

Democracia, direitos sociais e controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas

Rholden Botelho de Queiroz

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCE-CE.
Mestre em Direito Constitucional pela UFC.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar as possibilidades e delineamentos do controle externo de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Reconhecendo que o tema geralmente é abordado na doutrina enfocando a atuação do Judiciário, buscaremos analisar as críticas que comumente lhe são dirigidas, especialmente a do suposto caráter antidemocrático do controle judicial, verificando a pertinência dessas objeções no que toca à atividade das Cortes de Contas e refutando-as. Ao fim, destacaremos os fundamentos e contornos jurídicos da atuação dos Tribunais de Contas nessa seara, realçando o importante papel a ser desempenhado por esses órgãos na concretização dos direitos sociais.

Palavras-Chave:

Tribunais de Contas; controle externo; políticas públicas; direitos sociais.

1. Introdução

Iniciamos o presente estudo com uma afirmação um tanto quanto óbvia, mas necessária como ponto de partida para desenvolver a argumentação: o Estado de Direito se caracteriza pela subordinação de todos, inclusive do próprio Estado, à lei. Entenda-se lei aqui em sentido amplo, abrangendo a própria Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (afirmação não menos óbvia).

Estando também o Estado sob o império da lei, todas as suas ações e omissões devem guardar relação de compatibilidade com as normas vigentes. E em relação às políticas públicas (ou à falta delas), isso não é diferente.

De pouco vale, entretanto, simplesmente afirmar que a atividade estatal, incluindo-se aí as políticas públicas, está submetida ao crivo da lei, se não houver mecanismos de aferição de sua conformidade com as normas. Daí surge a necessidade do controle da atuação administrativa.

No que toca especificamente ao controle das políticas públicas, muito se tem debatido sobre o papel do Poder Judiciário. Para alguns, causa perplexidade o fato de um órgão sem representatividade popular poder interferir nas escolhas de quem a possui (Executivo e Legislativo), no que se refere à promoção dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência aos desamparados. Nesse campo, doutrina e jurisprudência vêm burilando os limites e possibilidades da atuação judicial.

No presente trabalho, pretendemos lançar luzes sobre a atividade de outra instituição de controle da administração pública, qual seja, o Tribunal de Contas, que, ao que nos parece, possui um relevante papel no aperfeiçoamento e correção da atuação estatal na implementação dos direitos sociais. Buscaremos aqui delinear, de forma sucinta e sem a menor pretensão de exaurir o tema, as bases e caminhos para a ação controladora das Cortes de Contas nessa seara.

Para tanto, inicialmente trataremos da possibilidade, em si, da existência do controle externo em se tratando de políticas públicas, enfrentando as críticas que geralmente lhe são lançadas. Em seguida, enfocaremos o tema do controle de políticas públicas pelo Tribunal de Contas, demonstrando o arcabouço normativo que autoriza e conforma sua atuação nesse campo.

2. É juridicamente viável o controle externo das políticas públicas?

Primeiramente, cumpre esclarecer que quando falamos aqui em controle externo, estamos nos referindo a instituições públicas

independentes e autônomas em relação ao objeto do controle.¹ Nesse passo, embora reconhecendo que as críticas que serão aqui abordadas normalmente se dirigem à atuação do Judiciário, buscaremos, na medida do possível, tratá-las como objeções ao controle externo de políticas públicas em si, que abrange também a atividade dos Tribunais de Contas.^{2,3}

Pois bem. Já a partir da idéia de Estado de Direito, poderíamos entender como tranqüila a atuação de um controle externo em relação à atividade administrativa de implementação de políticas públicas. Entretanto, como já adiantado, há sérias críticas a essa atuação. Talvez a principal se refira ao caráter contramajoritário do controle. Expliquemos. De um lado, temos um amplo leque de necessidades sociais, cuja satisfação envolve custos. De outro, deparamos com a escassez de recursos, especialmente quando se trata de nações em desenvolvimento. A conclusão óbvia é a de que não há como atender plenamente a todas as demandas sociais, devendo o Estado efetuar escolhas de prioridades a tratar. E essas escolhas, a princípio, são tomadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, que gozam de representatividade popular e respondem politicamente perante os cidadãos. Daí aponta-se o caráter antidemocrático da intervenção, nessa seara, de órgãos em cuja composição não figuram membros eleitos pelo povo. Daniel Sarmiento, falando especificamente sobre a atuação do Judiciário, situa bem o problema:

