a organização do órgão seria feita por lei. Os ministros, embora continuassem a ser nomeados pelo Presidente, seriam aprovados pelo Conselho Federal, vinculado ao Executivo, e não mais pelo Congresso Nacional, então fechado pelo presidente da República³⁵⁵.

A Constituição omitiu-se em relação ao parecer prévio do tribunal sobre as contas anuais prestadas pelo chefe do Poder Executivo. Na prática, ocorria que o presidente as prestava, o tribunal emitia parecer e o próprio presidente da República as aprovava por meio de Decreto-Lei³⁵⁶.

O Decreto-Lei nº 7, de 17 de novembro de 1937, dizia que o Tribunal de Contas continuaria a exercer, em caráter provisório, sua jurisdição e competências anteriores. Todavia, a recusa a registro deveria ser comunicada ao presidente da República, não mais ao Congresso Nacional. Assim, todas as demais atribuições do Tribunal de Contas foram mantidas, salvo a mencionada exceção³⁵⁷.

Com o fim da Era Vargas e a chegada da democracia, a Constituição de 1946 colocou o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo (Capítulo II – Do Poder Legislativo, Seção VI – Do Orçamento – artigos 76 e 77). Em matéria de competências do Tribunal de Contas, ocorreram poucas inovações. Basicamente foi reproduzido o texto da Constituição de 1934, porquanto foram restituídas as atribuições suprimidas pelo Estado Novo de Getúlio Vargas³⁵⁸.

As inovações consubstanciam-se no julgamento das contas dos administradores das entidades autárquicas e julgamento da legalidade das concessões de

³⁵⁵ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 75.

³⁵⁶ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 75-76.

³⁵⁷ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 75.

³⁵⁸ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*, p. 84.

aposentadorias, reformas e pensões, as quais, até então, o Tribunal apenas examinava, sem olvidar do restabelecimento da regra sobre a prestação de contas do presidente da República, mas com o aumento do prazo para a elaboração do parecer prévio para sessenta dias³⁵⁹.

Com o golpe militar de 31 de março de 1964, seguido da consequente promulgação da Constituição de 1967, o Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967 (Lei orgânica do Tribunal de Contas da União), e, ainda, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o Tribunal de Contas teve atribuições suprimidas pelo regime autoritário que se estabeleceu no país e que duraria até 1985.

A partir das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Tribunal de Contas passou a se denominar Tribunal de Contas da União.

Entre as competências suprimidas, destaca-se a retirada do exame e julgamento prévio dos atos e contratos geradores de despesas, que passou a ser *a posteriori*. Retirou-se também o poder de julgamento da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ficando a cargo do Tribunal, tão somente, a apreciação da legalidade para fins de registro, não dependendo do Tribunal de Contas para melhorias posteriores. Por outro lado, o exame da execução orçamentária passou a ser realizado por meio de auditoria financeira e orçamentária e por inspeção *in loco*³⁶⁰.

Na Constituição de 1988, com a instituição da República Federativa do Brasil como Estado democrático de Direito, o Tribunal de Contas teve jurisdição e competências substancialmente ampliadas.

A Corte de Contas recebeu poderes para, além de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da União, emitir parecer prévio sobre as contas anuais do presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem assim daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional dos órgãos e entidades da

³⁵⁹ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, cit., p. 84.

³⁶⁰ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, cit., p. 108-115.

Administração direta e indireta da União, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, precipuamente por meio de auditorias e inspeções.

Ao Tribunal de Contas também foi outorgada competência para aplicar ao responsável, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, sanção prevista em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Além disso, a Constituição de 1988 prescreve que as decisões do Tribunal de Contas, de que resultem imputação de débito ou multa, têm força de título executivo, como também que a ele cabe receber e processar denúncia de cidadão, sindicato, partido político ou associação que verse sobre irregularidades e ilegalidades na gestão dos bens e recursos públicos.

Conforme o formato que lhe conferiu a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas pode ser considerado um órgão híbrido³⁶¹, porquanto lhe foram outorgadas competências típicas de entidades de fiscalização superior que adotam o modelo de controladoria ou de auditorias gerais, tais como: funções de ouvidoria, funções de auditorias, fiscalizações e avaliações operacionais e de políticas governamentais, juntamente com atribuições próprias de tribunais, a exemplo das funções judicante e sancionadora³⁶². Essas peculiaridades geram algumas controvérsias doutrinárias, sobretudo acerca da inserção do Tribunal de Contas na estrutura do Estado brasileiro e de sua jurisdição, o que será visto nos tópicos 4.3.3 e 4.3.4.

4.3.2 Normatização constitucional vigente do Tribunal de Contas

As normas que prescrevem a função, organização, composição e competências do Tribunal de Contas estão inseridas nos artigos 70, 71, 73 e 75 da Constituição de 1988,

³⁶¹ DROMI, *Moderización del control público*, cit., p. 23. “En relación con el *control externo* deben distinguirse, por su parte, las funciones de *auditoría* y las de *índole jurisdiccional*. Estas atribuciones pueden ser desempeñadas tanto por un mismo órgano como por dos distintos; de una u outra forma resulta fundamental que se encuentren específicamente previstas y reguladas en los ordenamientos jurídicos”.

³⁶² RIBEIRO, O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *cit.*, p. 65.

os quais integram a Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), do Capítulo I (do poder legislativo), do Título IV (da organização dos poderes).

Nos termos das disposições contidas nos artigos 70 e 71, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo – que será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas –, e pelo sistema de controle interno de cada poder. O art. 71³⁶³ também estabelece as competências outorgadas ao Tribunal de Contas que serão abordadas em tópico próprio.

O art. 73 dispõe que o TCU tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, podendo exercer, no que couber, as atribuições previstas no art. 96, o que lhe confere competência, privativa, para organizar-se internamente, mediante, entre outras medidas, elaborar seu regimento interno, eleger seus dirigentes, organizar suas secretarias e serviços auxiliares.

No art. 73 está prescrito, ainda, que o TCU é integrado por nove ministros nomeados entre brasileiros que satisfaçam os requisitos previstos em seu § 1º. Um terço dos ministros é escolhido pelo presidente da República, com aprovação do Senado, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao TCU, indicados em lista tríplice, segundo os critérios de antiguidade e merecimento. Os outros dois terços são escolhidos pelo Senado Federal (§ 2º).

Aos ministros do TCU são outorgadas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas do art. 40.

O TCU é integrado por quatro auditores (ministros substitutos), os quais, quando em substituição a ministro, têm as mesmas garantias e impedimentos do titular, e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

³⁶³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Em linhas gerais, esse é o arcabouço jurídico constitucional sobre a organização do TCU e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional que lhe compete, cujas normas, nos termos do art. 75, como já salientado, aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Estados-membros e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios.

4.3.3 Inserção do Tribunal de Contas na estrutura do Estado

Os preceitos concernentes à organização e às atribuições do Tribunal de Contas, como demonstrado, estão inseridos no Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da organização dos Poderes) da Constituição de 1988. Ademais, o *caput* do art. 71 dispõe que o controle externo – a cargo do Congresso Nacional – será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O arranjo dessas normas nesse capítulo do texto constitucional, aliado ao fato de o art. 71 dispor que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, gera polêmica quanto à integração desse órgão à estrutura orgânica do legislativo e relativamente à sua subordinação hierárquica a esse poder.

A controvérsia envolvendo essa questão é bastante antiga e remonta à interpretação das normas das constituições que precederam a de 1988, consoante descreve Pontes de Miranda³⁶⁴ nos comentários que fez à Constituição de 1967.

Michel Temer³⁶⁵, por exemplo, diz que “o Tribunal de Contas é parte componente do Poder Legislativo, na qualidade de órgão auxiliar”.

Também Luciano Ferraz³⁶⁶ entende que, “estruturalmente (do ponto de vista orgânico), o Tribunal de Contas integra o Poder Legislativo”.

³⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo III (Arts. 34-112). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 243-253.

³⁶⁵ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 134.

³⁶⁶ FERRAZ, *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas, cit.*, p. 141.

Com entendimento oposto, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁷ anota:

[...] sobre o enquadramento constitucional do Tribunal de Contas, não há senão responder que o Texto Constitucional houve por bem delineá-lo como órgão autônomo, não enquadrado nem no Executivo, nem no Legislativo, nem no Judiciário.

Nas palavras de Carlos Ayres Britto³⁶⁸, as Casas de Contas constituem-se em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei – tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nos termos do *caput* do art. 18 da Constituição de 1988.

Para esse autor³⁶⁹, o TCU, além de não ser órgão do Poder Legislativo, não é auxiliar do Parlamento, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional, ou seja:

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

Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁷⁰ aponta que ganha dimensão e acolhimento o fenômeno do alargamento das funções constitucionais a órgãos autônomos subordinantes, como são, por exemplo, o Tribunal de Contas e o Ministério Público, nesta passagem:

[...] a **estruturação do poder do Estado** é historicamente dinâmica, pois segue a **linha da contenção de monopólios e oligopólios do poder político**, uma providencial garantia da sociedade contra os males que semearam em um passado ainda muito próximo. Assim, o **processo organizativo do poder** está longe de se ter esgotado no moderno constitucionalismo, e vai prosseguindo, a destacar novas funções específicas, que passam a ser desempenhadas por órgãos, mas que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são denominados, por metonímia tradicional, de Poderes, porque exercem o que eram antes as **únicas**, mas hoje restam apenas como as **mais importantes**, segmentações do Poder do Estado (ou “Poderes da União”, como está

³⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do tribunal de contas. *In*: FREITAS, Ney José de. *Tribunal de contas aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 70.

³⁶⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, °. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2014, p. 10.

³⁶⁹ BRITTO, O regime constitucional dos tribunais de contas, *cit.*, p. 3.

³⁷⁰ MOREIRA NETO, O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas, *cit.*, p. 101. Grifos no original.

no art. 2º, CF). São nítido exemplo desse fenômeno, na ordem jurídica brasileira, os **Tribunais de Contas**, [...] mas também o são as Funções Essenciais à Justiça, com ênfase no complexo orgânico do **Ministério Público**, a que se acrescentam os conselhos profissionais, depois de sua recente transformação, em rol que pode ser ainda ampliado, como já ocorre em outros países, com a inclusão constitucional de novos órgãos aos quais se cometam funções estatais, cuja autonomia leve ao aprimoramento do controle e da democracia, como poderão sê-lo, por exemplo, um Ombudsman ou um Banco Central independente.

Nuno Piçarra³⁷¹, ao comentar sobre as novas abordagens do princípio constitucional da separação dos poderes, assinala que:

Identificado com a aludida tripartição funcional, pretendia-se com valor categorial ou a priori. Por isso, era a partir desse esquema arquetipal que se analisavam as constituições concretas para se apurar da sua conformidade ou desconformidade com ele. A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estatais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estatais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta. Esta evolução está, aliás, em consonância com a progressiva transição de um método abstracto-dedutivo para um método normativo-concreto na abordagem e no tratamento dogmático do princípio da separação dos poderes. Ele tende hoje a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concreta

José Luiz Quadros de Magalhães³⁷² avança em relação a esse tema, ao defender que a Constituição de 1988,

embora o constituinte não tenha tido a iniciativa de mencionar um quarto poder, efetivamente, criou essa quarta função autônoma essencial para a democracia e para a garantia da lei e da Constituição, que é a função de fiscalização.

Para o autor, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a Defensoria Pública são os órgãos encarregados dessa função, mas, para exercê-la adequadamente, necessitam de efetiva autonomia em relação às outras funções ou poderes estatais, não pertencendo nem ao executivo, nem ao legislativo, tampouco ao judiciário.

³⁷¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264.

³⁷² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo: o tribunal de contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, abr./jun. de 2009, p. 96-97.

De fato, pelas posições dos autores citados, a matéria é tormentosa e está a merecer melhor reflexão dos estudiosos e profissionais ligados ao tema.

De acordo com o *caput* do art. 44 da Constituição de 1988³⁷³, o Poder Legislativo, no âmbito federal, é exercido pelo Congresso Nacional, que é bicameral, ou seja, compõe-se da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O Tribunal de Contas, com efeito, não figura entre os órgãos que representam ou exercem o Poder Legislativo. Não há também norma constitucional que inclua o Tribunal de Contas na estrutura orgânica de qualquer uma das Casas Legislativas federais.

É inegável que, em matéria de estabelecer a integração de qualquer órgão a determinado poder, a Constituição foi clara. Basta ver, no caso do Poder Judiciário, que o texto constitucional inclui, até, o Conselho Nacional de Justiça entre os integrantes do Poder Judiciário, o que foi feito pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que criou esse órgão (inciso I-A do art. 92 da Constituição de 1988).

Nessa esteira, pensamos que, se o Tribunal de Contas integrasse a estrutura orgânica do Legislativo, a Constituição teria prescrito isso de forma expressa e clara, como de fato fez em relação aos órgãos que compõem os poderes do Estado brasileiro.

A nosso perceber, o fato de a Constituição dispor sobre o Tribunal de Contas no capítulo inerente ao Poder Legislativo parece ter sido em função da titularidade do controle externo, que é atribuída ao Congresso Nacional, no âmbito da União. Isso, por si só, não permite concluir, de forma peremptória, que o Tribunal de Contas se insira na estrutura orgânica do Poder Legislativo, a menos que se interprete a Constituição a partir da teoria clássica da tripartição dos poderes. Ou, como aduz Nuno Piçarra, que se busque interpretar a Constituição a partir de um esquema formal pré-estabelecido, e não “a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concreta”³⁷⁴, como é a tendência que se vem delineando nos tempos atuais.

Ora, pensamos que não poderia exercer o *controle externo* sobre o Poder Legislativo órgão que o integrasse, pois assim o controle deixaria de ser externo, passando

³⁷³ Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

³⁷⁴ PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, cit., p. 264.

a constituir-se em *controle interno*, ou intraorgânico. Por essa razão, a Constituição outorgou diretamente ao Tribunal de Contas suas atribuições, para que ele as exerça de forma autônoma, sem necessitar da interferência ou autorização dos órgãos componentes do Poder Legislativo.

Ademais, a *ratio essendi* do comando constitucional é que o controle externo seja exercido tanto sob o enfoque político, que se materializará no âmbito do legislativo – que é exercido, na esfera da União, como visto, pelos representantes do povo (Câmara dos Deputados) e dos Estados-membros e do Distrito Federal (Senado Federal) –, quanto sob o viés técnico-especializado, que se efetivará diretamente pelo Tribunal de Contas.

Nesse particular, Luciano Ferraz³⁷⁵ anota que:

A atividade de controle externo, o constituinte a prescreveu ao Parlamento e ao Tribunal de Contas, cada qual a possuir competências determinadas nesse sítio. Controle externo é gênero, que abarca duas espécies: controle parlamentar indireto e controle diretamente exercido pelo Tribunal de Contas. O controle parlamentar indireto, o Poder Legislativo o exerce, indispensavelmente, com o auxílio do Tribunal de Contas: não há a possibilidade de se efetivar sem que haja esta colaboração e por conta dela é que se utiliza o adjetivo “indireto” para designá-lo.

Com efeito, a relação entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas é de cooperação ou colaboração, na acepção de operação conjunta e concertada. Nesse sentido, por exemplo, o Legislativo não exerce a sua principal atribuição inerente à função de fiscalização financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e operacional – julgar as contas do chefe do executivo (CF/88, art. 49, X) – sem o necessário e indispensável parecer prévio, peça opinativa técnico-jurídica, sobre essas contas, cuja competência constitucional para emití-lo é do Tribunal de Contas (CF/88, art. 71, I).

Essa relação de cooperação ou colaboração estende-se aos demais poderes ou funções do Estado, na medida em que, da fiscalização levada a efeito pelo Tribunal de Contas, emanam recomendações e determinações que servem para aprimorar a gestão dos órgãos e entidades que os integram.

³⁷⁵ FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle das licitações e contratos administrativos. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunal de contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139.

Pode-se dizer, então, que o Tribunal de Contas é órgão autônomo, técnico-especializado, de matriz constitucional, que se insere na estrutura organizacional do Estado brasileiro, não se integrando na organização formal de nenhuma das três funções ou poderes do Estado, Legislativo, Executivo, ou Judiciário.

4.3.4 Jurisdição do Tribunal de Contas

Há controvérsia, ainda, a respeito de ter o Tribunal de Contas jurisdição, na acepção técnica de “função e poder de julgar, obedecendo a certo limite”³⁷⁶.

A polêmica gira em torno da atribuição que foi conferida ao Tribunal de Contas pelo inciso II do art. 71 da Constituição de 1988, que assim prescreve:

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

II - julgar as 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 público;

Carlos Maximiano lembra que as expressões das leis supremas, mais do que as das leis ordinárias, são vazadas em linguagem técnica e em termos claros, e não em estilo difícil ou inacessível à maioria³⁷⁷. A redação do dispositivo constitucional transcrito vai ao encontro daquilo que Carlos Maximiano preconiza, pois os seus termos são bastante claros, ao prescrever o julgamento das contas que menciona ao Tribunal de Contas.

Mas o debate acerca dessa questão também é antigo, porque o comando nuclear (julgar as contas) desse dispositivo é repetido desde a Constituição de 1934³⁷⁸.

³⁷⁶ NUNES, *Dicionário de tecnologia jurídica, cit.*, p. 530.

³⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 251.

³⁷⁸ *Constituições do Brasil, cit.*

Constituição de 1934 – Art. 99 – É mantido o tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (p. 165).

Constituição de 1937 – Art. 114 – Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhar a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos [...] é instituído um Tribunal de Contas [...] (p. 212).

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷⁹, que diz acompanhar o pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁸⁰, e ainda Guimarães Meneghale e José Afonso Silva³⁸¹, entende que

se o Texto constitucional houvesse pretendido excepcionar a competência do Judiciário na matéria tê-lo-ia feito de modo claro e expreso, dando efeito de sentença às decisões do Tribunal de Contas que desejasse tivessem tal caráter.

E conclui:

o só fato do uso da expressão ‘julgar’ seria argumento muito pobre para, em função disto, depreender função jurisdicional ao Tribunal de Contas [...], não há senão concluir que a este órgão compete, tão só assiste, funções administrativas.

José Cretella Junior³⁸² e Eduardo Lobo Botelho Gualazzi³⁸³ também afirmam que o Tribunal de Contas não exerce jurisdição, que é privativa do Poder Judiciário.

Constituição de 1946 – Art. 77. Compete ao Tribunal de Contas: [...] II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III – julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (p. 273).

Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1/1969) – Art. 70 – [...] § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (p. 549-550).

³⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, O enquadramento constitucional do tribunal de contas, *cit.*, p. 71-72.

³⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de contas: natureza, alcance e efeito de suas funções. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 73, ano 18, p. 181-192, jan./mar. 1985, p. 187-191. “A expressão julgar as contas dos responsáveis pelos dinheiros e bens públicos, bem como da legalidade dos contratos e das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, ensejou dúvidas na doutrina e na jurisprudência, qual seja, se ao empregar a expressão ‘julgar’ os constituintes cogitaram de atribuir ao Tribunal de Contas funções jurisdicionais ou não. [...] a Constituição não atribui expressamente a força de sentença as conclusões do Tribunal de Contas sobre o fato. E a quem cabe dizer ao direito de alguém, em princípio, cabe a verificação do fato, em última análise. Logo, a Justiça Comum, ao dizer daquele, deve poder apreciar este. Inexiste *bis in idem*, porquanto uma coisa é a apreciação administrativa e outra a judicial de dado fato”.

³⁸¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, *cit.*, p. 729. “[...] julgar as 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 público; não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas”.

³⁸² CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, out./dez. 1986, p. 16. “[...] toda uma série de traços externos, de ‘aparência’, epidérmicos, é que têm levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da *una lex, una jurisdictio*, é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre partes [...]”.

O entendimento de Carlos Ayres Britto³⁸⁴ é de que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário,

porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. [...] Não assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo.

Em sentido diametralmente oposto ao entendimento defendido pelos autores suprarreferidos, Seabra Fagundes³⁸⁵ sustenta que a Constituição de 1967 (art. 70, § 4º) investiu o Tribunal de Contas “no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte”. Para o autor, “se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu julgamento resultaria em mero e inútil formalismo”.

Para Pontes de Miranda³⁸⁶:

Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejuilgasse depois.

E arremata Pontes de Miranda: “Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julgava, ou não julgava”.

Esses comentários de Seabra Fagundes e de Pontes de Miranda continuam atuais, porquanto o núcleo do dispositivo constitucional em destaque é repetido nas constituições brasileiras desde 1934, conforme demonstrado.

Aliomar Baleeiro³⁸⁷ aduz que o Tribunal de Contas tem funções jurisdicionais sobre os ordenadores e pagadores de dinheiros públicos, no interesse da probidade da Administração Pública.

Seguem a mesma linha de Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Aliomar Baleeiro estes autores: Frederico Pardini³⁸⁸, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁸⁹ e Fernando

³⁸³ GUALAZZI, *Regime jurídico dos tribunais de contas*, cit., p. 182. “Sob qualquer aspecto, formal ou material, o Tribunal de Contas não exerce jurisdição *stricto sensu*, com a definitividade da coisa julgada, nem integra a estrutura orgânica do Poder Judiciário, no Brasil: não há, pois, como juridicamente considera-lo ‘órgão judicial’”.

³⁸⁴ BRITTO, *O regime constitucional dos tribunais de contas*, cit., p. 8.

³⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 170.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947, v. 2, p. 95.

³⁸⁷ BALEEIRO, *Uma introdução à ciência das finanças*, cit., p. 452.

Gonzaga Jayme³⁹⁰, que se embasa em reiterada jurisprudência dos tribunais superiores – incluído o Supremo Tribunal Federal – STF.

Paulo Soares Bugarin³⁹¹, que também se filia a essa corrente de pensamento, diz que não pode haver reexame pelo Poder Judiciário do mérito, no que tange ao juízo constitucional de contas de competência privativa dos Tribunais de Contas, ficando a atuação judicial restrita, essencialmente, aos aspectos jurídico-processuais concernentes aos princípios constitucionais que devem nortear todos os atos, legal e regimentalmente, relativo ao juízo especial de contas.

Embora reconheça que a jurisdição é atividade-fim do judiciário, Carlos Ayres Britto³⁹² lembra que características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos dos Tribunais de Contas. Primeiro, porque os Tribunais de Contas julgam com critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundo, porquanto o fazem com a força ou a irretroatividade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isso, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do poder público. Mas, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, prevalece a norma constitucional que submete a matéria à competência judicante.

³⁸⁸ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, *cit.*, p. 230. “Só o Tribunal de Contas tem competência para julgar as contas públicas. De outra parte só a Justiça comum tem competência, também exclusiva e privativa, para julgar as contas dos particulares, fazendo-o por decisão singular e, em caso de eventual recurso, por decisão colegiada”.

³⁸⁹ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, *cit.*, p. 138. “No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos tribunais de contas”.

³⁹⁰ JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 45, n. 4, out./dez. 2002, p. 193. “As atribuições que lhe foram cometidas pela Constituição da República constituem-se em funções administrativas de fiscalização, inclusive prestando auxílio ao Poder Legislativo, e função jurisdicional no julgamento das contas dos responsáveis por recursos públicos, sendo estes pronunciamentos definitivos. A divergência doutrinária até então existente não encontra razões para subsistir, uma vez que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a jurisdicionalidade do julgamento das contas feito pelo Tribunal de Contas, é definitivo e incontrastável por qualquer outra autoridade do País, já que, na qualidade de guardião da Constituição, nos termos do art. 102 da Constituição da República, é dele a última palavra a respeito da interpretação constitucional”.

³⁹¹ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75.

³⁹² BRITTO, O regime constitucional dos tribunais de contas, *cit.*, p. 8.

Aspecto importante consignado por José Luiz Quadros de Magalhães³⁹³ “é o fato de que os poderes têm funções preponderantes, mas não exclusivas”. Equivale a dizer, por exemplo, quem legisla é o Poder Legislativo e quem julga é o Poder Judiciário, mas há, entretanto, funções normativas, por meio de competências administrativas normativas no judiciário e no executivo, como também há funções jurisdicionais em órgãos da administração do executivo e do legislativo.

Na prática, isso se verifica no próprio texto da Constituição de 1988. Exemplificando, ao Senado Federal foi atribuída competência privativa para julgar o presidente da República e outros agentes públicos (CF, art. 52, I e II³⁹⁴).

Ao Congresso Nacional foi cometida a atribuição de julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República (art. 49, IX³⁹⁵).

Ao Tribunal de Contas, a Constituição, além das outras atribuições que explicita, conferiu a de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, como visto (art. 71, II).

Ademais, observa-se que a Constituição de 1988 estatui que o TCU tem jurisdição em todo o território nacional (art. 73). O poder-dever de fiscalizar atribuído ao TCU, pois, abrange, em harmonia ao que dispõe o parágrafo único do art. 70, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

A questão, portanto, é deveras instigante e controvertida, mas a corrente que reconhece ao Tribunal de Contas competência para julgar as contas a que se refere o inciso II do art. 71 da Constituição de 1988 se afigura mais consentânea com o desiderato

³⁹³ MAGALHÃES, A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo, *cit.*, p. 93.

³⁹⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

³⁹⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

constitucional de instituir órgão autônomo, técnico-especializado, integrado por magistrados de contas para o exercício dessa atribuição.

Ao ler esse dispositivo, como também o disposto no inciso IX do art. 49 e no inciso II do art. 52, nota-se que a Constituição de 1988 foi bastante clara, e isso não é demais repetir, ao prescrever o julgamento das matérias e autoridades que especifica ao Senado Federal, ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas, reproduzindo o comando dos dispositivos da Carta anterior (julgar). Não há cogitar, portanto, de engano ou redação sem técnica por parte do legislador constituinte.

Na acepção técnica, ou seja, como função ou poder de julgar, é ponto pacífico que a jurisdição constitui função do Estado que foi reservada, com preponderância, ao Poder Judiciário. Digo com preponderância, e não com exclusividade, porquanto a Constituição outorgou, pontualmente, parcela dessa função a outros órgãos estatais, incluído o Tribunal de Contas, como demonstrado, até porque a Constituição prescreve que a *lei* é que não pode abrir exceção ao princípio da jurisdição, mas a Constituição pode, tanto que o fez de forma expressa e bastante clara.

É possível inferir, pois, que o Tribunal de Contas foi aquinhado pela Constituição, ainda que restrita a uma de suas atribuições, com parcela da jurisdição estatal, que pode ser entendida como jurisdição de controle financeiro de contas, consubstanciada no poder-dever de dizer, revelar ou aplicar o direito – sobretudo normas de Direito Financeiro e de Finanças Públicas –, no exame material das contas que a Constituição lhe reservou a competência de julgamento.

Não se trata, efetivamente, de atribuir força ou peso demasiado ao verbo “julgar”, mas sim de conferir eficácia às palavras da lei, notadamente da Lei Maior. Ora, se tem em mira os fins, a Constituição fornece os meios para atingi-los.

Nesse sentido, a Constituição, ao estabelecer essa exceção à função judicial, criou um órgão autônomo, técnico especializado, integrado por ministros (juízes), que têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º), e que possui, ainda, expertise necessária, corpo técnico multidisciplinar e Ministério Público especializado, para realizar o julgamento das contas referidas no inciso II do art. 71.

Além disso, a Constituição conferiu ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas maior abrangência, uma vez que a fiscalização sob a sua responsabilidade é contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Isso não retira a prerrogativa do Poder Judiciário de apreciar, se provocado, possível lesão ou ameaça de direito no julgamento feito pelo Tribunal sobre essas contas (CF, art. 5º, XXXV). A apreciação judicial, entretanto, deve limitar-se a verificar possível inobservância de formalidades legais na instrução processual ou na realização do julgamento. Não pode o Poder Judiciário, com efeito, rever o conteúdo da decisão, pois o julgamento de mérito sobre tais contas a Constituição reservou, expressamente, ao Tribunal de Contas.

4.3.5 Extensão e alcance do controle externo a cargo do Tribunal de Contas

O controle exercido pelo Tribunal de Contas brasileiro, como mencionado linhas atrás, tem extensão e alcance muito amplos, conforme prescreve o art. 70 da Constituição de 1988³⁹⁶. Primeiro, porque, no que se refere ao controlado, abarca toda pessoa – natural ou jurídica, privada ou pública –, “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”. Segundo, porquanto a fiscalização será contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

É importante ressaltar que a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterou o parágrafo único do art. 70 da Constituição, introduzindo a obrigatoriedade de prestação de contas também por parte de pessoas jurídicas privadas que utilizem,

³⁹⁶ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. 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, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação do parágrafo dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

A alteração no texto constitucional harmoniza-se com a atual forma de atuar do poder público brasileiro que busca, cada vez mais, parcerias com entidades e organizações da sociedade civil, para prestação de serviços públicos, espelhando-se em experiências de países europeus.

Esse viés da atuação da Administração Pública brasileira materializa-se, por exemplo, na figura da parceria público-privada (PPP), do contrato de gestão celebrado com organização social (OS)³⁹⁷ e do termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP)³⁹⁸, o que parece enquadrar-se nos aspectos que deram ensejo à formulação da teoria da “fuga para o direito privado”³⁹⁹.

4.3.5.1 Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial

Nos subtópicos seguintes serão abordados, então, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial a cargo do Tribunal de Contas prescritas na Constituição e o alcance quanto à legalidade, legitimidade, economicidade.

³⁹⁷ De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do programa nacional de publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências, “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

³⁹⁸ De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, institui e disciplina o termo de parceria, e dá outras providências, “podem qualificar-se como organizações da sociedade civil de interesse público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei”.

³⁹⁹ Teoria de origem germânica desenvolvida por Maria João Estorninho em tese de doutoramento, que resultou no livro: *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2009. A fuga para o direito privado, segundo a autora, insere-se na questão, vasta e difícil, da reforma e reestruturação da Administração Pública e reveste-se, nos dias de hoje, da maior atualidade.

As questões relacionadas à aplicação de subvenções e à renúncia de receitas constarão do exame da fiscalização financeira.

4.3.5.1.1 *Fiscalização contábil*

Diana Vaz de Lima e Róbison Gonçalves de Castro⁴⁰⁰ anotam que “a Contabilidade Pública se presta a coletar, registrar e controlar os atos e fatos que afetam o patrimônio público [...], com destaque para os atos e fatos de natureza orçamentária”.

Para os autores⁴⁰¹, são objetivos da contabilidade pública, além de coletar, registrar e controlar atos e fatos orçamentários, fornecer dados e disponibilizar informações que auxiliem a medir o desempenho de estruturas e programas de governo.

A fiscalização contábil tem suporte nos princípios contábeis, nas normas brasileiras de contabilidade (NBC) emanadas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), na legislação que rege a contabilidade pública, da qual se destacam: 1) a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; 2) a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, Lei de Responsabilidade Fiscal; 3) os atos normativos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que lhe confere competência para editar normas gerais para consolidação das contas públicas, enquanto não implantado o conselho de gestão fiscal de que trata o art. 67 da mesma lei; 4) a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações.

No dizer de Hélio Saul Mileski⁴⁰², a fiscalização contábil é aquela que se efetua nos registros contábeis determinados legalmente, objetivando aferir a regularidade e a correção técnica da escrituração, a legitimidade dos atos e fatos que deram origem aos

⁴⁰⁰ LIMA, Diana Vaz de; CASTRO, Róbison Gonçalves de. *Contabilidade pública: integrando união, estados e municípios (siafi e siafem)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 14.

⁴⁰¹ LIMA; CASTRO; *Contabilidade pública: integrando união, estados e municípios (siafi e siafem)*, *cit.*, p. 14.

⁴⁰² MILESKI, *O controle da gestão pública, cit.*, p. 282.

lançamentos e a formalização da documentação comprobatória, avaliando a segurança e a eficiência do sistema de controle interno, próprias do sistema contábil.

4.3.5.1.2 *Fiscalização financeira*

Nas palavras de Aliomar Baleeiro⁴⁰³:

a atividade financeira consiste [...] em obter, criar, gerir e despender dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público.

Luiz Emygdio F. da Rosa Junior⁴⁰⁴ afirma que “a atividade financeira do Estado visa a satisfazer as necessidades públicas e tem por objetivo estudar as formas pelas quais o Estado obtém as suas receitas e efetiva concretamente as suas despesas”.

Ainda segundo as anotações desse autor⁴⁰⁵, a atividade financeira do Estado, na forma como é entendida atualmente, ou seja, capacidade de obter e gerir dinheiro para pagar despesas, cresceu a partir do Estado social de Direito, quando o Estado passa a intervir no domínio econômico. Antes, a preocupação era com a despesa, o tributo tinha natureza eminentemente fiscal, porque não havia intervenção econômica e social.

Frederico Pardini⁴⁰⁶ diz que a gestão financeira é atividade que deve merecer a atenção do controle externo pelas implicações favoráveis ou contrárias aos interesses do Estado e, simultaneamente, aos interesses dos particulares, como de agências financeiras, bancos, corretoras e outros operadores de dinheiro e câmbio, ações e títulos.

Normas gerais para orientar tal fiscalização estão previstas, principalmente, nos arts. 51 a 70, da Lei nº 4.320, de 1964, que tratam da execução da receita e da despesa pública; nos arts. 11 a 24, da Lei Complementar nº 101, 2000, que cuidam da execução da arrecadação da receita pública, da renúncia de receitas, da despesa pública, da despesa

⁴⁰³ BALEEIRO, *Uma introdução à ciência das finanças*, cit., p. 4.

⁴⁰⁴ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 9.

⁴⁰⁵ ROSA JUNIOR, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, cit., p. 5.

⁴⁰⁶ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, cit., p.113.

com pessoal e seus limites, das despesas com seguridade social; no § 1º do art. 80, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que define quem é ordenador de despesa pública.

Entre as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, destacam-se as dos arts. 11 e 14. As do primeiro dispositivo têm por objetivo incrementar a arrecadação, ao considerar como requisito essencial da gestão fiscal responsável, “a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”.

As regras do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelecem medidas que devem ser adotadas, previamente, para a concessão ou ampliação de incentivo ou incentivo de natureza tributária de que decorra renúncia de receita, que constitui alcance do controle externo a cargo do Tribunal de Contas. Estimativa de impacto orçamentário-financeiro, demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receitas orçamentárias e que não afetará as metas de resultados ou formas de compensar do valor a ser renunciado, são medidas de salvaguardar a arrecadação pública previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁰⁷.

A aplicação das subvenções, a que alude o *caput* do art. 70 da Constituição de 1988, é também matéria afeta ao controle financeiro a cargo do Tribunal de Contas. De acordo com os arts. 16 a 18, da Lei nº 4.320, de 1964, há duas espécies de subvenções, quais sejam: as sociais e as econômicas. As subvenções sociais destinam-se à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional. As subvenções econômicas são as dotações, expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União,

⁴⁰⁷ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

do Estado, do Município ou do Distrito Federal, destinadas a: 1) cobrir déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não; 2) cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais; c) ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

O art. 19 da Lei nº 4.320, de 1964, veda a inclusão na Lei de Orçamento de ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, no art. 26, estatui que a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

O § 2º desse dispositivo dispõe que estão compreendidas no *caput* a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, incluídas as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

Segundo Hélio Saul Mileski⁴⁰⁸, a fiscalização financeira permite avaliar se as receitas e despesas estão sendo arrecadadas e realizadas com observância aos limites financeiros e do período autorizado, se os direitos e obrigações estão sendo apurados e geridos de acordo com as normas legais aplicáveis, o que possibilita apurar erros e fraudes no manuseio do dinheiro público, bem como se as contas retratam de forma apropriada e fidedigna a situação financeira da Administração.

4.3.5.1.3 Fiscalização orçamentária

⁴⁰⁸ MILESKI, *O controle da gestão pública, cit.*, p. 284.

A Constituição de 1988, conforme se depreende das disposições contidas no art. 165⁴⁰⁹, instituiu sistema orçamentário fundado no planejamento⁴¹⁰, consubstanciado em três leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo, que estabelecerão o plano plurianual de investimentos, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, que são obrigatórias para todos os entes da Federação.

Gilberto Bercovici⁴¹¹, ao comentar sobre a imprescindibilidade do planejamento para o desenvolvimento econômico e social, afirma que as atividades estatais devem ser coordenadas por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização destes objetivos.

Esses meios, com efeito, são dispostos nessas três leis de natureza orçamentária previstas na Constituição.

⁴⁰⁹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. § 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. § 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. § 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional. § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. § 9º - Cabe à lei complementar: I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

⁴¹⁰ Ato ou ação de planejar que se prende essencialmente à ideia de racionalizar o emprego de meios disponíveis para deles retirar os efeitos mais favoráveis ou a *maior vantagem*. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. ver. e atual. por Terezinha Helena Linhares. São Paulo: LTr, 1994, p. 290.

⁴¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 191.

O plano plurianual (PPA) pode ser caracterizado como um plano de governo de longo prazo, pois, até a edição da lei complementar a que se refere o inciso I do § 9º do art. 165, tem duração de quatro anos, cuja vigência se inicia no segundo exercício financeiro do mandato do chefe do Executivo e termina no primeiro exercício financeiro do mandato subsequente (ADCT da CF/88, art. 35, § 2º, I). De acordo com o § 1º do art. 165, constitui conteúdo básico da lei do PPA: definir, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Sobre a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), pode-se dizer que retrata um plano de governo de médio prazo, tendo em vista que, conforme dispõe o inciso § 2º do art. 165, compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A lei orçamentária anual (LOA), por sua vez, consolida o plano de governo de curto prazo em termos monetários, porquanto, a teor do disposto no § 5º do art. 165, compreenderá: o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Os §§ 6º, 7º e 8º do art. 165 estatuem, respectivamente, que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia; que os orçamentos, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional; que a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a

autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

No âmbito infraconstitucional, primordialmente, a Lei nº 4.320, de 1964, e a Lei Complementar nº 101, de 2000, estabelecem normas referentes ao conjunto de leis de natureza orçamentária e ao planejamento orçamentário.

Para Raíssa Maria Rezende de Deus Barbosa⁴¹², a fiscalização orçamentária é aquela relacionada à verificação da obediência aos termos previstos na lei orçamentária, como também da compatibilidade entre os três planos (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária) e do cumprimento dos programas preestabelecidos.

4.3.5.1.4 *Fiscalização operacional*

A fiscalização operacional passou a constar do texto constitucional a partir da Constituição de 1988, na redação consignada no art. 70, o que também ocorreu com a fiscalização patrimonial, tema do próximo tópico.

Para Frederico Pardini⁴¹³, a fiscalização operacional está relacionada ao dever de boa administração, na medida em que se almeja averiguar se a Administração obedece

às técnicas administrativas, se atende à razoabilidade decisória, se a operação administrativa efetua-se de forma legal, racional, razoável de maneira a oferecer resultados favoráveis ao Estado, à Administração Pública e, principalmente, à sociedade.

A auditoria operacional, conforme se extrai do Manual de Auditoria do TCU, consiste no exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública⁴¹⁴.

A economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade, e que

⁴¹² BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108-109.

⁴¹³ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, *cit.*, p. 117.

⁴¹⁴ BRASIL. Manual de auditoria operacional do tribunal de contas da união. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11.

poderá abranger a verificação de práticas gerenciais, sistemas de gerenciamento, *benchmarking* [melhores práticas para desempenho de uma atividade] de processos de compra e outros procedimentos afetos à auditoria operacional, enquanto o exame estrito da legalidade de procedimentos de licitação, fidedignidade de documentos, eficiência dos controles internos e outros deverão ser objeto de auditoria de conformidade.

A eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade.

A eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados. A eficácia refere-se à capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, ou seja, a capacidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento das ações.

A efetividade tem correlação com o alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado⁴¹⁵.

4.3.5.1.5 Fiscalização patrimonial

O patrimônio público, nos termos da Portaria nº 437, de 12 de julho de 2012, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que aprova as partes II a VII do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, é o conjunto de direitos e bens, tangíveis ou intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador e represente um fluxo de

⁴¹⁵ BRASIL. Manual de auditoria operacional do tribunal de contas da união. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11-12.

benefícios, presente ou futuro, inerente à prestação de serviços públicos ou à exploração econômica por entidades do setor público e suas obrigações⁴¹⁶.

O patrimônio público, conforme esse normativo, compõe-se destes elementos:

1) Ativo – compreende os recursos controlados pela entidade como resultado de eventos passados e do qual se espera que resultem para a entidade benefícios econômicos futuros ou potencial de serviços; 2) Passivo – compreende as obrigações presentes da entidade, derivadas de eventos passados, cujos pagamentos se esperam que resultem para a entidade saídas de recursos capazes de gerar benefícios econômicos ou potencial de serviços; 3) Patrimônio Líquido, Saldo Patrimonial ou Situação Líquida Patrimonial – é o valor residual dos ativos da entidade depois de deduzidos todos seus passivos.

Conforme aduz Hélio Saul Mileski⁴¹⁷, a fiscalização patrimonial, objetiva manter a preservação dos bens móveis e imóveis do Estado, tanto no aspecto de sua guarda ou responsabilidade pelo uso, como pela sua movimentação, conservação e segurança, mediante o controle sobre a regularidade dos registros e utilização desses bens.

As anotações de Raíssa Maria Rezende de Deus Barbosa⁴¹⁸ sobre a fiscalização patrimonial se alinham ao conceito de patrimônio público colacionado, uma vez que, para a autora, “a fiscalização patrimonial é relacionada ao patrimônio do Estado que, sob o ponto de vista contábil, compreende o conjunto de todos os bens, créditos e obrigações, passíveis de avaliação em moeda corrente, num determinado momento”.

O art. 70 da Constituição de 1988 prescreve, ainda, que o controle a cargo do Tribunal de Contas seja realizado quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, para verificar o atendimento ao pressuposto da atuação estatal no Estado democrático de Direito, o interesse público ou coletivo.

Essa dimensão ou abrangência do controle externo a cargo do Tribunal de Contas será o tema do próximo subtópico.

⁴¹⁶ BRASIL. Manual de contabilidade pública aplicada ao setor público. Portaria STN nº 437/2012, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN. 5ª edição. Brasília. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Parte_II_-_PCP.pdf>. Acesso em: 25 de dezembro de 2014.

⁴¹⁷ MILESKI, *O controle da gestão pública, cit.*, p. 286.

⁴¹⁸ BARBOSA, *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa, cit.*, p. 111.

4.3.5.2 Controle de legalidade, legitimidade e economicidade

O princípio da legalidade está previsto no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 que estatui:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴¹⁹, o princípio da legalidade conserva esse nome pelo peso da tradição, embora signifique, hoje, juridicidade; de sorte que, quando a Constituição refere-se à legalidade, deve-se ler juridicidade.

Na mesma linha, Paulo Otero⁴²⁰ aduz que

a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa.

Juarez de Freitas⁴²¹ fala em “legalidade temperada”, que significa “a observância cumulativa de princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo estrito”.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁴²², a legalidade, atualmente, representa a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, atuação *secundum legem*, como também o dever de obediência à integralidade do sistema jurídico.

Nas palavras de Hélio Saul Mileski⁴²³, o controle de legalidade efetuado no sistema de fiscalização contábil, financeiro e orçamentário possui acepção ampla, na medida em que envolve não só mero exame de adequação do ato à lei, mas se estende também à análise de conformidade aos demais princípios constitucionais, com vista à preservação da segurança jurídica como fator de segurança dos direitos fundamentais, que são corolários do princípio maior da legalidade.

⁴¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80.

⁴²⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15, nota de rodapé 1.

⁴²¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 61.

⁴²² BACELLAR FILHO, A noção jurídica de interesse público, *cit.*, p. 99.

⁴²³ MILESKI, *O controle da gestão pública, cit.*, p. 290.

E mais: esse controle amplo de análise jurídica decorrente da aplicação do princípio da legalidade permite ao Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade das leis e regulamentos, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal, em decisão sumulada: “Súmula 347 – O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Raíssa Maria Rezende de Deus Barbosa⁴²⁴ aduz que “os Tribunais de Contas, no exercício de seu controle, devem verificar a adequação dos atos administrativos à juridicidade, abrangendo os princípios constitucionais”, e que a noção de juridicidade abarca também a de constitucionalidade, o que permite “aos tribunais de contas apreciar a constitucionalidade das leis e atos praticados pelos gestores públicos no caso concreto”.

Sobre a legitimidade, Nelson Saldanha⁴²⁵ anota que a ideia de legitimidade “tem conexão com a referência a valores; e também, na mesma proporção, com a política. Ou seja, com o lado ético da política”.

Ao estabelecer conexão da legitimidade com valores, Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁴²⁶ lembra que a legitimidade se define “pela interpretação de três valores fundamentais – ou de atributos como preferem alguns – que revestem os atos e que são a moralidade, legalidade e finalidade”.

Hely Lopes Meirelles⁴²⁷ fala em controle de legalidade ou legitimidade, com a finalidade de verificar a conformação do ato ou procedimento administrativo com as normas legais, que devem ser consideradas “desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores”.

Nessa mesma toada, José Cretella Júnior⁴²⁸ lembra que, no âmbito do Direito Administrativo, legitimidade é “o aspecto que revela se o ato editado o foi com observância às normas ou aos princípios jurídicos vigentes”, mas reconhece que, em Direito, a palavra legitimidade admite diversos significados.

⁴²⁴ BARBOSA, *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa*, cit., p. 114.

⁴²⁵ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Ronovar, 1998, p. 123.

⁴²⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética na administração pública*. São Paulo: RT, 1993, p. 35.

⁴²⁷ MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 601.

⁴²⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. v. V – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2788.

Juarez Freitas⁴²⁹ assevera que o princípio da legitimidade, expressamente acolhido no art. 70 da Constituição de 1988, constitui chamamento para que os controles “não se cinjam à legalidade tímida e timorata, em face da relação entre os princípios”. Nesse sentido, “o exame de legitimidade dos atos administrativos requer o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, de molde a não compactuar com qualquer vício teleológico”.

Das palavras de Frederico Pardini⁴³⁰, depreende-se que o controle da legitimidade dos atos da administração irá verificar se o ato atendeu aos princípios da moral administrativa e às finalidades de atendimento aos interesses coletivos, públicos ou sociais. A legitimidade situa-se na motivação do ato (razão do início) e no seu alcance social (fim a atingir).

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴³¹ também diz que o controle da legitimidade se traduz na “aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos”.

Economicidade, segundo o Manual de Auditoria Operacional do TCU, é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.

E ainda: o exame da economicidade poderá abranger a verificação de práticas gerenciais, sistemas de gerenciamento, *benchmarking* [escolha de melhores práticas para o desempenho de uma atividade] de processos de compra e outros procedimentos afetos à auditoria operacional, enquanto o exame estrito da legalidade de procedimentos de licitação, fidedignidade de documentos, eficiência dos controles internos e outros deverão ser objeto de auditoria de conformidade⁴³².

⁴²⁹ FREITAS, *O controle dos atos administrativos*, cit., p. 113-114.

⁴³⁰ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, cit., p. 128-129.

⁴³¹ FERNANDES, *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competências*, cit., p. 49.

⁴³² BRASIL. Manual de auditoria operacional do tribunal de contas da união. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11.

Washington Peluso Albino de Souza⁴³³, em conceito que independe do sentido econômico vulgarmente aplicado à ideia comum de lucro, traduz economicidade como linha de *maior vantagem*, que conduz ao justo na prática da atividade econômica para suprir comodidade ou necessidade de qualquer ordem, não apenas patrimonial, mas também social, política, cultural, moral, o que é legitimado pelo Direito Econômico.

Segundo comenta Juarez Freitas⁴³⁴, o princípio da economicidade (CF/88, art. 70) veda o desperdício na aplicação dos recursos públicos, ou seja:

o administrador público está obrigado a trabalhar com os menores custos (direitos e indiretos – relacionados às externalidades negativas), sem sacrifício da qualidade final, tendo como parâmetro a menor onerosidade possível.

Frederico Pardini⁴³⁵ afirma que “a economicidade nas atividades administrativas públicas além de buscar resultados quantitativos favoráveis, visa a assegurar que esses resultados sejam favoráveis para o interesse público e social”.

Para José Afonso da Silva⁴³⁶, o controle externo sob o enfoque da economicidade e da legitimidade culmina em exame de mérito, pois cabe ao tribunal averiguar “se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício”.

Nas palavras de Paulo Soares Bugarin⁴³⁷, o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o Tribunal de Contas a examinar, *pari passu*, os elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de gastos ou investimentos públicos comparativamente ao conjunto objetivo dos resultados alcançáveis,

qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a consequente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

⁴³³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 297-310.

⁴³⁴ FREITAS, *O controle dos atos administrativos*, cit., p. 110.

⁴³⁵ PARDINI, *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*, cit., p. 132.

⁴³⁶ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 724-725.

⁴³⁷ BUGARIN, *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união*, cit., p. 202.

Em razão de todas as nuances que envolvem o controle quanto à economicidade, para Raíssa Maria Rezende de Deus Barbosa⁴³⁸,

tal avaliação por parte das Cortes de Contas é bastante complexa e de grande responsabilidade, devendo envolver, inclusive, de acordo com o caso, formação técnica adequada e pesquisa de mercado.

Sobre a economicidade, não se pode descurar que o resultado que se almeja na gestão dos recursos públicos, em razão da natureza eminentemente ética do Estado, não é o retorno financeiro, mas que o gasto público gere serviço de qualidade, prestado de forma tempestiva, oportuna e, ainda, preferencialmente, com o menor custo possível⁴³⁹.

Nesse sentido, a advertência de Joaquim Carlos Salgado⁴⁴⁰:

No Estado poiético, o produto do fazer é o econômico, que nenhum compromisso tem com o ético, e procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social. Não é ético, porque o seu fazer não se dirige a realizar os direitos sociais. Evidentemente, se o Estado realiza os direitos sociais, esse fazer é ético.

No próximo tópico, serão vistas as atribuições constitucionais⁴⁴¹ reservadas ao Tribunal de Contas para colocar em prática a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

4.3.6 Atribuições constitucionais do tribunal de contas

Nessa esteira, o art. 71 da Constituição de 1988 arrola as atribuições constitucionalmente outorgadas ao Tribunal de Contas da União em onze incisos⁴⁴².

⁴³⁸ BARBOSA, *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa*, cit., p. 118.

⁴³⁹ DINIZ, Roteiro do protagonista do SRP, cit., p. 56.

⁴⁴⁰ SALGADO, O estado ético e o estado poiético, cit.

⁴⁴¹ Neste trabalho, não serão apresentadas as atribuições infraconstitucionais do Tribunal de Contas, por razões de recorte.

⁴⁴² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as 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 público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas

Essas competências são próprias, porque peculiares aos procedimentos de controle; exclusivas, porquanto se referem a atribuições outorgadas somente ao Tribunal de Contas; e indelegáveis, uma vez que, por serem próprias e exclusivas, somente o Tribunal de Contas pode exercê-las nos termos estabelecidos na Constituição⁴⁴³.

As competências constitucionais cometidas ao Tribunal de Contas são classificadas pela doutrina pátria em diferentes áreas ou naturezas.

Carlos Ayres Britto⁴⁴⁴ assinala que função e competência são coisas distintas. A função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competências, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva.

Frederico Pardini⁴⁴⁵ agrupa essas atribuições em quatro categorias: 1) opinativa e informativa (parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e resposta a consultas formuladas ao Tribunal); 2) fiscalizadora (por exemplo, auditoria e inspeção); 3)

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; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

⁴⁴³ MILESKI, *O controle da gestão pública*, cit., p. 299.

⁴⁴⁴ BRITTO, *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, cit., p. 6. “Primeiro, lógico, vem a função, que é a atividade típica de um órgão. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto). Depois é que vêm as competências, que são poderes instrumentais àquela função. Meios para o alcance de uma específica finalidade”.

⁴⁴⁵ PARDINI, *Tribunal de contas da união: órgão de destaque constitucional*, cit., p. 99/198-254.

corretiva (assinar prazo para correção de irregularidades); e 4) jurisdicional especial (julgamento das contas a que se refere o inciso II do art. 71 da Constituição).

Para Hely Lopes Meirelles⁴⁴⁶, o Tribunal de Contas tem atribuições: 1) opinativas (emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo); 2) verificadoras (por exemplo, realizar auditoria financeira e orçamentária nas unidades administrativas dos três poderes); 3) assessoradoras (por exemplo, representar ao Executivo e ao Legislativo sobre irregularidades e abusos verificados nas contas examinadas); 4) jurisdicionais administrativas (por exemplo, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos).

Raíssa Maria Rezende de Deus Barbosa⁴⁴⁷ registra que as atribuições do Tribunal de Contas podem ser: *investigativas* (pelas quais os Tribunais de Contas exercem a fiscalização e acompanhamento dos atos de administração e das despesas resultantes destes atos); *corretivas* (conforme as quais as Cortes de Contas podem corrigir os atos e ações irregulares); *cautelares* (que podem ser adotadas em casos extremos, na forma prevista em lei); *jurisdicionais* (relacionadas com a competência para julgar as contas públicas); *punitivas* (possibilitam a aplicação de multas e outras sanções previstas em lei aos responsáveis em caso de ilegalidades e irregularidades).

É bem mais ampla que as anteriores, a classificação apresentada por Paulo Soares Bugarin⁴⁴⁸ em oito categorias: judicante ou jurisdicional, fiscalizadora, consultiva, informativa, sancionadora, corretiva, normativa ou regulamentar e de ouvidoria.

Entre as atribuições de natureza *consultiva*, o autor considera a emissão de parecer prévio sobre as contas anuais do chefe do Executivo (art. 71, I); *informativa*, ao prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas (art. 71, VII); *sancionadora*, para aplicar as sanções previstas em lei; *corretiva*, ao assinar prazo para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato

⁴⁴⁶ MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro, cit.*, p. 686-687.

⁴⁴⁷ BARBOSA, *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa, cit.*, p. 121.

⁴⁴⁸ BUGARIN, *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união, cit.*, p. 83-92.

cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, e sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, IX e X); *normativa ou regulamentar*, para a expedição de instruções e atos normativos, nos termos da lei orgânica do TCU; e de *ouvidoria*, ao apreciar as denúncias a que alude o § 2º do art. 74 da Constituição de 1988.

Paulo Soares Bugarin⁴⁴⁹ lembra que a função fiscalizadora do Tribunal de Contas foi ampliada com a Constituição de 1988. Entre as inovações, destaca as atribuições de fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe (art. 71, V) e a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres (art. 71, VI), bem como a de apreciar, para fim de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de aposentadoria, reforma e pensão (art. 71, III). Quanto a essas últimas atribuições, diz que as constituições anteriores restringiam o registro às concessões iniciais e que a apreciação do amplo conjunto de atos de admissão praticados na Administração tem por finalidade garantir o cumprimento do democrático e republicano princípio do concurso público.