Nesse cenário, surgem alguns questionamentos importantes: Será que o Poder Judiciário – cujos

¹ Os Tribunais de Contas, assim como o Poder Judiciário, gozam de autonomia administrativa e financeira. Ademais, os Ministros do Tribunal de Contas da União possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Nos Estados, a equiparação de garantias se dá entre Conselheiros e Desembargadores.

² A expressão “controle externo”, no sentido aqui adotado, abrange também a atuação controladora do Poder Legislativo (art. 70 da CF/88).

³ Mais adiante se verá que algumas das críticas se dirigem precipuamente ao Judiciário, como a objeção de incapacidade operacional para avaliar políticas públicas.

membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos?⁴

Registre-se que a referida crítica é perfeitamente extensível aos Tribunais de Contas, cujos membros não gozam de representatividade popular e nem respondem politicamente perante o povo (ocupam cargos vitalícios), não obstante haver componentes políticos nos respectivos ingressos.⁵

É de se perguntar: seriam os magistrados, do Judiciário e dos Tribunais de Contas, os reis-filósofos da República platônica, capazes de decidir melhor do que nós, ou do que aqueles que nos representam, os rumos da satisfação de nossas necessidades?

A objeção é grave e se, por um lado, não afasta totalmente a possibilidade de controle externo das políticas públicas (conforme tentaremos demonstrar), por outro, impõe temperamentos ao seu exercício. Pensamos que a questão não pode ser encarada sob a ótica do “tudo ou nada” (ou há controle total e irrestrito ou não há qualquer controle), mas sob uma perspectiva de graus da intervenção do controlador.⁶ Dito de outra forma, o problema reside não na possibilidade de controle em si, mas no modo como é exercido.

⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lúmen Jûris*, 2008, p. 556.

⁵ Conforme o art. 73, §2º, da CF/88, dois terços são de escolha do Legislativo e um terço do Executivo, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público de Contas, ambos cargos cujo provimento se dá mediante concurso público.

⁶ Para um aprofundamento sobre os diferentes objetos e modalidades de controle judicial de políticas públicas, ver BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 3, p. 35-53, julho a setembro de 2006.

Cuidemos de demonstrar, então, a viabilidade jurídica do controle externo das políticas públicas. Antes de prosseguir, porém, cabe chamar atenção para uma especificidade que ameniza a referida crítica no que toca à atuação controladora dos Tribunais de Contas. É que, diferentemente do Poder Judiciário, não é atribuição dos Colegiados de Contas conceder o bem da vida pretendido. Sua atuação dirige-se precipuamente ao gestor, seja monitorando sua atividade, seja corrigindo-lhe os rumos, ou até mesmo punindo-o. Assim, não se requererá, por exemplo, ao Tribunal de Contas, que determine o fornecimento gratuito de medicamentos, ou o pagamento de despesas com tratamento de saúde no exterior, etc. Como, por outro lado, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tais pedidos podem ser dirigidos ao Judiciário, é fácil constatar que a sua atuação tem um potencial bem mais invasivo do que a dos Tribunais de Contas. Daí o foco da crítica, digamos assim, do caráter antidemocrático do controle ser preferencialmente voltado à atuação daquele Poder.⁷

Passemos ao enfrentamento da crítica em tela. Em um Estado Democrático de Direito é natural a existência de uma tensão entre o espaço de livre deliberação democrática (normalmente exercida através da aprovação de leis por um órgão Parlamentar composto por representantes eleitos pelo povo) e os limites a essa atuação impostas por uma lei maior – a Constituição -, cuja guarda compete geralmente a instituições sem representatividade popular. Dentre outros pontos, a Constituição estabelece núcleos mínimos de estabilidade intangíveis ao legislador, retirando-lhe a possibilidade de interferência.