Como visto, as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas, até mesmo pelo amplo alcance do controle externo que lhe compete, como também pelo vasto rol de pessoas e matérias sujeitas à sua jurisdição, são de variadas naturezas, não encontrando consenso entre os doutrinadores na classificação delas.

4.3.7 Modernização estratégica do controle externo a cargo do Tribunal de Contas

Em razão desse ambiente complexo e dinâmico no qual está inserido, o Tribunal de Contas deve valer-se, cada vez mais, de planejamento estratégico, com vistas a atender os fins almejados pelos anseios democráticos e republicanos.

Das anotações de Mintzberg, Ashlstrand e Lampel sobre dez escolas de pensamento acerca de formulação de estratégia, depreende-se que a estratégia abarca

⁴⁴⁹ BUGARIN, *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união*, cit., p. 84-86.

variadas ações e significados: planejamento, direção, guia, alvo; modo de atuação futuro, trajetória para ir de a situação atual para situação futura; padrão que permite manter a coerência ao longo do tempo; perspectiva, pois olha para dentro e para o alto em direção a uma visão ampla⁴⁵⁰.

O Tribunal de Contas deve ter visão prospectiva e proativa com o desiderato de aprimorar sua atuação, até porque a sociedade – maior destinatário de suas ações de fiscalização –, cobra melhores serviços públicos e resultados mais efetivos e eficazes da administração pública e, conseqüentemente, do controle externo.

Nesse particular, Maria João Estorninho⁴⁵¹ adverte que a Administração Pública procura hoje, desesperadamente, reencontrar [ou mesmo encontrar, diríamos] a eficiência, nomeadamente por meio de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil. Esse estado de coisas dá ensejo ao aparecimento de figuras jurídicas como as da parceria público-privada (PPP), da organização social (OS) e da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), mencionadas no tópico 4.3.5.

Para Roberto Dromi⁴⁵², a modernização do controle público deve observar: 1) a adequada distribuição e organização de suas atribuições, que devem procurar seguir as necessidades concretas da sociedade; 2) o aperfeiçoamento das instituições que o exercem; 3) o redesenho do alcance substancial das ações de fiscalização; 4) a revisão das matérias sujeitas ao controle, com a reformulação das existentes ou a inclusão de outras; 5) a nova teleológica que, na hipermodernidade, se caracteriza pela eficácia, celeridade, urgência, universalidade, devido processo legal, participação e, muito especialmente, pela transparência; e 6) a parte formal ou adjetiva do controle, relacionada tanto à capacitação dos funcionários responsáveis como à avaliação de seu desempenho.

Diante desse cenário, o Tribunal de Contas, para atender às novas demandas que se lhe apresentam, deve buscar planejamento estratégico adequado, cuja elaboração não pode se limitar à análise de dados, informações e comportamentos passados e presentes, e sim buscar antever e identificar variáveis e cenários tendentes a interferir na

⁴⁵⁰ MINTZBERG; ASHLSTRAND; LAMPEL; *Safári de estratégia*: um roteiro pela selva do planejamento estratégico, *cit.*, p. 9.

⁴⁵¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, *cit.*, p. 48.

⁴⁵² DROMI, *Modernización del control público*, *cit.*, p. 19-32.

efetividade de sua atuação, para poder enfrentá-los e, assim, atenuar a imprevisibilidade da ocorrência de fatos que possam comprometer a atuação do controle externo.

Luiz Sérgio Gadelha Vieira⁴⁵³, conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, lembra que o PROMOEX⁴⁵⁴ constitui marco da modernização do controle externo e da integração entre os Tribunais de Contas brasileiros.

Segundo o referido conselheiro, que era o coordenador do programa, o PROMOEX teve como principais diretrizes: a) maior intercâmbio e colaboração entre os tribunais de contas e destes com os poderes e órgãos governamentais; b) ações de articulação com o cidadão e sociedade organizada (controle social); c) elaboração de Lei Processual e de Normas de Auditoria; d) incremento no número de auditorias operacionais; e) capacitação de pessoal próprio e das unidades jurisdicionadas; f) redesenho dos métodos e processos de trabalho; g) elaboração/revisão do planejamento estratégico; h) promoção de capacitação gerencial; i) implantação de plano estratégico de TI; j) revisão do parque tecnológico; k) implementação de Política de Recursos Humanos; l) desenvolvimento da atuação das escolas de contas.

Entre os resultados alcançados, Luiz Sérgio Gadelha Vieira lista: a) redução de assimetrias entre os tribunais de contas; b) interação e cooperação entre os tribunais de contas; c) capacitação nacional em auditoria operacional; d) identificação e harmonização da maioria dos pontos de controle da LRF; e) criação do Portal do Controle Externo; f) elaboração de proposta de Lei Processual Nacional para o controle externo; g) aprovação de normas brasileiras de auditoria aplicada ao controle externo; h) proximidade e interlocução com o Governo Federal (Saúde, Previdência, Educação, Tesouro e Congresso); i) projeto piloto de auditoria operacional nas áreas de educação, saúde, saneamento básico e meio ambiente.

Odete Medauar⁴⁵⁵ anota que, nos países em desenvolvimento, organismos financeiros internacionais, como FMI e Banco Mundial, funcionaram como indutores de

⁴⁵³ VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. A importância do intercâmbio na modernização dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 50, maio de 2012, p. 8.

⁴⁵⁴ Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo nos Estados, Distrito Federal e Municípios brasileiros – PROMOEX, resultante de convênio celebrado entre as cortes de contas e o Governo Federal, com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, com o objetivo de modernização e integração de todos os órgãos de controle externo em nosso país.

muitas linhas de reformas tendentes ao controle da inflação e a busca de equilíbrios macroeconômicos, com redução do aparelhamento administrativo e o controle da despesa pública. O PROMOEX e a própria edição da Lei de Responsabilidade Fiscal podem ser considerados como resultados desse tipo de indução externa.

Atentos a essa necessidade de aprimoramento do controle de contas e de uniformizar procedimentos, os Tribunais de Contas do Brasil, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – Atricon, a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios - Abracom, o Instituto Rui Barbosa - IRB e o Colégio de Corregedores e Ouvidores dos Tribunais de Contas - CCOR, por decisão plenária do IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas e do XIII Encontro do Colégio dos Corregedores e Ouvidores, realizados em Fortaleza-Ceará, no período de 4 a 6 de agosto de 2014, aprovaram as seguintes diretrizes: 1) reafirmar seu compromisso em favor da criação de um Conselho Nacional como órgão superior de controle e fiscalização dos Tribunais de Contas, com atribuições de integração, normatização e correição, indispensáveis ao fortalecimento do Sistema de Controle Externo; 2) exigir que os indicados para a composição dos Tribunais de Contas do Brasil preencham os requisitos constitucionais e que atendam às condições consagradas pela “Lei da Ficha Limpa”, manifestando a determinação de não se dar posse àqueles que, eventualmente, não se enquadrem nesses requisitos mínimos; 3) manter o debate para definição de uma proposta a respeito de aperfeiçoamento dos critérios constitucionais que definem a composição dos Tribunais de Contas do Brasil, ponderando também sobre a necessidade de se estabelecer mecanismos de registro de candidaturas democráticos e transparentes, além de tornar a sabatina dos futuros ministros e conselheiros uma efetiva ferramenta de avaliação dos requisitos constitucionais; 4) contribuir com o debate sobre a racionalização e modernização do marco legal das licitações e contratos públicos, em estrita observância aos comandos constitucionais e tendo em mira o desenvolvimento sustentável, assegurando-se a manutenção do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, do exercício da fiscalização de ofício a qualquer tempo e da utilização de sistema de preços de referência nas contratações integradas; 5) assegurar o pleno cumprimento da Lei de Acesso à Informação (LAI), garantindo a transparência plena em todos os órgãos, a

⁴⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 132.

começar pelos próprios Tribunais de Contas, tornando efetiva a máxima segundo a qual a regra é a publicidade, sendo o sigilo a exceção; 6) ampliar, respeitado o Princípio Federativo, as parcerias dos Tribunais de Contas com instituições de fiscalização e controle, órgãos da Administração Pública e organizações da sociedade civil, visando ao compartilhamento de informações e à participação da cidadania no processo de controle governamental; 7) estimular no âmbito dos Tribunais de Contas o planejamento estratégico, atuando com base em metas e indicadores definidos que permitam o monitoramento e a avaliação de desempenho institucional; 8) desenvolver, com progressiva ênfase, auditorias operacionais e coordenadas em torno de temas relevantes, de tal forma que se avaliem efetiva e sistematicamente os resultados das políticas públicas, evitando-se a ineficiência e o desperdício de recursos; 9) agilizar a apreciação e o julgamento dos processos, por meio do cumprimento de prazos; 10) adotar o controle externo preventivo e concomitante como instrumento de efetividade de suas competências, suspendendo, sempre que necessário, os atos administrativos que representem risco ao interesse público, evitando prejuízos ao erário; 11) observar, em sua composição, organização e funcionamento, o modelo instituído pela Constituição da República; 12) desenvolver os Sistemas de Controle Interno no âmbito dos Tribunais de Contas como instrumento de melhoria da governança⁴⁵⁶.

Algumas dessas diretrizes deram ensejo à edição, pela Atricon, de onze resoluções de orientação aos Tribunais de Contas brasileiros⁴⁵⁷, que estão disponíveis no

⁴⁵⁶ Declaração de Fortaleza – Documento referência do IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas e do XIII Encontro do Colégio dos Corregedores e Ouvidores, realizado em Fortaleza - CE, no período de 4 a 6 de agosto de 2014. Disponível em: < http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/DECLARACAO_DE_FORTALEZA.pdf>. Acesso em: 27 de dezembro de 2014.

⁴⁵⁷ **Resolução Atricon 01/2014** – Disponibiliza referencial para que os Tribunais de Contas, de modo uniforme, aprimorem seus regulamentos, procedimentos e práticas de controle externo, de modo a conferir-lhes maior agilidade, assegurando o cumprimento do comando constitucional que estabelece a duração razoável do processo e garantindo efetividade à atuação do controle externo.

Resolução Atricon 02/2014 - Disponibiliza referencial para que os Tribunais de Contas aprimorem seus regulamentos, procedimentos, ferramentas e práticas de controle externo concomitante, de forma a possibilitar resposta célere, preventiva, tempestiva e efetiva às demandas crescentes e contínuas da sociedade.

Resolução Atricon 03/2014 – Fixa referencial para que os Tribunais de Contas, de modo uniforme no país, assegurem a observância do modelo constitucional na sua composição, organização e funcionamento, inclusive, obedecendo aos requisitos para a escolha de Ministros e Conselheiros, com vistas a imprimir maior qualidade, agilidade e profissionalismo no exercício do controle externo pelas Cortes brasileiras.

sítio eletrônico da associação (www.atricon.org.br). Duas dessas resoluções, pelo fato de estabelecerem diretrizes para melhor estruturação e para uniformização de procedimentos das corregedorias e ouvidorias dos tribunais de contas, foram editadas em conjunto com o Colégio dos Corregedores e Ouvidores dos Tribunais de Contas – CCOR.

A modernização dos tribunais de contas deve ser considerada ação estratégica permanente, porquanto a função de controle externo tem como objeto a administração pública e, como destinatário maior, a sociedade, que está em constante mutação.

4.3.7.1 Proposições para aprimoramento do controle de contas

Algumas questões que também podem contribuir para o aprimoramento do controle de contas, entretanto, por se referirem ao âmbito constitucional, estão a merecer

Resolução Atricon 04/2014 - Estabelece diretrizes para implantação do Sistema de Controle Interno nos Tribunais de Contas e define normas de referência para estruturação e funcionamento do Sistema de Controle Interno dos Tribunais de Contas.

Resolução Atricon 05/2014 – Estabelece diretrizes para os Tribunais de Contas concernentes à sua missão de estimular a implantação e de avaliar o desenho e o funcionamento do Sistema de Controle Interno dos jurisdicionados e define normas de referência para estruturação e funcionamento do Sistema de Controle Interno dos jurisdicionados, a fim de padronizar critérios mínimos para subsidiar a atuação dos Tribunais de Contas.

Resolução Atricon 06/2014 – Disponibiliza referencial para que os Tribunais de Contas do Brasil, de modo uniforme, aprimorem seus regulamentos, procedimentos e práticas de comunicação, mais especificamente quanto à divulgação de suas decisões e pautas de julgamento.

Resolução Atricon 07/2014 – Estabelece diretrizes com o propósito de orientar os Tribunais de Contas quanto à adoção de boas práticas relacionadas à gestão de informações estratégicas, proporcionando ganho de eficiência e efetividade das ações de controle externo.

Resolução Atricon 08/2014 - Disponibiliza referencial para que os Tribunais de Contas aprimorem seus regulamentos, procedimentos e práticas de controle externo afetas à observância da ordem cronológica nos pagamentos públicos.

Resolução Atricon 09/2014 - Disponibiliza referencial para que os Tribunais de Contas aprimorem seus regulamentos, procedimentos, ferramentas e práticas de controle externo, de forma a possibilitar resposta célere, preventiva, tempestiva e efetiva às demandas crescentes e contínuas da sociedade.

Resolução Conjunta Atricon-CCOR 01/2014 – Estabelece diretrizes referenciais que viabilizem o efetivo funcionamento das Corregedorias dos Tribunais de Contas, e, respeitadas as características de cada Corte, a harmonização de sua atuação em âmbito nacional.

Resolução Conjunta Atricon-CCOR 02/2014 – Estabelece diretrizes para alcançar um padrão mínimo de estrutura de Ouvidorias e uniformização de procedimentos, garantindo o amplo acesso do cidadão às informações de gestão das Cortes de Contas e respeitando as características das áreas de jurisdição de cada Corte.

reflexão sob a ótica do constitucionalismo estratégico defendido por José Luiz Borges Horta.

O Tribunal de Contas – como já visto – é órgão político e administrativo. Disso decorre, na visão de Carlos Ayres Britto⁴⁵⁸, que os processos instaurados pelos Tribunais de Contas, relativamente à sua função de controle externo, têm ontologia própria, isto é, são “processos de contas”. Para o autor, não são processos judiciais, porque esses são aqueles próprios do Judiciário, nem parlamentares, porquanto esses ocorrem no âmbito do Legislativo, tampouco são processos administrativos, uma vez que o Tribunal de Contas não julga, na hipótese em destaque, da própria administração, mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação decorre de uma precedente atuação, a administrativa.

Os processos de contas apresentam outras peculiaridades: necessidade de atuação obrigatória neles de um Ministério Público especializado (art. 128, CF/1988); por envolverem a fiscalização da aplicação de recursos públicos, o ônus da prova, em regra, é do gestor; não há litígio, figurando na relação processual o Tribunal de Contas e o gestor, ordenador de despesa ou prestador, como responsável.

A formalização do processo de contas, para resguardo do devido processo legal prescrito na Constituição, art. 5º, inciso LIV, e seus consectários jurídicos, como a ampla defesa e o contraditório, é estabelecida nas leis orgânicas e nos regimentos internos dos Tribunais de Contas, observadas, supletivamente, as regras previstas nas leis adjetivas pátrias, tais como as do Código de Processo Civil. Mas muitas vezes essas normas supletivas não têm aplicabilidade exata, devido às peculiaridades dos processos que tramitam no Tribunal de Contas.

Esse tipo de regramento esparso provoca dessemelhanças de todas as ordens nos procedimentos adotados pelos Tribunais de Contas pátrias, que vão desde divergências em nomenclaturas aos ritos adotados no âmbito das Casas de Contas.

Urge, pois, a necessidade de pensar e reconhecer ontologia própria aos processos que tramitam no Tribunal de Contas e, até, na edição de *lei nacional de processos de contas*, no que tange ao estabelecimento de regras gerais (CF, art. 24, I, § 1º, c/c arts. 75 e

⁴⁵⁸ BRITTO, O regime constitucional dos tribunais de contas, *cit.*, p. 10.

163), como aquelas relacionadas ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa, à obtenção de provas por meios lícitos, à razoável duração do processo de contas, a fim de uniformizar procedimentos entre as Corte de Contas⁴⁵⁹.

A Atricon desenvolveu anteprojeto de *lei processual para os Tribunais de Contas*, elaborado por comissão composta de juristas brasileiros, entre os quais, Juarez de Freitas e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. O anteprojeto foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para que o apresentasse ao Legislativo. Entretanto, o TCU entendeu que não lhe competia iniciar o processo legislativo relativo a esse projeto de lei, o que culminou com o arquivamento do referido anteprojeto de lei naquele órgão⁴⁶⁰.

A criação do *Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC)*, nos moldes dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, também é medida que está a merecer melhor atenção do Congresso Nacional – notadamente porque já tramitam, na Câmara dos Deputados, a PEC nº 28/2007 e, no Senado Federal, a PEC nº 30/2007 –, pois trará modernidade aos procedimentos dos Tribunais de Contas brasileiros.

É que, além de atuar em defesa dos interesses da sociedade, o Conselho dos Tribunais de Contas será responsável por organizar, planejar e normatizar procedimentos e ações e por definir metas nacionais de atuação e fiscalização da gestão dos recursos públicos, bem como realizar a atividade correcional dos membros dos trinta e quatro tribunais de contas brasileiros.

Essa medida tem total apoio dos membros dos tribunais de contas do Brasil, tanto que ficou consignado na Declaração de Fortaleza, documento referência do IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas e do XIII Encontro do Colégio dos Corregedores e Ouvidores, realizado em Fortaleza - CE, no período de 4 a 6 de agosto de 2014, como primeira das doze diretrizes constantes nessa declaração, o compromisso em favor de apoiar a criação de um Conselho Nacional como órgão superior de controle e fiscalização dos Tribunais de Contas, com atribuições de integração, normatização e correição, indispensáveis ao fortalecimento do Sistema de Controle Externo.

⁴⁵⁹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas? *Revista do TCU*, Brasília, ano 40, n. 113, set./dez. 2008.

⁴⁶⁰ Acórdão nº 2160/2012 – TCU – Plenário – de 15 de agosto de 2012.

Ademais, as normas inerentes à organização, composição e competência do Tribunal de Contas podem constituir capítulo próprio e apartado na Constituição, assim como acontece com o Ministério Público.

Ora, o constituinte de 1988 conferiu ao Tribunal de Contas estatura de órgão constitucional autônomo e independente, que não se subordina e não se integra à estrutura orgânica de nenhum dos poderes (funções) do Estado, tanto que está legitimado a exercer diretamente o controle externo de toda a administração pública brasileira.

Com efeito, o fato de prestar auxílio ao Congresso Nacional não justifica o arranjo dado às normas pertinentes ao Tribunal de Contas na Constituição, o que somente serve para gerar interpretações dúbias, que não condizem com o telos constitucional.

Outra questão que está a merecer melhor reflexão, refere-se à possibilidade de acesso pelo Tribunal de Contas a informações de natureza fiscal e bancárias, sem a interveniência do Poder Judiciário.

De forma expressa, a Constituição de 1988 outorgou instrumental jurídico ao Tribunal de Contas, nos termos dos arts. 70 e 71, para realizar ações de controle que não se restrinjam ao simples exame de conformidade com a lei, já que a fiscalização a cargo dele tem amplo espectro, na medida em que alcança os sistemas orçamentário, financeiro, contábil, patrimonial e operacional, sob o enfoque da legalidade, legitimidade e economicidade.

Mas pode ocorrer, sobretudo diante de casos concretos envolvendo indícios de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, de a fiscalização ficar prejudicada, pelo fato de o Tribunal de Contas não ter acesso irrestrito a todas as informações de natureza fiscal e bancária referente ao órgão ou entidade fiscalizada e aos gestores responsáveis, imprescindíveis ao cumprimento, na plenitude, das competências que a Constituição lhe outorgou.

De fato, a efetividade na aplicação dos recursos públicos e os esforços na manutenção da ordem social não se coadunam com um sistema jurídico em que a fiscalização de desvio de dinheiro público, pelo órgão legitimado pela Constituição para tal missão, sofre embaraços de ordem infraconstitucional, decorrentes da legislação de

proteção à atividade das instituições financeiras, prevista na Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Nesse particular, não se pode olvidar que os dados sigilosos acessados pelo Tribunal de Contas estariam protegidos pelo dever de sigilo ao qual se encontram obrigados os servidores do órgão em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização. No caso do TCU, essa obrigação está expressamente prevista no inciso IV do art. 86 do art. 86 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências⁴⁶¹. Ademais, nos termos do art. 42 do referido diploma legal, “nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto”.

Em situações em que há indícios de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, os princípios da indisponibilidade do interesse público, da prestação de contas dos recursos públicos (CF/88, art. 34, VII, “d”), da transparência e da moralidade sobrepõem-se ao princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, insculpido no inciso X do art. 5º da Constituição de 1988, o qual vem sendo invocado pelo Supremo Tribunal Federal – STF para negar essa prerrogativa ao Tribunal de Contas⁴⁶², até porque não haveria quebra, mas transferência do sigilo.

⁴⁶¹ Art. 86. São obrigações do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas da União: [...] IV - guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à chefia imediata.

⁴⁶² **MS N. 22.934**

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.). Julgamento em 17-4-2012, Segunda Turma, DJE de 9-5-2012.

MS 22.801

RELATOR: MIN. MENEZES DIREITO

Agrega-se ao que foi dito a motivação adotada pelo próprio STF para reconhecer, ao Tribunal de Contas, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510⁴⁶³, fundada na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual

a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Nessas situações, e com fundamento nos princípios mencionados, deve ser reconhecido ao Tribunal de Contas, independentemente de autorização do Judiciário, a possibilidade de ter *acesso a informações de natureza fiscal e bancária*, imprescindíveis ao deslinde de caso concreto, mediante decisão fundamentada.

Além desses aspectos, outro que está a merecer melhor tratamento tem pertinência com o sistema de controle interno a ser estruturado no âmbito de cada poder.

O *caput* do art. 70 da Constituição de 1988 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE, SEGURANÇA CONCEDIDA.

A Lei Complementar 105, de 10-1-2001, 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). Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da CF, 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 CF, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. Julgamento em 17-12-2007, Plenário, DJE de 14-3-2008.

⁴⁶³ “[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR.” (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

De acordo com o art. 74 da Constituição, o sistema de controle interno de cada Poder ou função do Estado tem a finalidade de, entre outras, comprovar a legalidade e avaliar os 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, e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Esse apoio ao sistema de controle externo é de tal magnitude que os responsáveis pelo controle interno devem comunicar ao Tribunal de Contas qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tenham ciência, sob pena de responsabilidade solidária, como dissemos.

É inegável que o sistema de controle interno integra *núcleo estratégico do Estado*, cujas atribuições devem ser desempenhadas por servidores especializados, aos quais devem ser reconhecidas garantias mínimas, para que o fim almejado pela Constituição seja efetivamente alcançado.

Impõe-se reconhecer que as atribuições outorgadas ao sistema de controle interno de cada poder, conforme estatui o art. 74 da Constituição, devem ser desempenhadas por servidores ocupantes de cargos escalonados e integrantes de carreira típica de Estado, a exemplo do que foi feito com as carreiras das administrações tributárias, nos termos das disposições contidas no inciso XXII do art. 37 da Constituição de 1988, acrescido pela Emenda nº 42, de 2003.

5 CONCLUSÕES

A investigação desenvolvida neste trabalho partiu da contextualização do controle de contas na trajetória do constitucionalismo moderno, para culminar na apresentação da teoria jurídica do controle de contas no Estado brasileiro.

O constitucionalismo pode ser entendido como movimento social ou jurídico, instrumento, técnica ou meio de estruturar ou criar balizas para o exercício do poder político, ou ainda, a partir do fenômeno da universalização da constituição, como o fato de um Estado ter uma constituição.

Esse constitui o estágio do constitucionalismo moderno que resulta no nascimento do Estado de Direito ou Estado Constitucional, que se apresenta como garante do reconhecimento e da concreção dos direitos fundamentais do homem, que constitui a finalidade ética do Estado de Direito.

Nesse contexto, a constituição é o documento escrito que consubstancia as normas de estruturação e controle do poder político, como também o reconhecimento dos direitos fundamentais.

É inegável e incontestado, pois, a conexão – diria, até, indissociabilidade – existente entre Estado de Direito, constitucionalismo, constituição e direitos fundamentais do homem.

Pode-se afirmar que constitucionalismo, Estado de Direito e constituição representam estratégias utilizadas pelo homem para limitar o poder político e garantir os direitos fundamentais. E mais: que a estratégia precípua do constitucionalismo moderno foi estabelecer, declarar e garantir as liberdades e os direitos fundamentais em documento escrito, a constituição, para dificultar retroação e permitir sempre a agregação de novos direitos e valores.

Da trajetória de lutas, conquistas e de recepção jurídica dos direitos individuais registrada pela história, ressaí que as conquistas de direitos pelo homem, máxime as que envolveram mudanças de paradigmas já consolidados ou arraigados pela tradição e pelo costume de longo espaço de tempo, aconteceram de forma paulatina, como tudo, a propósito, que se pretende seja perene.

As fases de evolução histórica e ideológica do Estado de Direito e as correspondentes gerações ou dimensões de direitos fundamentais não ocorreram de forma estanque ou isolada, ou de um processo de total desconexão entre a fase anterior e a subsequente. Pelo contrário, trata-se de processo contínuo, gradual e harmônico, numa espiral de agregação de valores e de maiores garantias entre as camadas ou estratos sociais, segundo a inspiração social-filosófica do respectivo momento da história. Essas etapas, portanto, configuram processos de consolidação do Estado de Direito.

O Estado de Direito tem como pilares três correntes filosóficas: o jusnaturalismo, o contratualismo e o liberalismo. O jusnaturalismo fundamenta-se, de acordo com as etapas inerentes ao desenvolvimento da história e ao pensamento humano, no universo, em Deus e na razão, e defende que os direitos imanentes à natureza do homem, como a liberdade e a vida, são absolutos, imutáveis, intransferíveis, atemporais.

O contratualismo é a doutrina política que professa a tese de que o Estado tem gênese na metáfora do contrato social, pacto imaginário de consentimento entre os homens, para criação de instituição organizada para manter a ordem e garantir direitos. Esse pacto é fruto da razão e consectário da liberdade inerente ao homem.

O liberalismo, como ideia econômica, defende a total abstenção do Estado, de modo a garantir total liberdade ao homem, notadamente em relação ao direito de contratar, prevalecendo as regras do mercado; como ideia política, significa limitação do poder político pela constituição e pela democracia.

Nessa esteira, a defesa e a realização da liberdade, consubstanciadas em ações e instrumentos visando a garantir respeito à pessoa humana e a seus direitos naturais e fundamentais, à limitação do poder político, ao império da lei, ao Estado constitucional, constituem as bases de sustentação das doutrinas ou teorias ora sintetizadas – jusnaturalismo, contratualismo e liberalismo.

Erige-se, apoiado nesses pilares, o primeiro paradigma do Estado moderno constitucional ou do Estado de Direito, que rompe com as tradições do Estado absolutista até então vigente. É o Estado liberal de Direito, que nasce sob a égide do valor liberdade e como fruto de estratégia da burguesia para tomar o poder.

O Estado liberal de Direito tem como característica a não intervenção estatal e garante os direitos de primeira geração ou dimensão (direito à vida, à liberdade, à integridade, à igualdade, à propriedade, direito de contratar). Esses direitos são assim denominados pelo fato de serem garantidos e protegidos pelo primeiro paradigma do Estado de Direito.

Porém, embora o seu alvorecer represente marco histórico universal, mormente pela imagem icônica da Revolução Francesa, movimento revolucionário inspirado pelas românticas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade (*liberté, égalité e fraternité*), o Estado liberal de Direito foi incapaz de satisfazer os anseios ou as necessidades mais básicas da sociedade, razão pela qual não ficou indene à crítica.

Era chegada, ou passada, a hora de o Estado de Direito rever seus rumos e, por conseguinte, corrigir desvios cometidos, principalmente, em relação à classe baixa da sociedade, que se estratificou, em razão do sistema econômico, capitalismo, adotado pela classe dominante, a burguesia, que foi a classe revolucionária.

As tensões surgidas no curso do Estado liberal de Direito criam ambiência marcada por reivindicações de direitos sociais, em razão, sobretudo, das precárias condições de vida da nova classe social, o proletariado, o que escancara a incompatibilidade do liberalismo absenteísta e do constitucionalismo abstrato e semântico com a realidade social vivenciada no decorrer do século XIX.

No limiar do século XX, o Estado de Direito passa a ter conformação social, com o intento de dar concreção a direitos fundamentais, sobretudo aos sociais e econômicos que passaram a ser reclamados e que encontravam amparo no valor igualdade, visando a fazer justiça distributiva.

O Estado social de Direito também é fruto de estratégia da burguesia, resultante de rearranjo em dogma do liberalismo, consubstanciado na possibilidade de intervenção do Estado no âmbito econômico, como na realidade constitucional. A estratégia da burguesia, como classe dominante, e não mais revolucionária, foi dessa feita direcionada para manter-se na crista da onda e no controle do poder.

O Estado social de Direito, também denominado Estado de bem-estar ou *Welfare State*, Estado previdência, Estado intervencionista, assume postura de executor de

ações públicas ou de prestações positivas, porquanto, além dos direitos fundamentais individuais, como o de propriedade e os inerentes à liberdade, passou a garantir direitos de índole social, econômica e cultural, tais como: direito de proteção ao trabalho e respectivas regras protetivas ao trabalhador (salário mínimo, estabelecimento de jornada máxima de trabalho, férias, previdência), proteção à velhice, à saúde, direito à educação, à cultura, ao lazer, à habitação, à segurança.

Mas esse formato de atuação estatal também passou a ser insuficiente para atendimento dos anseios da sociedade. Faltavam justiça social distributiva e participação popular verdadeira no processo político.

A partir da segunda metade do século XX, em meio ao ambiente de horrores e de devastação ocasionado pela Segunda Guerra, começa a surgir novo paradigma estatal, o Estado democrático de Direito, que surge sob os auspícios do valor fraternidade, na busca de universalizar os direitos sociais, para garantir real dignidade à pessoa humana.

O Estado democrático de Direito tem como pilares a divisão de poderes, maior participação popular no processo político e a fundamentalidade e centralidade da constituição, que se constitui no fundamento para a atuação estatal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é o símbolo e marco da internacionalização dos direitos fundamentais. As Constituições da Itália de 1947 e da Alemanha de 1949, pelo fato de estabelecerem normas de proteção aos direitos individuais, são consideradas ícones do constitucionalismo do segundo pós-guerra e serviram de inspiração a outras constituições pelo mundo, como a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a brasileira de 1988.

Essas constituições também reconhecem aos respectivos Tribunais de Contas o *status* de órgãos constitucionais autônomos.

Os direitos de terceira geração ou dimensão não têm como titular o homem, considerado na sua singularidade, mas o gênero humano, tanto que visam a proteger, até, as futuras gerações humanas.

Incluem-se entre os direitos de terceira geração ou dimensão os direitos ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à comunicação, de proteção da natureza e do patrimônio cultural, os direitos dos consumidores.

As três fases de evolução do Estado de Direito no curso da história demonstram que o constitucionalismo é movimento dialético. Prova disso é que começa a ser defendida, por José Luiz Borges Horta, a emergência de um constitucionalismo estratégico, que é forma de repensar e imaginar as instituições constitucionais para enfrentar os desafios do tempo presente e se preparar para os do porvir.

A contextualização do constitucionalismo moderno mostra que controlar o poder político é submetê-lo às normas estabelecidas na constituição, o que permite concluir que o controle de contas também constitui um dos meios engendrados pelo Direito para controlar o poder político, tanto que a figura do orçamento moderno e a maioria dos Tribunais de Contas surgem a partir do advento do Estado de Direito.

É possível inferir, ainda, que o controle de contas no Estado liberal de Direito – em razão de seu viés absenteísta, de reduzir e controlar o poder – cinge-se ao aspecto de conformidade com a lei, notadamente se a despesa pública está de acordo com o orçamento aprovado pelo Legislativo. O controle de contas começa a ganhar importância e destaque para a sociedade a partir do Estado social de Direito, atingindo o ápice de organização e atuação no Estado democrático de Direito.

Isso porque é a partir do Estado social que o Estado passa a adotar postura ativa, como prestador e executor de políticas públicas, para garantir direitos econômicos e sociais, que são universalizados no Estado democrático de Direito. E, para realizar tais direitos, aumenta-se a cobrança de tributos, o que dá ao Tribunal de Contas a missão de ser o órgão garantidor do interesse público na gestão fiscal.

Na segunda parte do trabalho, que tem por objeto apresentar a teoria jurídica do controle de contas, verifica-se que a palavra “controle” é própria da Ciência da Administração, tanto que representa etapa do complexo procedimento de administrar.

A palavra controle, por ser de origem francesa, recebeu resistência para sua utilização por parte dos defensores do purismo da língua portuguesa, que já contava com o termo “fiscalização”. Essa polêmica, hoje, não mais existente, passando a palavra controle a ser de uso corrente no vernáculo pátrio.

O controle de contas apresenta-se como o mais legitimado instrumento para aferir o cumprimento dos princípios a que está adstrita a Administração para alocar os

recursos públicos, oriundos, na quase totalidade, dos tributos cobrados do povo. Ademais, e esse é o grande desafio do controle de contas, para verificar a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a oportuna prestação de serviços públicos de qualidade, com observância, entre outros, dos princípios da legitimidade, economicidade e eficiência. O controle de contas, no Estado democrático de Direito, visa proteger, em última instância, o interesse público.

O controle, em relação ao órgão que o realiza, pode ser interno ou externo. O controle interno, em sentido amplo, pode ser entendido como o controle administrativo que qualquer poder, órgão ou entidade tem o dever-poder de realizar sobre seus próprios atos, para salvaguardar a obediência ao Direito. E, em sentido restrito ou específico, o controle interno é aquele relativo à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a que alude o *caput* do art. 70 da Constituição de 1988, que deverá ser estruturado sob a forma de sistema em cada um dos poderes, para atingir as finalidades arroladas no art. 74 também da Constituição.

Por ter recebido amplo e relevante rol de atribuições, a atuação do controle interno, nesse particular, torna-se estratégica para a Administração Pública. Isso porque tais competências têm por escopo, entre outros objetivos, a) possibilitar a avaliação sistemática dos resultados obtidos e, conseqüentemente, municiar os gestores de dados que possibilitam a correção de desvios e a retomada da rota para atingimento dos objetivos planejados, como também orientação para formulação das políticas públicas futuras; b) evitar o cometimento de abusos de poder e o descumprimento do Direito na prática dos atos administrativos e na gestão dos recursos e bens públicos; c) reduzir ou eliminar riscos de prejuízo e administração ruínosa do patrimônio público.

Igualmente para o Tribunal de Contas, a atuação do controle interno é estratégica, porque o autocontrole deve, entre outras atribuições, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. É dizer: a atuação do controle interno, por preceder a do controle externo, e partindo do pressuposto de existir um sistema de controle interno devidamente estruturado e atuante, pode trazer como benefícios a redução do trabalho do controle externo e o fornecimento de informações essenciais sobre a gestão pública, para orientar as ações de fiscalização do Tribunal de Contas.

A despeito de a atuação do controle interno ser indispensável à administração pública no Estado democrático de Direito, o que se verifica na prática, nomeadamente nas administrações municipais, é a inobservância efetiva do que dispõe o art. 74 da Constituição de 1988; isso porque a grande maioria dos Municípios, quando institui sistema de controle interno, cumpre o preceito constitucional somente formalmente, já que, na prática, nomeiam servidores despreparados para o exercício de tão relevantes e caras atribuições para o interesse público.

Ora, a atuação do controle interno, no âmbito do Estado democrático de Direito e diante dos contornos estabelecidos na Constituição de 1988, não admite figuração, mas concreção e atuação firme e responsável, pois o autocontrole constitui salvaguarda para o erário e, por conseguinte, para o governante ou gestor compromissado com a boa e regular gestão dos bens e recursos públicos.

Urge que o sistema de controle interno seja devidamente estruturado no âmbito de cada unidade da Federação brasileira para cumprir o relevante, necessário e indispensável papel que a Constituição lhe reservou.

No Estado democrático de Direito, o controle social apresenta-se, ainda, como modalidade de controle da administração pública. A Constituição e a Lei de Acesso à Informação estabeleceram vários meios e instrumentos, com vistas a viabilizar e facilitar essa importante forma de controle a ser exercido pela sociedade.