É o que ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais,

⁷ É importante ressaltar que as decisões judiciais em matéria de controle de políticas públicas não necessariamente possuem um teor tão invasivo. É possível que haja decisões, por exemplo, concessivas tão-somente do direito à informação acerca da execução das políticas públicas, ou determinando ao gestor a apresentação de um plano para o atendimento da necessidade social em foco. Outrossim, não se está aqui defendendo a total impossibilidade de concessão, pelos órgãos jurisdicionais, do próprio direito social pleiteado.

aos quais se reconheceu um grau de essencialidade tal que se houve por bem imunizá-los contra qualquer investida de maiorias eventuais (art. 60, §4º, IV, da CF/88). Sim, porque a vontade da maioria também pode adquirir um viés opressor, impondo sua força.⁸

E não é só isso. A Constituição Federal de 1988 reforçou a proteção aos direitos fundamentais ao dispor, no §1º do art. 5º, que as normas que lhes definem têm aplicação imediata. Mas aqui surge um problema: como conciliar a exigência de aplicação imediata com o caráter prestacional⁹ dos direitos fundamentais sociais? Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet, afastando-se de posicionamentos extremados – de um lado, os que defendem que, em razão da imediata aplicabilidade, até mesmo as normas programáticas conferem direitos subjetivos individuais plenamente fruíveis, independentemente da concretização legislativa; de outro, os que advogam a tese de que o disposto no §1º do art. 5º da CF/88 não tem o condão de mudar a natureza das coisas, de modo que boa parte dos direitos fundamentais só adquirem plena aplicabilidade após a concretização do legislador –, adota posição intermediária, entendendo que a norma do §1º do art. 5º da CF/88 tem caráter principiológico e, como tal, funciona como mandato de otimização, determinando que os órgãos estatais atribuam ao direito fundamental a maior eficácia possível que permite o seu grau de

⁸ Há um interessante diálogo entre o sofista Cálicles e Sócrates, em que o primeiro, elitista, acusa a democracia e as leis atenienses de tolher a atuação dos homens melhores, mais fortes. Tentando defender a democracia utilizando os próprios argumentos de Cálicles, Sócrates acaba por apontar a maioria de votos como o mais forte. Vejamos: “¿Sería el más fuerte mejor que el débil? A lo que Cálicles contesta: Sí. ¿Pero no sería la mayoría de votos la que, según la constitución de Atenas, decidiría? A lo que Cálicles responde nuevamente: Sí. Entonces sería, pues, la mayoría el más fuerte? Sí. Por tanto, también el mejor...” (Klaus Adomeit e Cristina Hermida Del Llano apud SOUZA FILHO, Oscar d’Alva e. Tetralogia do direito natural: ensaios do direito acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental. Fortaleza: ABC Editora, 2008, p. 83). Ora, como é sabido, a tendência do mais forte é abusar de sua posição...

⁹ Enquanto os direitos fundamentais individuais (primeira dimensão) reclamam, via de regra, apenas uma abstenção estatal para o seu atendimento, os direitos sociais exigem uma atuação estatal positiva para serem concretizados, como, p. ex., construção de escolas, hospitais, contratação de professores, médicos etc.

densidade normativa.¹⁰ Prossegue o autor explicitando que a diferença, no que toca à eficácia entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais reside no fato de o §1º do art. 5º criar um *status* diferenciado para as primeiras, gerando “uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que a eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada”.¹¹

De outra parte, é necessário reconhecer que os direitos fundamentais, além de se constituírem em direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado (dimensão subjetiva), manifestam, também, uma dimensão objetiva, a qual consiste no fato de eles consagrarem uma ordem de valores, centrada na dignidade da pessoa humana, que influencia todo o ordenamento jurídico, servindo, ademais, como diretriz e impulso para as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. A formulação explícita dessa tese se deu pela primeira vez com a decisão da Corte Constitucional alemã no clássico caso *Lüth*.¹² Assim dispôs o Tribunal Constitucional Federal:

... a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. **Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da**

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 273 et seq.

¹¹ Ibidem, p. 285.

¹² Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 111; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2004, p. 141.