Mas, apesar de todos os avanços da legislação e da tecnologia, ainda falta ao cidadão brasileiro conscientizar-se de que os bens e recursos públicos são de sua propriedade e que, por isso, devem ser geridos para propiciar-lhe serviços públicos de qualidade e prestados de forma oportuna, de modo a garantir-lhe bem estar e uma sobrevivência digna.

O controle externo é aquele realizado por órgão não integrante da estrutura orgânica do poder, órgão ou entidade controlada. O controle externo da administração pública brasileira, *lato sensu*, é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. *Stricto sensu*, ou seja, a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e operacional, pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas.

Em se tratando de controle de contas, existem dois modelos clássicos de entidades vocacionadas para efetivá-lo. O modelo de tribunais de contas, que é o adotado no Brasil, e o modelo de controladorias ou de auditorias gerais, adotado, por exemplo, pelos Estados Unidos da América - EUA.

O Tribunal de Contas, no Brasil, foi formalmente criado no início da República, por meio do Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, mas somente foi instalado em 17 de janeiro de 1893, quando já vigia a Constituição republicana de 1891, que o reinstalou por meio das disposições contidas em seu art. 89.

A evolução do Tribunal de Contas ao longo da linha do tempo constitucional do Brasil confirma afirmativa que permeia este trabalho: o Tribunal de Contas, como instrumento engendrado pelo Direito para limitar o poder político, desenvolve-se, de forma concatenada e harmônica, com o Estado de Direito, atingindo o ápice de sua potencialidade orgânica e funcional no Estado democrático.

Nesse sentido, pode-se verificar que, nas Constituições de 1934, 1946 e 1988, consideradas as Constituições democráticas do Brasil, o Tribunal de Contas – além de ter autonomia e independência de atuação – teve as atribuições aumentadas, tanto que, na Constituição de 1988, foi outorgado ao órgão de controle um dos mais proeminentes papéis constitucionais já conferidos às instituições públicas. A fiscalização a cargo do Tribunal de Contas passou a ser contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Foi outorgada ao Tribunal de Contas competência para aplicação de sanções, nos termos da lei, receber e processar denúncia que verse sobre irregularidades e ilegalidades na gestão da coisa pública.

Por outro lado, nos regimes de exceção, notadamente no Estado Novo de Getúlio Vargas, com a Carta de 1937, o Tribunal de Contas perdeu sua autonomia e independência e teve suas atribuições mitigadas ou mesmo suprimidas.

Medidas como essas demonstram a imprescindibilidade do Tribunal de Contas para a democracia e constituem estratégia de quem toma o poder para garantir a pseudonormalidade do estado de exceção, em que há a preponderância de um poder sobre os demais, quebrando pilares do Estado democrático de Direito.

As normas que prescrevem a função, organização, composição e competências do Tribunal de Contas da União – TCU, que se aplicam, no que couber, às demais casas de contas brasileiras, estão dispostas nos artigos 70, 71, 73 e 75 da Constituição de 1988.

Da interpretação das vigentes normas constitucionais, pode-se concluir que o Tribunal de Contas é órgão autônomo, técnico-especializado, que se insere na estrutura organizacional do Estado brasileiro, não se integrando na organização formal de nenhuma das três funções ou poderes do Estado, Legislativo, Executivo, ou Judiciário.

Com o Poder Legislativo, mantém relação de cooperação ou colaboração, na acepção de operação conjunta e concertada, relacionamento que se estende aos demais poderes (funções) do Estado, na medida em que, da fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas, emanam recomendações e determinações que servem para aprimorar a gestão dos órgãos e entidades que os integram.

O Tribunal de Contas tem função jurisdicional, relativamente ao julgamento das contas a que alude o inciso II do art. 71 da Constituição de 1988.

Isso não retira a prerrogativa do Poder Judiciário de apreciar, se provocado, possível ameaça ou lesão a direito na decisão do Tribunal até mesmo sobre essas contas (CF, art. 5º, XXXV). A apreciação judicial, entretanto, deve limitar-se a verificar possível inobservância de formalidades legais na instrução processual ou na realização do julgamento. Não pode o judiciário rever o conteúdo da decisão, pois o julgamento de mérito sobre tais contas a Constituição reservou, expressamente, ao Tribunal de Contas.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas, pelo seu amplo e complexo espectro, pois se refere à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, requer corpo técnico composto de servidores com formação em diversas áreas do conhecimento, entre as quais Contabilidade, Administração, Economia, Direito, Engenharia, Ciência da Computação, Atuária.

Ainda mais que esse controle deve ser realizado sob os aspectos de legalidade, que hoje é entendida em sentido mais amplo, não se restringindo à observância da atuação segundo a lei, mas abarcando também a integralidade do sistema jurídico; de legitimidade, que alcança a verificação dos motivos determinantes da prática do ato e o resultado social; e de economicidade, por meio da qual se busca averiguar a observância da melhor relação

benefício-custo na realização de um gasto ou investimento, sem perda de qualidade ou de resultado menos favorável para o interesse público.

Para realizar atribuições tão complexas de forma eficaz e efetiva, a fim de resguardar o interesse público e social, o Tribunal de Contas deve ter como estratégia permanente a modernização e o aperfeiçoamento de sua estrutura, de seus processos de trabalho e de seu corpo técnico de servidores e julgadores.

As tecnologias da informação (TI) apresentam-se como ferramentas poderosas, tanto para aprimorar o exercício do controle, como para induzir e facilitar a atuação do controle social, que foi reforçado com a edição da Lei nº 12.527, de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

A análise do desempenho da administração pública deve ser aprimorada, mediante aumento das auditorias operacionais destinadas a avaliar a efetividade do gasto público, bem como das políticas e programas governamentais.

Estão a merecer melhor reflexão, ainda, como forma de aprimoramento do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, à luz da emergência do constitucionalismo estratégico, as questões analisadas no tópico de proposições, que dizem respeito: 1) ao reconhecimento de ontologia própria aos processos de contas e, até, à edição de lei nacional dos processos de contas, com a finalidade de estabelecer regras gerais de direito processual, a fim de uniformizar procedimentos entre os Tribunais de Contas brasileiros; 2) à criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC), como órgão superior de controle e fiscalização dos Tribunais de Contas, com atribuições de integração, normatização e correição, indispensáveis ao fortalecimento do Sistema de Controle Externo; 3) ao melhor arranjo das normas constitucionais inerentes à organização, composição e atribuições do Tribunal de Contas que devem ser dispostas em capítulo próprio na Constituição, a fim de evitar interpretações dúbias sobre a posição do órgão na estrutura do Estado brasileiro; 4) a reconhecer ao Tribunal de Contas, independentemente de autorização judicial, o direito de ter acesso a informações fiscais e bancárias de pessoas envolvidas em fiscalização em que há indício de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; 5) a assegurar que as atribuições constitucionais do sistema de controle interno de cada poder devem ser

desempenhadas por servidores ocupantes de cargos escalonados e integrantes de carreira típica de Estado, a exemplo do que ocorre com as carreiras das administrações tributárias.

De tudo o que foi exposto, emerge o delineamento do controle estratégico de contas: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública, quanto aos princípios integrantes do sistema jurídico, realizada por órgão autônomo, técnico-especializado, de matriz constitucional, no caso do Brasil, o Tribunal de Contas, que tem por primeiro objetivo proteger o interesse público e social na gestão dos bens e recursos públicos.

E, para atingir esse desiderato, o Tribunal de Contas deve: 1) ter como estratégia permanente a busca pela modernidade e aprimoramento de sua organização estrutural, de seus processos de trabalho e de seu corpo técnico de servidores e julgadores; 2) procurar antever e identificar variáveis e cenários tendentes a interferir na efetividade de sua atuação, com vistas a enfrentá-los e, dessa forma, minimizar a imprevisibilidade da ocorrência de fatos futuros que possam comprometer sua atuação; 3) buscar parceria com outros órgãos e entidades públicas, incluídos outros órgãos de controle, para criar rede de informações estratégicas, visando a obter dados para nortear suas ações de fiscalização; 4) aproveitar as oportunidades, como as trazidas pelas tecnologias da informação (TI), para tornar suas ações eficazes e eficientes, bem como para municiar a sociedade e o Estado de informações de fácil entendimento sobre a gestão pública e, dessa forma, fomentar o controle social, forte aliado do controle de contas; 5) capacitar gestores e servidores públicos, notadamente os integrantes do sistema de controle interno da administração pública, que tem, como uma de suas finalidades, a atribuição de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Enfim, poderíamos consignar que controle estratégico de contas se correlaciona com *temperança*, que, segundo François Ost⁴⁶⁴, “é a sabedoria do tempo, a justa medida do seu desenrolar, a mistura harmoniosa de seus componentes e, do mesmo modo que a alternância das estações (as Horas) torna os climas temperados”. É dizer: a temperança do controle de contas, ou seja, a justa medida da fiscalização da administração pública realizada no presente, mediante ações desenvolvidas com base em padrões e experiências do passado e com olhos voltados para as perspectivas do futuro, é elemento

⁴⁶⁴ OST, *O tempo do direito*, cit., p. 17.

indispensável na busca pela preservação do interesse público e social na gestão pública.

Afinal:

A temperança é “acordo e harmonia”, garante Platão: ‘espalhada no conjunto do Estado, ela põe em uníssono das oitavas mais fracas, as mais fortes e as intermediárias sob a relação da sabedoria, da força, do número, das riquezas ou de qualquer outra coisa parecida’.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ OST, *O tempo do direito*, cit., p. 17.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

AMORIM, Ivan Gerage. *Notas sobre o estado democrático de direito*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/notas-sobre-o-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 11 de maio de 2014.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do tribunal de contas. In: FREITAS, Ney José de. *Tribunal de contas aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63-72.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de contas: natureza, alcance e efeito de suas funções. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 73, ano 18, p. 181-192, jan./mar. 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. TCU: presença na história nacional. p. 270. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954.PDF>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo, et al (Orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha* (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 283-299.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, Alice Gonzales. O controle jurisdicional da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, abr./jun. de 1993, p. 49-60.

BRASIL. *Constituições do Brasil*: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Índice Ana Valderez A. N. de Alencar e Leyla Castello Banco Rangel. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

BRASIL. *Declaração de Fortaleza* – Documento referência do IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas e do XIII Encontro do Colégio dos Corregedores e Ouvidores, realizado em Fortaleza - CE, no período de 4 a 6 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/DECLARACAO_DE_FORTALEZA.pdf>. Acesso em: 27 de dezembro de 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

BRASIL. Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 25, n. 62, p. 180-190, out./dez. 1994.

BRASIL. *Lei nº 4.320, 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as sociedades de ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

BRASIL. *Manual de auditoria operacional do tribunal de contas da união*. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

BRASIL. *Manual de contabilidade pública aplicada ao setor público*. Portaria STN nº 437/2012, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN. 5ª edição. Brasília. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Parte_II_-_PCP.pdf>. Acesso em: 25 de dezembro de 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, °. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2014.

BUENO, Marcelo Martins. *A gênese do conceito de liberdade no pensamento de Thomas Hobbes*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009 (Tese de doutoramento). Disponível em <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp091392.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2014.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Tomo I reimpressão, Coimbra: Almedina, 1993.

CAMPELO, Valmir. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOUSA, Alfredo José de, et al (Coord.). *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 131-145.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível em <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de

constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. Belo Horizonte, *Fórum Administrativo*, março de 2001.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. v. V – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, out./dez. 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago e GRAU, Eros Roberto (Coordenadores). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DANIEL, Jean-Marc. *8 lições de história econômica: crescimento, crise financeira, reforma fiscal, despesa pública*. Tradução de Jorge Costa. Revisão Pedro Bernardo. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 2013.

DELMONDES, Edna. *A interação do tribunal de contas com o parlamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. Roteiro do protagonista do SRP: as competências do órgão gerenciador previstas no Decreto nº 7.892, de 23.01.2013. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Registro de Preços: análise da Lei nº 8.666/93, do Decreto Federal nº 7.892/13 e de outros atos normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 51-75.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O controle dos contratos da administração pública pelo tribunal de contas: ensaio sobre o momento da fiscalização financeira adotado no Brasil e em Portugal. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014.

DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Buenos Aires: ABRN Producciones Gráficas, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 8. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle das licitações e contratos administrativos. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunal de contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GALINDO, Bruno. A teoria da constituição no *common law*: reflexões teóricas sobre o peculiar constitucionalismo britânico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, out./dez. 2004.

GIORDANI, Mário Curtis. *História da grécia*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Canto dos espíritos sobre as águas*. Disponível em <<http://www.citador.pt/poemas/canto-dos-espíritos-sobre-as-aguas-johann-wolfgang-von-goethe>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2014.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)*. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Editora Unijui, 2005.

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

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estados na antiguidade clássica. In: Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky (orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. GUERRA FILHO, Willis Santiago. (coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Título original em inglês: *The federalist*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas*, [v.1]: do liberalismo ao fascismo. Tradução de Janaína Marcoantonio e Mariane Janikian. 1. ed. 1. impr. São Paulo: Ática, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HOBSBAWM, Eric J.. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 32. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

HORTA, José Luiz Borges. Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 783-806, jul./set. 2012.

HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HORTA, José Luiz Borges. Hegel e o estado de direito. In: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (Coord.). *Hegel, liberdade e estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 45, n. 4, out./dez. 2002, p. 143-193.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Seifer, 1999.

LIMA, Diana Vaz de; CASTRO, Róbison Gonçalves de. *Contabilidade pública: integrando união, estados e municípios (siafi e siafem)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética na administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MACHADO JR., J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*. 25. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1993.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo: o tribunal de contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, abr./jun. de 2009, p. 92-101.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Os direitos individuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 99, jul./set. de 1988.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 113, jan./mar. 1992, p. 327-330.

MARTINS, António Manuel. *Contratualistas: John Locke*. Disponível em <<http://saojose.palotinas.com.br/files/media/JOHN%20LOCKE.pdf>>. Acesso em: 17 de setembro de 2014.

MARTINS, António Manuel. *Os contratualistas: Jean Jacques Rousseau*. Disponível em <<http://saojose.palotinas.com.br/files/media/JEAN%20JACQUES%20ROUSSEAU.pdf>>. Acesso em: 17 de setembro de 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: RT, 2000.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunal de contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Jorge. O homem e o estado direitos do homem e democracia. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano I, n. 1, jan./mar. de 1999.

MINTZBERG, Henry; ASHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. *Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Tradução de Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookland, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Título original em francês: *L'esprit des lois*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: SOUZA, Alfredo José de; et al (Orgs.). *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.33-86.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NETTO, Jair Lins. Tribunal de contas: um desconhecido na república. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 03 de 2001, ano XIX.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 744.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas? *Revista do TCU*, Brasília, ano 40, n. 113, set./dez. 2008.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Volume1, Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária - do estado totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Instituição de tributos, guerra fiscal e renúncia de receitas da lei d responsabilidade fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (orgs.). *Lei de responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 43 (6), nov./dez. 2009, p. 1343-1368.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947, v. 2.

RADICA, Gabrielle. *O povo como soberano: Rousseau, um pensador democrático?* Tradução de Cláudio Souza. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4897&secao=415> . Acesso em: 19 de setembro de 2014.

RANGEL, Leyla Castello Branco. O poder legislativo na Bélgica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.3, n. 10, p. 75-124, jun. de 1966. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180686>>. Acesso em: 19 de junho de 2014.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo: Manole, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 93, jul./set. 2002, p. 55-73.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Título original em francês: *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée para la loi naturelle*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social (princípios de direito político)*. Título original em francês: *Du contrat social*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, [19--], p. 37.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Augustus: a fundação do estado ocidental. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 104, p. 229-261, jan./jun. 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 30, jan./mar. 1999, p. 100.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Karine. História e estado de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 71, n. 2, abr./jun. de 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição da república de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMIDT, Joël. *Dicionário de mitologia grega e romana*. Tradução de João Domingos. Lisboa: Edições 70, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Reimpresion. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/concursos/premio_serzedello/concursos_anteriores/monografias_1998.pdf>. Acesso em: 19 de dezembro de 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Volume III, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do estado: possibilidades e limites na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SMITH, Adam. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. II, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUZA, André Santana de. *O Ministério Público no Tribunal de Contas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 954, 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7955>>. Acesso em: 14 dezembro de 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. por Terezinha Helena Linhares. São Paulo: LTr, 1994.

TAVARES, José F. F. Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo tribunal de contas. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos da contratação pública*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. Adaptação e prefácio de James Clavell. Tradução de José Sanz. 30. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TOLEDO, Roberto Pompeu de. Na aurora da república. *Revista VEJA*, São Paulo: Editora Abril, edição 2406, ano 47, n. 53, 31 de dezembro de 2014, p. 36-38.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 159.

VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. A importância do intercâmbio na modernização dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 50, maio de 2012, p. 4-8.

VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra (De indies et de jure belli relectiones)*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2006.

WHITTINGTON, Richard. *O que é estratégia*. Tradução de Maria Lúcia G. L. Rosa, Martha Malvezzi Leal, revisão técnica de Flávio Carvalho de Vasconcelos. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito*. Disponível em <<http://www.acsmce.com.br/wp-content/uploads/2012/10/estado-de-direito-e-estado-democratico-de-direit.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

ANEXOS

ANEXO A

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DE RUI BARBOSA PARA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL⁴⁶⁶

Generalíssimo - O Governo Provisório, no desempenho da missão que tomou aos ombros, propôs ao país uma Constituição livre, que, para firmar as instituições democráticas em solidas bases, só espera o julgamento dos eleitos da nação.

Outras leis vieram sucessivamente acudir aos diversos ramos da atividade nacional, que só dependiam desse concurso, para produzir seus benéficos resultados em proveito do desenvolvimento comum.

Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providencia, que uma sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes.

Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover ás necessidades publicas mediante o menor sacrificio dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saibo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado.

Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentaria. Mas em nenhuma também ha maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos.

O primeiro dos requisitos para a estabilidade de qualquer fôrma de governo constitucional consiste em que o orçamento deixe de ser uma simples combinação formal, como mais ou menos tem sido sempre, entre nós, e revista o character de uma realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes.

Cumpre acautelar e vencer esses excessos, quer se traduzam em atentados contra a lei, inspirados em aspirações opostas ao interesse geral, quer se originem (e são

⁴⁶⁶ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *TCU: presença na história nacional*. p. 270. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954.PDF>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

estes porventura os mais perigosos) em aspirações de utilidade pública, não contidas nas raías fixadas à despesa pela sua delimitação parlamentar.

Tal foi sempre, desde que os orçamentos deixaram de ser *l'étatduroi*, o empenho de todas as nações regularmente organizadas.

Não é, todavia, *commum* o habito de execução fiel do orçamento, ainda entre os povos que deste assumpto poderiam dar-nos ensinamento proveitoso.

O déficit, com que se encerram quase todas as liquidações orçamentarias entre nós, e os créditos suplementares, que, deixando de ser excepção, constituem a regra geral, a imemorial tradição, formando todos os anos um orçamento duplo, mostram quanto estão desorganizadas as nossas leis de finanças, e quão pouco escrúpulo tem presidido à concepção e execução dos nossos orçamentos.

Cumprê à Republica mostrar, ainda neste assumpto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regimen constitucional em que vamos entrar, o orçamento federal.

Se não se conseguir este desideratum: si não pudermos chegar a uma vida orçamentaria perfeitamente equilibrada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro.

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentaria defeituoso em seu mecanismo e fraco de sua execução.

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

Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós em vão, desde que neste país se inauguraram assembléias parlamentares.

Já em 1845 entrava na ordem dos estudos parlamentares um projeto de Tribunal de Contas, traçado em moldes então assaz arrojados por um dos maiores ministros do Imperio: Manuel Alves Branco.

Eis os termos em que se concebia essa proposta do Governo: “Art. 1º Além do Tribunal do Thesouro haverá na Capital do Imperio outra estação de Fazenda, que será denominada - Tribunal de Contas.

“Art. 2º Este Tribunal será composto de um presidente e três vogais, os quais terão os mesmos ordenados e honras, assim como serão nomeados, da mesma maneira que o vice-presidente, e mais membros do Tribunal do Thesouro.

“Art. 3º O procurador fiscal do Tribunal do Thesouro, e seu ajudante, exercerão perante o Tribunal de Contas as mesmas funções que exercem perante o Tribunal do Thesouro.

“Art. 4º O Tribunal terá também um secretario, o qual, como o do Tribunal do Thesouro, assistirá ás suas sessões, tomará nota dos votos dos vogais, lançará os despachos, e finalmente escreverá as atas, e fará tudo o mais que lhe for ordenado pelo presidente.

“Art. 5º Serão anexas ao Tribunal de Contas uma Secretaria e três Contadorias. A Secretaria terá por chefe o secretario do Tribunal, e por oficiais dois escriturários, e dois praticantes; cada uma das três Contadorias porém terá por chefe um contador, e por oficiais dois primeiros escriturários, dois segundos, e quatro praticantes.

“Art. 6º Todos estes empregados serão nomeados pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negócios da Fazenda, e terão de ordenado, os chefes 2:400\$, os primeiros escriturários 1:200\$ e os segundos escriturários 800\$000.

“Art. 7º A Secretaria terá a seu cargo a correspondência e expedição das ordens do Tribunal, assim como o livro do assentamento de todos os responsáveis por contas, os quais não poderão tomar posse de seus jogares sem mostrar certidão do assentamento nessa Repartição; cada Contadoria porém terá a seu cargo, por distribuição do presidente do Tribunal, o exame e liquidação de um dos três ramos de contas seguintes, a saber:

“1ª Contas das repartições pertencentes ao Ministério da Fazenda.

“2ª Contas das repartições pertencentes aos Ministérios da Guerra e Marinha.

“3ª Contas das repartições pertencentes aos Ministérios da Justiça, Imperio e Estrangeiros.

“Art. 8º São negócios da competência do Tribunal, e que por isso ficam separados do Tribunal do Thesouro:

“1º Julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o Ministério a que pertençam, mandando-lhes dar quitação, quando correntes, e condenando-os, quando alcançados, a pagarem o que deverem, dentro de um prazo improrrogável, de que se dará parte ao Ministro e Secretario de Estado dos Negócios da Fazenda, para mandar proceder contra eles na forma das leis, si o não fizerem.

“2º Marcar aos responsáveis, por dinheiros públicos, o tempo em que devem apresentar suas contas ao secretario do Tribunal; suspendendo os omissos, mandando prender os desobedientes e contumazes, e finalmente julgando à sua revelia as contas que tiverem de dar, pelos documentos que tiver, ou puder obter de quaisquer cidadãos, autoridades ou repartições publicas.

“Art. 9º O Tribunal de Contas é competente para julgar das provas de fato, deduzidas por documentos justificativos, de quaisquer perdas de dinheiros públicos por casos fortuitos ou força maior; mas si no exame de qualquer conta reconhecer que o responsável cometeu no exercício de suas funções, dolo, falsidade, concussão ou peculato, dará parte ao Ministro da Fazenda para mandar proceder contra o mesmo na forma das leis.

‘Art. 10. O Tribunal de Contas poderá delegar nas Thesourarias provinciais, ou em comissões de empregados hábeis, que para esse fim sejam mandados ás províncias, o conhecimento em primeira instancia das contas de qualquer responsável por dinheiros públicos nas mesmas províncias, à excepção somente dos inspetores de Fazenda, e tesoureiros gerais.

“Art. 11. O modo de proceder do Tribunal e repartições anexas, será o seguinte, a saber: as contas apresentar-se-ão primeiro na Secretaria, donde serão remetidas à Contadoria respectiva. O contador a fará examinar por dois officiaes, tanto no que respeita ao calculo aritmético, como no que respeita à legalidade da arrecadação ou da

despesa, remetendo-a outra vez com um relatório seu à Secretaria. Recebida a conta, o secretario a entregará na próxima sessão do Tribunal ao presidente, que a distribuirá a um dos vogais, o qual, depois de a examinar e fazer examinar pelos outros, a relatará em uma das sessões seguintes para ser discutida e decidida.

“Art. 12. A decisão do Tribunal de Contas será tomada por maioria absoluta de votos, mas o Tribunal não poderá deliberar sem que estejam presentes três membros, inclusive o presidente.

“Art. 13. O Tribunal pôde proceder à revisão de uma conta já julgada, ou seja a pedido do responsável, sustentando por documentos justificativos havidos depois da sentença, ou seja ex-officio, por erro, omissão, ou duplicata reconhecida no exame de outras contas; esta revisão porém não suspende o efeito da primeira sentença.

“Art. 14. Si ainda depois de uma revisão o responsável se julgar com direito de recorrer contra a decisão do Tribunal, por violação de lei ou regulamento, poderá fazê-lo perante o Conselho de Estado, que decidirá a questão com voto deliberativo, não se dando mais lugar a recurso algum.

“Art. 15. O Tribunal poderá também fazer subir consultas a S.M.I., à requisição de qualquer de seus membros, ou do procurador fiscal, principalmente tratando-se de abonar despesas secretas, que aparecerão em alguma conta, ou outros negócios, que pela sua importância e gravidade pareçam merecer a imperial resolução, que será logo executada.

“Art. 16. O Tribunal, no exercício de suas funções, se corresponderá diretamente, por intermédio de seu presidente, com todas e quaisquer autoridades do Imperio, as quais todas são obrigadas a cumprir suas requisições ou ordens, sob pena da mais restrita responsabilidade.

“Art. 17. O Tribunal apresentará todos os anos, dentro do primeiro mês da sessão legislativa, a S.M.I. e ao Corpo Legislativo um relatório, no qual não só confira o balanço apresentado pelo Governo no ano anterior com as contas tomadas a ele relativas, justificando-as umas pelas outras, como também se apresentem todas as irregularidades, omissões e abusos que tiver encontrado na arrecadação, fiscalização e distribuição dos

dinheiros públicos, e os defeitos das leis e regulamentos que parecerem necessitar de reforma.

“Art. 18. O primeiro trabalho do Tribunal, depois de instalado, será o recopilar das leis e regulamentos atuais o que lhe parece útil para a tomada das contas, apontando o que for inaplicável ao estado atual para ser eliminado ou reformado com novas providencias este trabalho será apresentado ao Ministro da Fazenda, que fica autorizado a aprová-lo provisoriamente, sujeitando-o depois à Assembléia Geral Legislativa para definitiva aprovação.

“Art. 19. Ficam revogadas todas as leis em contrario.

“Rio de Janeiro, 10 de julho de 1845. - Manoel Alves Branco”

Submetido à comissão de fazenda na Câmara dos Deputados, foi ela de parecer, aos 6 de agosto daquele ano (n. 152), que a proposta do Governo se convertesse em projeto de lei, apenas com esta emenda ao art. 2º.: “Depois da palavra - Thesouro - acrescente-se: - e depois de nomeados não poderão mais perder os seus jogares sem resolução da Assembléia Geral, à excepção do presidente, cujo cargo será de simples nomeação temporária”.

Mas, como não é de estranhar, atenta a importância do assumpto, a idéia adormeceu, na mesa da Câmara, desse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que podiam criar incômodos a liberdade da politicagem eleitoral. E quarenta e cinco anos deixou a monarquia entregue o grande pensamento ao pó protetor dos arquivos parlamentares.

Mas para a edificação republicana esta reforma deve ser uma das pedras fundamentais.

A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentarias da receita e despesa a uma corporação com as attribuições que vimos de expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze constituições, onde se consigna o principio do Tribunal de Contas.

Dois tipos capitais discriminam essa instituição, nos países que a têm adotado: o francês e o italiano.

O primeiro abrange, além da França, os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Servia, a Romênia e a Turquia. O segundo, além da Itália, domina a Holanda, a Bélgica, Portugal há quatro anos, o Chile há dois e, de recentes dias, o Japão.

No primeiro sistema a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal.

Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

A lei belga de 27 de outubro de 1846, que rege a contabilidade pública, prescreve, no art. 14, que <<o Tesouro não cumprirá ordem de despesa, antes de visada pelo Tribunal de Contas>>. Firmado nessa disposição e nos debates parlamentares que a criaram, o Tribunal de Contas, na Bélgica, exerce a maior latitude de poderes na apreciação dos elementos justificativos das ordens de despesa submetidas ao seu visto, e não o dá sinal após o mais completo exame, depois de perscrutados todos os documentos necessários para lhe esclarecer a consciência, a autorizar as observações, que, na fôrma da Constituição, houver de fazer sobre o assumpto, ás camarás legislativas.

A lei italiana, porém, dá a essa prerrogativa uma expansão muito mais forte, muito mais ampla, generalizando a audiência do Tribunal de Contas, não só nos atos do poder executivo que digam respeito ao orçamento do Estado, e influam sobre a receita,

ou a despesa, como a todas e quaisquer deliberações do governo, todos os decretos reais, seja qual for o mistério, de que emanem, e o objeto, a que se refiram.

Tais são os termos da lei orgânica dessa instituição, naquele país, a lei de 14 de agosto de 1862, no art. 13. E, para dar idéia da severidade crescente, com que ali se aprofunda a observância dessa disposição, basta consignar que o numero de decretos reais submetidos ao visto do tribunal subiu, em 1877, a 24.000; em 1878 a 45.000; em 1879 a 49.000; em 1880, a 51.782.

Parece, porém, que essa evolução, a que se chegou, na fôrma italiana, levando a superintendência do Tribunal de Contas (*corte dei Conti*), além da fronteira dos atos concernentes ás finanças publicas, força a natureza da instituição, sujeitando-a a criticas, de que não seria susceptível, si se lhe tivessem limitado as funções ao circulo dos atos propriamente financeiros do governo. Transpondo essa divisaria, o tribunal poderia converter-se em obstáculos à administração, dificultarão improficuamente a ação ministerial, e anulando a iniciativa do governo, em atos que não entendem com o desempenho dor orçamento. Na Itália o critério do pessoal a que tem sido confiada essa magistratura, evitou, até hoje, em geral, esse inconveniente, abstando-se o tribunal de exercer as suas pesquisas em assumptos alheios ás finanças do Estado. Mas não é de bom aviso insinuar no organismo de uma instituição um principio de conflito com outras, confiando o remédio do mal orgânico à prudência acidental dos indivíduos que a representarem.

Melhor é encerrar a nova autoridade no limite natural das necessidades que a reclamam, isto é, reduzir a superintendência preventiva do Tribunal de Contas aos atos do governo, que possam ter relação com o ativo ou o passivo do Thesouro.

Estabelecida esta ressalva, o modelo italiano é o mais perfeito. Quando o Tribunal de Contas, na Itália, como na Bélgica, reconhece contrario ás leis, ou aos regulamentos, um dos atos, ou decretos, que se lhe apresentam, recusa o seu visto, em deliberação motivada, que o presidente transmite ao ministro interessado. Se este persiste na sua resolução, cumpre-lhe apelar para o ministério em conselho. Se a deliberação deste se conforma com a do ministro, o tribunal procede a novo exame do assumpto, reunidas todas as seções; e, então, ou aceita a deliberação ministerial, reconhecendo-lhe a procedência, ou, quando não se conforme, ordena o registro, pondo ao ato o seu visto

sob reserva (*il visto con riserva*) e comunicando o seu procedimento aos presidentes do senado e da câmara do deputados.

Essa comunicação, nos termos da lei de 1862, art. 18, efetuava-se anualmente em janeiro, época em que o tribunal havia de submeter às duas casas do parlamento a lista geral dos vistos sob reserva. Mais tarde, porém, se entendeu que essa relação anual era demasiado serôdia, para a eficácia da ação parlamentar sob a responsabilidade ministerial; e, em consequência, a lei de 15 de agosto de 1867 prescreveu que essas informações seriam apresentadas às mesas das duas câmaras todas as quinzenas, afim de que o corpo legislativo pudesse sobrestar logo na execução dos decretos censurados pelo Tribunal de Contas, que em si contivessem realmente ilegalidade; ficando por essa lei estatuída a precaução, para obviar tardanças originadas na má vontade ministerial, de que essas comunicações se fariam diretamente entre o tribunal e as câmaras.

Todos estes dados são elementos de valor inestimável e de impreterível necessidade no mecanismo da instituição que temos em mira. Conspiram todos eles em firmar a jurisdição preventiva, característica essencial dessa organização no estado de excelência a que a Bélgica e a Itália a elevaram, e que hoje reclamam para a França as vozes mais competentes no assumpto. “Vale infinitamente mais”, dizem os italianos, “prevenir os pagamentos ilegais e arbitrários do que censurá-los depois de efetuados. A contrasteação posterior basta em relação aos agentes fiscais; porque estes prestam cauções, que lhes tornam eficaz a responsabilidade, em defesa do Thesouro. Mas os ministros não dão fiança, por onde assegurem ao Estado a reparação do dano, que causarem, e, portanto, é mister uma garantia preliminar, a qual vem a ser precisamente a que se realiza na fiscalização preventiva do tribunal.” (Giovani Gean-quinto: Corso di diritto amministrativo). O sistema da verificação preventiva decorre, segundo eles, dos direitos orgânicos do parlamento, que “não deve descansar exclusivamente na fidelidade do ministério”. (Ugo: La Corte dei Conti, 1882, Tit. I, c. I, a 1.)

Na Itália, dizia o general Menabréa, “a responsabilidade ministerial não está definida. Nada a sanciona. Releva, por consequência, buscar alhures e noutros principias as garantias, em que o país deve apoiar a regularidade da administração da fortuna do Estado”. Não será ainda pior a situação de nós outros? Onde a responsabilidade

ministerial contra os abusos orçamentários, no regimen passado durante quase três quartos de século de monarquia parlamentar?

A Republica presidencial, a este respeito, não nos dará condições mais favoráveis: não tem, no seu organismo, elementos superiores para a consecução desse resultado, que de nenhuma fôrma de governo se poderá jamais obter, no país que não souber dotar-se com esta instituição robusta e preservadora. No regimen americano, com efeito, que esperamos ver perfilhado pelo Congresso Constituinte, as câmaras não têm meios mais seguros de opor mão repressiva ou preventiva aos abusos dos ministros. Nem a responsabilidade política do presidente, nem a responsabilidade judiciaria dos seus secretaries de estado nos livrarão de excessos e abusos na delicada matéria das finanças federais, si não enriquecermos a nossa Constituição nova com esta condição suprema da verdade pratica nas cousas do orçamento. Nada teremos feito, em tão melindroso assumpto, o de mais alto interesse, entre todos, para o nosso futuro, enquanto não erguemos a sentinela dessa magistratura especial, envolta nas maiores garantias de honorabilidade, ao pé de cada abuso, de cada gérmen ou possibilidade eventual dele.

“Se há coisa, que contenha os administradores no declive de atos arbitrários,” - dizia, no senado italiano, o ministro das finanças, em março de 1862, - “se há coisa, que nos iniba de ceder a postulantes importunos, à gente cujas pretensões não cessam de acarretar novas despesas, e transbordar os recursos facultados pelo orçamento, é o espectro do Tribunal de Contas. Todo o dia, a toda a hora, muitas vezes na mesma hora, um ministro, um secretario geral, todos os que têm relações com a administração afluem, a solicitar novas despesas. Não é fácil resistir. Muitas vezes os pretendentes mesmos não crêem na utilidade delas, e apenas as propõem impelidos por outros, que os seguem; mas, dada a força da autoridade dos intercessores, a conseqüência é que, resistindo-se-lhes uma ou duas vezes, há de acabar-se por ceder”.

Stourm, o celebre professor de finanças, uma das mais solidas autoridades européias, pugnando pela reforma do Tribunal de Contas francês no sentido do modelo italiano, adverte, como em relação a nós igualmente poderíamos fazer, que, si este sistema funcionasse em França, os freqüentes excessos de créditos, ainda recentemente averiguados, não se teriam dado naquele país.

“O sistema preventivo”, diz ele, “teria, ao primeiro movimento, reprimido os ministros da guerra e da marinha na pratica de encomendas excedentes à medida dos créditos legislativos, em que se firmavam.” (Stourm: Le Budget, P. 601.) E rememora, em apoio da asserção, este fato eloqüente: “Aos 20 de janeiro de 1886, o ministro da marinha reduziu proprio motu, por um simples aviso, três anos no limite de idade para a aposentadoria do pessoal civil de sua repartição. O efeito imediato foi a aposentação prematura de 62 funcionários, pertencentes quase todos ao quadro superior, e cujas pensões levaram a despesa a ultrapassar os créditos legislativos. Posto que a câmara censurasse incidentemente a medida logo nos fins de 1886, o ministro nem por isso deixou de manter, até à sua exoneração, isto é, até julho de 1887, o ato irregular. Dai resultou, no credito respectivo, um excesso de 547.516 francos, que um projeto de lei de créditos suplementares se propôs a cobrir no fim de 1888. As câmaras indignaram-se, a revelação dos fatos que motivavam esse suplemento de credito. Não hesitaram em verberar energicamente o ministro, declarando, até, platonicamente, que a sua responsabilidade ficava empenhada. Mas dai não passaram.