Legislação, Administração e Jurisdição¹³ *negrito nosso*

Do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais extraem-se alguns importantes efeitos: o efeito de irradiação, os deveres de proteção do Estado, e a eficácia privada.¹⁴ Interessa ao presente trabalho especificamente o primeiro deles. O efeito de irradiação significa que os valores (princípios objetivos) consagrados no elenco dos direitos fundamentais influenciam todos os ramos do Direito, além de vincularem as funções estatais – administrativa, legislativa e judiciária – impulsionando-as e dirigindo-as.

Assim, se os direitos sociais previstos no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais, e, nessa condição, gozam de especial proteção constitucional, não se pode compreender o seu enunciado como meras promessas, mas como verdadeiras normas que vinculam os agentes públicos, atribuindo-lhes o dever jurídico de implementá-los. E se há o dever jurídico, deve haver mecanismos de controle de seu cumprimento. Ademais, também os órgãos de controle têm a sua atividade guiada pela pauta de princípios consagrados nos direitos fundamentais. Destarte, o exercício do controle tem obrigatoriamente que levá-los em consideração, ou melhor, pautar-se segundo o atendimento deles.

Com efeito, o reconhecimento do caráter normativo dos ditames constitucionais e da especial posição ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico justifica a possibilidade de existência de um controle externo sobre as políticas públicas (ou ausência delas) de concretização dos direitos sociais. É de se

¹³ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997, p. 363 (tradução livre do autor).

¹⁴ Cf. STEINMETZ, W. Op. Cit., p. 112; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154-155.

reconhecer, entretanto, em decorrência do princípio democrático, que, na disputa entre o atendimento das necessidades sociais e a escassez dos recursos, a primazia das escolhas de prioridades a tratar deve ser do Legislativo e do Executivo.

Portanto, devem ser rechaçadas teses radicais que propugnam a total falta de controle na atividade de (não) implementação de direitos sociais. Outrossim, deve-se zelar para que os órgãos de controle exerçam com parcimônia suas funções, sem usurpar as dos legitimados preferentes, agindo em casos mais claros de desrespeito aos direitos fundamentais.¹⁵ Um exemplo pode ajudar a esclarecer nossa proposição. Digamos que o chefe do Executivo tenha apresentado, em seu plano de governo, uma determinada política pública de atendimento a um direito fundamental social e que ela tenha sido contemplada na lei orçamentária anual. Se, no decorrer do exercício financeiro, não for implementado o programa, permanecendo a verba orçamentária sem movimentação, entendemos perfeitamente sindicável a omissão do Poder Público, uma vez que menoscabou a concretização de um direito fundamental social. Nesse caso, é perfeitamente defensável uma ordem judicial determinando a utilização dos recursos na implantação da política pública em tela, cabendo ao gestor o ônus de provar que a não utilização da verba se deu por motivo plenamente justificável.

Até aqui se defendeu a possibilidade do exercício do controle externo sobre as políticas públicas de implementação de direitos sociais, mesmo reconhecendo a primazia dos órgãos com representatividade popular, tendo por base a força normativa da Constituição e a posição privilegiada que ocupam os direitos fundamentais em nosso ordenamento. Cabe agora enfrentar uma outra crítica, já ventilada em nossa exposição, e que freqüentemente é colocada como obstáculo à plena sindicabilidade dos direitos sociais.

¹⁵ Sobre a elaboração de pautas objetivas para guiar a atuação do judiciário no controle de políticas públicas, ver SARMENTO, D. Op. cit. (2008) e BARCELLOS, A. Op. cit.

Trata-se do que se convencionou chamar de reserva do possível. Significa, em apertada síntese, que, tendo em vista o seu caráter prestacional, a concretização de um direito social pode restar inviabilizada pela ausência de recursos. Assim, por exemplo, pode simplesmente não haver verbas para a concessão gratuita de determinado medicamento. Ou, dito de outro modo, a concessão gratuita de um determinado medicamento implicará o desatendimento de outra ação social na área da saúde.

Mais uma vez, para a superação do problema, há de se recorrer às modernas, ou melhor, pós-modernas teorias constitucionais. A solução, então, passa pelo reconhecimento do caráter principiológico das normas que veiculam direitos sociais. Segundo Robert Alexy, *“principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”*.¹⁶ Princípios seriam, portanto, mandados de otimização, cujo cumprimento pode se dar em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁷ Portanto, é da própria natureza dos princípios ter a sua concretização limitada pelas condições materiais – volume existente de recursos, por exemplo – e jurídicas – conflito com outros princípios – presentes. E para resolver problemas que envolvem aplicação de princípios, conflituosos entre si por natureza, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade. Assim, no caso de controle de políticas públicas, deve o magistrado, utilizando o referido princípio, levar em consideração as dificuldades fáticas existentes, bem como os princípios jurídicos envolvidos¹⁸: de um lado o direito social pleiteado; de outro, o princípio democrático e o da separação de poderes.¹⁹

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 p. 86.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Neste sentido, SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, p. 228 et seq., jul-set-2007.

¹⁹ Neste sentido, Daniel Sarmento. Op. cit. (2008), p. 567. Convém observar que Sarmento vai além, argumentando que só a utilização do princípio da

Convém salientar que, no que concerne à atuação específica dos Tribunais de Contas, a objeção da reserva do possível tem pouca repercussão. É que, como já foi dito anteriormente, não é da competência das Cortes de Contas conferir o bem da vida pleiteado, determinando a imediata fruição de um determinado direito social (ao que se poderia contrapor a impossibilidade material de cumprimento da decisão). Destarte, se os limites competenciais dos Tribunais de Contas justificam, em relação à primeira crítica (natureza antidemocrática do controle externo), um menor interesse na sua atuação do que o dispensado à do Judiciário, tal fato, no que toca à objeção da reserva do possível, praticamente a esvazia enquanto crítica ao exercício do controle externo de políticas públicas por essas Cortes.

Finalizando a abordagem acerca da viabilidade do controle externo de políticas públicas, cumpre destacar uma objeção de ordem operacional²⁰ ao seu exercício. Baseia-se tal crítica na falta de aparato técnico do órgão controlador para avaliar as políticas públicas, que demandam conhecimentos específicos para a sua concepção e implemento. De fato, a crítica faz sentido (mas não é uma dificuldade incontornável) no que toca ao Judiciário, que não conta em seus quadros com membros ou funcionários de apoio com a formação técnica necessária para esse mister. Entretanto, para contornar o problema, podem os juízes, por exemplo, determinar perícias para esclarecer questões dessa natureza.

Já em relação aos Tribunais de Contas, parece-nos que a referida objeção tem pouco peso. É que, nesses órgãos, devido à

proporcionalidade não é suficiente para o enfrentamento adequado desses tipos de questão: “Mas falar em ponderação é pouco. A ponderação desacompanhada de *standards* que a estructurem e limitem, pode transformar-se numa ‘caixa preta’, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo” (Ibidem, p. 568). E dedica o autor o restante do seu trabalho à elaboração de alguns *standards* destinados a balizar a ponderação nos casos de concretização de direitos sociais.

²⁰ A expressão “crítica operacional” é utilizada por BARCELLOS, A. Op. cit., p. 34.

própria natureza de suas atribuições (fiscalização contábil, orçamentária, patrimonial, operacional), o seu corpo de funcionários deve contar com servidores de formação técnica eclética. Evidentemente, essa simples constatação não é suficiente para que se atinja o objetivo desejado, qual seja, o controle eficaz das políticas públicas. É preciso que, de fato, os Tribunais realizem processos seletivos (concursos públicos) buscando essa diversidade técnica e invistam maciçamente na capacitação dos funcionários, se quiserem ocupar esse relevante espaço que a Constituição lhes reserva.

3. O controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas

No tópico anterior, buscamos demonstrar a viabilidade jurídica do exercício do controle externo das políticas públicas. Procuraremos, agora, abordar especificamente a atuação dos Tribunais de Contas nessa seara, expondo os seus fundamentos e contornos gerais, sem pretensão de exaurir o tema.