Já se achavam em presença de outro ministro; o mal estava consumado, e os aposentados aguardavam a liquidação de suas pensões. Votaram-se, pois, os créditos suplementares. É sempre a solução inevitável. Na Itália, a verificação preventiva teria, desde o primeiro momento, recusado existência ao ato do governo, cuja execução o ministro francês pôde sustentar enquanto ministro. Apenas manifestado, esse ato esbarraria no visto do Tribunal de Contas, que, examinando-o enquanto às suas conseqüências orçamentarias, e reconhecendo imediatamente promover ele despesas superiores aos créditos decretados, ter-lhe-ia negado registro. Ninguém contestará que esse voto preliminar, prevenindo o dano, seria preferível a impotentes recriminações retrospectivas”. Ibid.

Outro fato, notável neste gênero, é o caso das torpedeiras, ocorrido há dois anos. O orçamento da despesa do Ministério da Marinha dotara a verba de compras de vasos à industria particular e compras de torpedeiras, para o exercício de 1888, com um credito de 6.800.000 frs. No fim do exercício, porém, se verificou que o Governo dispendera, sob essas duas consignações, 15.040.000 frs., isto é, que se haviam excedido em 8.240.000 frs. os limites fixados na lei. Todas as opiniões a uma condenaram o

procedimento do Ministério da Marinha. Houve, até, representantes da nação, que, apoiando-se na lei de 15 de maio de 1850, envidaram esforços em promover a responsabilidade pecuniária do Ministro. Mas nada contra ele se fez.

Pelo contrario, o abuso acabou por obter a sanção legislativa em um voto de créditos suplementares. Excessos tais, entretanto, não seriam possíveis, naquele país, si o seu Tribunal de Contas exercesse a função preventiva do congênera no tipo belga-italiano.

“As barreiras longínquas da contrasteação a posteriori, portanto, já não são suficientes. Sob a acumulação, crescente sempre, das operações de receita e despesa e a constante mobilidade dos titulares das pastas ministeriais, as verificações, para ser eficazes, carecem de penetrar até ao intimo dos fatos contemporâneos. Cumpre estreitar nas formalidades mais prontas a responsabilidade dos Ministros; cumpre esclarecer o parlamento do modo mais imediato e incessante acerca da execução de sua vontade. Ora, nenhuma autoridade, a não ser o Tribunal de Contas, pôde exercer essa missão, hoje essencial, salvo si a quiserem atribuir ao parlamento, o que seria grande calamidade.” (Stourm: Ib. p. 606).

Outra vantagem preciosíssima desse modelo é a presteza na liquidação das contas. O Tribunal de Contas italiano opera periodicamente, todos os meses, acompanhando as operações, à medida que se realizam, pelas contas da receita e despesa, que lhe comunica o ministério das finanças. Instruem essas contas, quanto à receita, os relatórios dos inspetores da arrecadação, e, quanto à despesa, os documentos dos desembolsos realizados. No mês terminal do exercício recapitula o Tribunal as doze liquidações mensais, cotejando o resultado com as contas de cada ministério e a conta geral da administração da fazenda, apresentada pelo ministro do Thesouro e preparada pela direção geral da contabilidade publica, as quais, nos termos da lei de 1862, art. 28, antes de submetida à aprovação das câmaras, hão de passar pelo exame do tribunal verificador.

Em consequência desse regimen, no termo dos cinco meses subseqüentes ao exercício, “época em que de ordinário ainda não se têm apresentado sequer as contas individuais dos empregados do fisco”, está liquidada, na Itália, a contabilidade parlamentar. “A fiscalização parlamentar, aproximada assim dos fatos financeiros, é mais eficaz do que si se houvesse de aguardar a tomada de contas individual dos funcionários

fiscais.” (Marcé: La Cour Des Comptes Italienne. Ann. du P'Éc. Libre des Scien. Polit. Oct. 1890, p. 721). Por outro lado, o sistema do registro prévio sob ressalva habilita o parlamento a resolver, em quinze dias, as divergências suscitadas entre o tribunal e o governo. A raridade dos vistos sob reserva, de que em 1886-1887, por exemplo, houve apenas um caso, mostra a eficácia do freio preventivo e, ao mesmo tempo, a exageração de certas apreensões, manifestadas ainda o ano passado entre nós (relatório do Ministério da Fazenda, na quarta sessão da vigésima legislatura, p. 25), quanto ao perigo de conflitos, nesse tipo de organização, entre o governo e o tribunal.

Ora, em vez de cinco meses, a organização francesa impõe a necessidade de dezesseis, pelo menos, numero que se receia ser elevado a dezoito, ou vinte (Stourm: Ib., p. 603-4), para a liquidação de cada exercício financeiro.

Tais razões inclinaram decididamente a nossa escolha para o, tipo italiano, de que o decreto ora submetido à vossa assinatura indica apenas os traços cardeais, e cuja organização se formulará no regulamento, para a elaboração do qual este Ministério constituirá, sob a sua presidência, e adstrita aos caracteres essenciais do modelo adotado, uma comissão de profissionais, que dê principio imediatamente aos seus trabalhos.

Manca e impotente será, porém, a instituição planejada, si a não acompanhar a reforma geral do nosso sistema de contabilidade publica. Entre nós, a esse respeito, a pratica assim como a teoria estão atrasadíssimas. Dessa ciência, por assim dizer, da escrituração fiscal e verificação das contas administrativas, dessa ragioneria, que na Itália, como noutros países adiantados, tem hoje quase uma literatura especial e um pessoal de professores e técnicos consumados, nada se conhece entre nós.

Carecemos, portanto, de buscar no estrangeiro os mestres, os guias, os reformadores práticos neste ramo do serviço financeiro. E é especialmente a Itália quem nô-los pôde fornecer; é lá que o governo deve procurar tais auxiliares, si quiser que esta reforma seja frutificativa, e compense amplamente, como nesse caso ha de compensar, as despesas da sua execução.

Se desse melhoramento não curarmos com afincio e prontidão, o Tribunal de Contas degenerará logo ao nascedouro, e a publicidade parlamentar nunca penetrará

seriamente no labirinto da contabilidade administrativa, onde se refugiam as mais graves responsabilidades de todos os governos.

Para se ver, por um exemplo significativo, a importância dada a essa instituição, nos países onde ela assume as proporções de verdadeiro modelo, basta considerar a extensão e distribuição do seu pessoal na Itália. Ali, nos termos da lei de 1892, a Corte dei Conti se divide em três seções, compondo-se de um presidente, dois presidentes de seções, doze conselheiros, um procurador geral, auxiliado por um ou mais referendarias, um secretario geral e vinte referendáreis ou relatores. Cada seção consta de um presidente e quatro conselheiros. O quadro (ruolo orgânico) do pessoal das repartições integrantes do Tribunal de Contas, segundo o decreto real de 6 de março de 1881, completado pelo de 23 de julho do mesmo ano, fixa-se assim:

- 1ª Categoria - Directores chefes de divisão, 1ª classe, 6; 2ª classe, 7.
- Chefes de seção, 1ª classe, 8; 2ª classe, 1 1.
- Secretários, 14.
- Secretários, 1ª classe, 39; 2ª classe, 66;
- Vice-secretários, 1ª classe, 64; 2ª classe, 60; 3ª classe, 30
- Praticantes, 12;
- 2ª Categoria - Chefes das repartições de ordem (*capidegliufficid'ordine*), 2;
- Arquivistas, 1ª classe, 4; 2ª classe, 4; 3ª classe, 2;
- Agentes de ordem (*ufficialid'ordine*), 1ª classe, 13; 2ª classe, 17; 3ª classe, 3 1.
- Oficiais de continues, 36.

Os sacrifícios do Estado com este serviço elevarem-se (exercício de 1886-1887) a cerca de dois milhões: 1.775.000 frs. E o país não tem senão que se felicitar, de dia em dia mais, por essa despesa.

Entre nós há, na atual organização do Thesouro, elementos, que se poderão e deverão destacar para o serviço da nova instituição, reduzindo assim o desembolso, a que ela nos obrigará. Qualquer que o dispêndio seja, porém, ha de representar sempre uma economia enorme, incomensurável para o contribuinte; contanto que a escolha do pessoal

inaugurador não sofra a invasão do nepotismo; que ela fique absolutamente entregue à responsabilidade de um ministro consciencioso, inflexível, imbuído no sentimento da importância desta criação; que aos seus primeiros passos presida a direção de chefes escolhidos com a maior severidade, capazes de impor-se ao país pelo valor nacional dos seus nomes e de fundar a primeira tradição do Tribunal sobre arestos de inexpugnável solidez.

Façamos votos, para que o primeiro Ministério da Republica organizada se mostre, como é de esperar, digno desta missão salvadora.

Rio, 7 de novembro de 1890 - Rui Barbosa.

ANEXO B**DECRETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO
BRASIL****DECRETO Nº 966-A, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1890⁴⁶⁷**

Cria um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação,

Decreta:

Art. 1º É instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República.

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministérios, suscetíveis de criar despesa, ou interessar às finanças da República, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu “visto”, quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os créditos votados pelo Poder Legislativo.

Art. 3º Se o Tribunal julgar que não pode registrar o ato do Governo, motivará a sua recusa, devolvendo-o ao Ministro que o houver expedido.

Este, sob sua responsabilidade, se julgar imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderá dar-lhe publicidade e execução.

⁴⁶⁷ BARROS, TCU: presença na história nacional, *cit.*, p. 270.

Neste caso, porém, o Tribunal levará o fato, na primeira ocasião oportuna, ao conhecimento do Congresso, registrando o ato sob reserva, e expendendo os fundamentos desta ao Corpo Legislativo.

Art. 4º Compete, outrossim, ao Tribunal de Contas:

1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despesa, recapitulando e revendo, anualmente, os resultados mensais;

2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, comunicando tudo ao Poder Legislativo;

3º Julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o Ministério a que pertençam, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e, quando o não cumprem, mandando proceder na forma do direito;

4º Estipular aos responsáveis por dinheiros públicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as penas que o regulamento estabelecer.

Art. 5º O Tribunal de Contas poderá delegar nas Tesourarias de Fazenda, ou em comissões de empregados idôneos, que para esse fim sejam mandados aos Estados, o conhecimento, em primeira instância, das contas de qualquer responsável por dinheiros públicos, exceto os inspetores de Fazenda e tesoureiros gerais.

Art. 6º Compõem o Tribunal os funcionários, a que se conferir voto deliberativo nas matérias submetidas à competência dessa corporação.

§ 1º Esses funcionários serão nomeados por decreto do Presidente da República, sujeito à aprovação do Senado, e gozarão das mesmas garantias de inamovibilidade que os membros do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Vagando lugar entre os membros do Tribunal de Contas durante a ausência das Câmaras, o Presidente da República poderá preenchê-lo, e o funcionário entrar em exercício, ficando porém, a nomeação dependente sempre de anuência do Senado, em sua primeira reunião.

Art. 7º O serviço de contabilidade, nos assuntos sujeitos ao Tribunal, bem como o processo, exame, verificação e informação, nas matérias e papéis também

dependentes dele, serão cometidos a um corpo de funcionários administrativos, distribuídos segundo reclamar a classificação natural dos trabalhos.

Desse pessoal o regulamento determinará quais os a quem deve caber voto consultivo nas deliberações do Tribunal.

Art. 8º Além das atribuições estabelecidas nos arts. 3º e 4º, o Tribunal de Contas exercerá todas as outras fixadas no respectivo regulamento, que convierem à natureza de suas funções e dos seus fins.

Art. 9º As comunicações entre o Tribunal de Contas e o Congresso efetuar-se-ão mediante relatórios anuais e declarações quinzenais, quando para estas houver assunto.

Art. 10º O Tribunal, no exercício de suas funções, se corresponderá diretamente, por intermédio do seu presidente, com todas as autoridades da República, as quais todas são obrigadas a cumprir-lhe as requisições e ordens, sob pena da mais restrita responsabilidade.

Art. 11º O Ministério da Fazenda expedirá regulamento, em decreto especial, estabelecendo a organização e as funções do Tribunal de Contas, desenvolvendo-lhe a competência, especificando-lhe as atribuições, estipulando os vencimentos ao seu pessoal, e determinando-lhe a demais despesa necessária, para a qual fica desde já autorizado o Governo.

Art. 12º Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das sessões do Governo Provisório, 7 de novembro de 1890, 2º da República.

Manoel Deodoro da Fonseca

Rui Barbosa

ANEXO C

**CARTA DE EXONERAÇÃO DO TENENTE-CORONEL
INNOCÊNCIO SERZEDELLO CORRÊA, MINISTRO DA FAZENDA DO
GOVERNO DE FLORIANO PEIXOTO⁴⁶⁸**

Em nossa última conferência ministerial, julguei do meu dever, como Ministro da Fazenda, pasta onde se refletem todas as faltas ou abusos praticados em relação às despesas públicas, ler-vos uma exposição minuciosa da situação do Tesouro e do País, e pedir-vos as providências necessárias ao levantamento de nosso crédito no exterior e tendentes a melhorar a nossa situação econômica e financeira, da qual depende, sem dúvida, como sabeis, a consolidação da República. Indiquei, como medidas urgentes, a mais severa economia nos dinheiros públicos, a supressão de adiantamentos e de comissões no estrangeiro, a redução de nossas despesas no exterior ao estritamente necessário, o adiamento de obras ou serviços que não sejam de indeclinável necessidade, a redução da comissão à China, e da comissão a Chicago, a volta de navios de guerra, que se acham no estrangeiro, a serviço de nosso País; ao câmbio de 12 ½, essas despesas avolumam o déficit, apesar do cuidado de que me cercava para comprar cambiais sempre em condições vantajosas; e muito especialmente a pacificação do Rio Grande do Sul. Essa minha velha atitude vinha, pois, vos demonstrar que longe da campanha que se movia ao Tribunal de Contas dentro e fora do Governo, longe de considerá-lo um embaraço à Administração, eu o considerava o maior fiscal da boa execução do orçamento; embaraço, apenas, a abusos ou concessões mais ou menos benévolas e, como o Ministro da Itália, que foi grande partidário da criação dessa mesma instituição – o recurso que tinha eu contra os meus próprios erros, as soluções e os pedidos inoportunos que por acaso pudessem vir de colegas, de homens públicos ou de funcionários. Bem sei que diante de um orçamento onde pululam as lacunas, alguns obstáculos tendes tido para prover

⁴⁶⁸ SILVA, *O tribunal de contas da união na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa*, *cit.*

serviços, para os quais não foi decretada a verba ou o foi insuficiente, mas já esgotada antes de decorrido o tempo necessário para a abertura do crédito suplementar. Essas dificuldades, porém, facilmente, têm sido vencidas, já porque o Tribunal tem registrado as despesas que são de força maior e de caráter urgente, já porque - supremo distribuidor da despesa pública - podeis decretá-la sob vossa responsabilidade como o fizestes, por proposta minha, ainda há dias, para o crédito relativo a pensões e montepio de viúvas e órgãos dos oficiais do Exército e da Armada e das classes anexas, além de que, no próprio decreto da criação, ficou a válvula para certas despesas de caráter reservado, as quais o Tribunal registrará, sem entrar em sua apreciação. Mediante estes dois grandes recursos facultados na lei, que obstáculos poderá o Tribunal criar à Administração e ao governo, senão para o bem? Se a despesa está no orçamento, não poderá o Tribunal deixar de registrá-la e ela há de ser executada: se ela não está e é dessas que se impõem aos poderes públicos e que permitem o recurso acima apontado, qual o inconveniente em autorizardes que se faça, independente da lei, pedindo ao Congresso a aprovação do vosso voto? As minutas dos decretos que me enviastes por um dos vossos dignos ajudantes-de-ordem, permiti que vos diga quem está sinceramente convencido da imaculada honestidade do vosso caráter e da pureza de vossas intenções, encerram meio de que lançaria mão um governo que entendesse administrar discricionariamente o país e não aquele que, patriota e inspirado no bem público, quisesse, ao contrário, conservar-se dentro da lei, economizando o dinheiro do contribuinte, o dinheiro do imposto tão oneroso a todas as classes, em uma vida cheia de inquietações no seio do lar e da oficina, pela carestia que asfixia e diminui a cada hora o bem-estar de antes. Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples chancelaria do Ministro da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição e permitirão ao governo a prática de todos os abusos e, vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração. Se, porém, ele é um Tribunal de exceção como já o queria Alves Branco e como têm a Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que for autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso. Os governos nobilitaram-se, Marechal, obedecendo a essa soberania

suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes. Qual é, porém, o inconveniente em ouvir-se previamente o Tribunal? Se a despesa está dentro do orçamento, se existe verba ou se tem recurso a verba, o Tribunal não pode deixar de registrá-la. Se não existe ou está esgotada, e é o caso dos créditos extraordinários ou suplementares, nada adiantamos à Monarquia, pois ouvia-se, no regime passado, o Conselho de Estado Pleno, ou a Seção competente, que opinava com grande publicidade pró ou contra o pedido de créditos. Para que, pois, em vésperas de abrir-se o Congresso, quando este vai tomar conhecimento da reforma e aperfeiçoá-la, atendendo às lacunas que a experiência tem apontado, fazê-lo o Executivo quando para tanto vos falta competência como se vê no art. 19 do Capítulo 2º das Disposições Gerais da Lei nº 2.348, de 25 de agosto de 1873, que diz: ‘As autorizações para a criação ou reforma de qualquer serviço ou repartição pública não terão vigor por mais de dois anos, a contar da data da promulgação da lei que as decretar. Uma vez realizadas, serão provisoriamente postas em execução, sujeitas à aprovação da Assembléia Geral na sua primeira reunião, não podendo ser mais alteradas pelo Governo’. Esta disposição é permanente. Pelo que venho de expor, não posso, pois, Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor. Devo, finalmente, dizer-vos, que, como republicano e militar, continuo à vossa disposição em qualquer cargo ou comissão que julgardes dever confiar-me, desde que não seja a de Secretário ou Ministro de Estado. Sou de V. Exa., com o maior respeito, estima e alta consideração, admirador e amigo atencioso Serzedello Corrêa.