Primeiramente, há que se desfazer um possível (bastante comum, na verdade) mal-entendido no que toca à posição institucional ocupada pelos Tribunais de Contas, causado por uma certa ambigüidade do texto constitucional. Com efeito, o *caput* do art. 71 da CF/88 estabelece que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (*sublinhamos*). Entretanto, nos incisos do referido artigo, observa-se uma série de competências do Tribunal de Contas incompatíveis com a natureza de um órgão meramente auxiliar. Assim, por exemplo, tirando as contas anuais do chefe do Poder Executivo, nas quais o Tribunal de Contas emite apenas um parecer prévio, todas as demais contas dos gestores públicos são por ele julgadas, inclusive as do próprio Legislativo, de quem seria supostamente auxiliar.

Portanto, apenas nas competências previstas nos incisos I, IV e VII do mencionado art. 71 é que se pode vislumbrar um caráter auxiliar do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Destarte, concluímos que o controle externo a que faz referência a seção IX da CF/88 (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária) é compartilhado entre o Legislativo e o Tribunal de Contas, cujas atribuições extrapolam e muito a de um órgão meramente auxiliar. Dito isso, é no enunciado do art. 70 que encontramos as bases para o controle externo de políticas públicas pelo Tribunal de Contas. Reza o mencionado dispositivo que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública será exercida levando em conta a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Do mencionado dispositivo cunha-se os três pilares do controle das políticas públicas: **fiscalização operacional, legitimidade e economicidade**. Abordemos cada um.

AUDITORIA OPERACIONAL: este talvez seja o principal veículo à disposição dos Tribunais de Contas para o exercício do controle sobre políticas públicas. Além de sua previsão no elenco dos tipos de fiscalização levado a cabo pelo controle externo compartilhado entre o Legislativo e as Cortes de Contas (art. 70, *caput*, da CF/88), a auditoria operacional também está prevista constitucionalmente como uma das atribuições específicas destas, sendo realizada por iniciativa do próprio Tribunal de Contas ou mediante solicitação do Legislativo (no âmbito federal, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão Técnica ou de inquérito), podendo incidir sobre as unidades administrativas dos três poderes, seja da administração direta ou indireta, e de todos aqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 71, IV, da CF/88).

Mas o que se entende por auditoria operacional? Talvez a melhor resposta seja dada pelo próprio Tribunal de Contas da União, o qual, em seu sítio na rede mundial de computadores, assim a define:

Auditoria de natureza operacional (ANOp) é o processo de coleta e de análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa,

atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública.²¹

Servindo-se desse mecanismo, o Tribunal de Contas pode ultrapassar os limites da análise meramente contábil, voltando-se para a avaliação da eficácia da política pública auditada. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma.²²

A auditoria operacional buscará, fundamentalmente, responder questões do tipo: estará determinada política pública atingindo os objetivos almejados? Estará atingindo os objetivos almejados da forma mais econômica possível?

Note-se que aqui o grau de interferência nas escolhas do Legislativo e Executivo na implementação dos direitos sociais, via de regra, é mínima. Não é imposto pelo Tribunal de Contas aos gestores quais os direitos fundamentais sociais devem ser implementados e em que grau se deve dar a sua concretização. Busca-se, principalmente, averiguar se os meios utilizados estão aptos e adequados à concretização das escolhas feitas. O resultado do trabalho do Tribunal servirá de base para que o próprio gestor corrija os rumos de sua atuação para a efetiva satisfação das necessidades sociais, bem como subsidiará com informações os cidadãos interessados em verificar a qualidade dos gastos públicos,

²¹ Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo, acessado em 10/10/2008.

²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 314.

fomentando, assim, o controle social.

Engana-se, porém, quem enxerga um caráter meramente pedagógico nesse tipo de atividade desenvolvida pelas Cortes de Contas. Com efeito, é possível, diante de ofensas mais relevantes às normas jurídicas em jogo na implementação de uma política pública, que o Tribunal de Contas não apenas exorte a Administração a corrigir o desvio, mas, com base no inciso IX do art. 71 da CF/88, ordene que assim o faça, sob pena de multa em caso de descumprimento da determinação.²³ Assim, para citar um exemplo, o TCU, em auditoria operacional realizada sobre o Programa Educação Jovens e Adultos - Alfabetização Solidária, ao lado de várias recomendações aos responsáveis, determinou ao FNDE e à SEF/MEC que remetessem, em 90 dias, plano de ação formulado em conjunto com a AAPAS para a implementação das recomendações prolatadas pelo Tribunal.²⁴

Ademais, entendemos que as falhas apontadas na auditoria operacional, dependendo de sua natureza e do prejuízo dela decorrente à implementação do direito social envolvido, podem repercutir no julgamento das contas do responsável. Afinal, esse julgamento também é pautado pela análise da legalidade, legitimidade e economicidade, bem como pelos demais princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, aqui se destacando o da eficiência (a ser abordado adiante, em conjunto com a economicidade). Não se pode, ainda, perder de vista que, como já mencionado linhas atrás, os princípios consagrados nos direitos fundamentais, inclusive sociais, impulsionam e direcionam toda a atividade estatal, vinculando também os Tribunais de Contas. Assim, a inaptidão do gestor para se desincumbir da tarefa de

²³ Reza o art. 58, VII, da lei 8443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...) VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.”

²⁴ Processo nº 015.602/2002-0, Acórdão nº 93/2003, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, DOU 16/08/2004.

implementar adequadamente as políticas públicas a que se propôs, em alguns casos, pode comprometer a regularidade de suas contas.²⁵

LEGITIMIDADE: estabelece o art. 70 que um dos aspectos considerados na fiscalização levada a cabo pelo Tribunal de Contas é a legitimidade. É sintomático o fato de o elenco dos aspectos verificados pela Corte de Contas consignar a legitimidade logo após a legalidade. Isso quer dizer que o controle exercido por esse órgão vai além da verificação da mera compatibilidade formal entre o evento fiscalizado e a previsão legal. Valdecir Pascoal compreende a análise da legitimidade como a verificação quanto ao atendimento do interesse público e da moralidade administrativa.²⁶ Jorge Ulisses Jacoby pontua que “Sobre o aspecto do controle, a apreciação deontológica da legitimidade encontra-se em íntima afinação com os princípios da razoabilidade – para alguns autores –, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado”.²⁷

Em nossa visão, parafraseando o entendimento esposado pela Corte Constitucional alemã acerca das cláusulas gerais e conceitos indeterminados da lei civil,²⁸ a legitimidade seria o ponto por onde os direitos fundamentais, inclusive os sociais, penetrariam na atividade do órgão controlador. Ou seja, a análise desse aspecto permitiria ao Tribunal de Contas verificar se a omissão, concepção ou execução de uma determinada política pública se *legítima* à luz dos direitos fundamentais sociais envolvidos. Não custa lembrar que

²⁵ O art. 16, III, b, da já referida LOTCU dispõe que as contas de gestão também podem ser julgadas irregulares em razão da prática de ato de gestão ilegítimo e antieconômico, bem como por infração à norma legal ou regulamentar de natureza operacional.

²⁶ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 146.

²⁷ FERNANDES, J. Op. cit., p. 749.

²⁸ Trata-se da decisão proclamada no já citado caso Lüth, da qual se extrai o seguinte trecho: “Este é o motivo pelo qual as cláusulas gerais têm sido corretamente chamadas de pontos onde os direitos fundamentais penetram no domínio do Direito Civil” (KOMMERS, D.op. cit., p. 362-364 (tradução livre do autor)).

se deve, para tanto, lançar mão do princípio da proporcionalidade, sopesando as condições fáticas e jurídicas existentes, reconhecendo um peso inicial elevado à opção do gestor público.

ECONOMICIDADE: a noção de economicidade guarda íntima relação com o princípio da eficiência. Em verdade, a economicidade é uma das suas facetas. Antônio Fonseca apresenta um bom conceito de eficiência administrativa:

Um conceito (de eficiência) final útil para a administração pode ser assim exposto: dever imposto ao administrador de acomodar a gestão pública a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que o Estado dispõe, buscando a maneira mais efetiva de utilizar recursos escassos e minimizando os gastos públicos, de modo a se poder responder na maior escala possível às demandas sociais que o Estado propõe satisfazer.²⁹

Quando se analisa a eficiência de uma determinada atividade estatal, avalia-se se ela atingiu satisfatoriamente os objetivos a que se propôs e se o resultado foi obtido com o mínimo de dispêndio de recursos. Este segundo aspecto da eficiência é precisamente o que se entende por economicidade. Francisco Eduardo Carrilho Chaves ensina que: “Controlar a economicidade é verificar a relação custo-benefício dos atos dos administradores e responsáveis. O ato econômico é aquele que obtém o resultado desejado pelo menor custo possível”.³⁰ Embora não previsto expressamente no art. 70 da CF/88 como matriz do controle exercido pelo Tribunal de Contas, obviamente o princípio da eficiência baliza o seu exercício. Assim, a fiscalização das Cortes de Contas envolve ambos os aspectos: atingimento de resultados e custo-benefício da atividade estatal.

Arrematando o presente tópico, podemos dizer que,

²⁹ FONSECA, Antônio. O princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, nova série, n. 10, p. 94.

³⁰ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos tribunais de contas*. Niterói: Impetus, 2007, p. 61.

ultrapassando a mera análise formal da compatibilidade entre a atividade estatal e a lei (legalidade), os aspectos da legitimidade e da economicidade (conjugada com a eficiência) são os fundamentos básicos que permitem um exercício mais efetivo do controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. A auditoria operacional é o principal veículo por meio do qual se desenvolve esse controle.

4. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, vimos que a conformação do Estado como “de Direito”, a força normativa da Constituição e a especial proteção destinada aos direitos sociais não deixam dúvidas acerca da possibilidade de existência de um controle externo sobre as políticas públicas (veículos de implementação dos direitos sociais). A questão mais importante, então, passa a ser o modo como o controle é exercido. Nesse ponto, tendo em vista o princípio democrático, os órgãos controladores devem partir da premissa da primazia do Legislativo e do Executivo na escolha de prioridades de implementação dos direitos sociais num ambiente de recursos escassos.

A Constituição Federal, ao prever como ferramenta do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas a auditoria operacional, bem como que a fiscalização, envolvera, entre outros, os aspectos da legitimidade e da economicidade, inegavelmente aparelhou juridicamente as Cortes de Contas para o exercício do controle das políticas públicas.

A atuação dos Tribunais de Contas nessa área tem, em linhas gerais, um potencial invasivo (em relação à discricionariedade do gestor) de menor alcance do que a do Judiciário, pois aos Colegiados de Contas, via de regra, não compete conferir ao interessado o direito subjetivo lesado pela ação ou omissão estatal. Sua atividade controladora é particularmente focada no desenvolver da gestão, apontando falhas, corrigindo rumos (via emissão de recomendações, determinações, aplicação de multas, etc.).

Isso, porém, não torna tal atuação menos importante. Em verdade, os Tribunais de Contas ocupam uma posição privilegiada no processo de implementação dos direitos sociais, em razão mesmo do desenho constitucional que lhes conforma. Com efeito, os Tribunais de Contas, devido à gama de atribuições que lhes foram constitucionalmente atribuídas (fiscalização orçamentária, contábil, financeira da administração, emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo, julgamento das contas dos demais responsáveis por recursos públicos, etc.) possuem uma visão geral do desenrolar da Administração Pública, estando aptos a contextualizar as carências sociais detectadas com o volume de recursos gerais disponíveis. De outra parte, também em razão de suas atribuições constitucionais, o seu corpo de funcionários é dotado de formação técnica eclética, o que lhes confere (desde que aliado a investimentos em treinamento) a expertise necessária para a tarefa. Por fim, sendo a atividade dos Tribunais de Contas voltada para o aprimoramento da gestão como um todo, suas ações, no que toca ao controle das políticas públicas, tendem a promover a implementação gradual dos direitos sociais, trazendo benefícios à coletividade de forma indistinta, sem os riscos que corre o Judiciário de atender a pretensões individuais que, em face da limitação dos recursos, não poderiam ser universalizadas.

Referências bibliográficas

ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, n. 3, p. 17-54, julho a setembro de 2006.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos tribunais de contas*. Niterói: Impetus, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 314.

FONSECA, Antônio. O princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília Nova série, n. 10, p. 89-113.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, p. 219-232, jul-set-2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008, p. 553-586.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro *Lumen Júris*, 2004.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. *Tetralogia do direito natural: ensaios do direito acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental*. Fortaleza: ABC, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

