

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**MAICON CRESTANI**

**TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE DA ATIVIDADE-FIM DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO**

Legitimidade e limites das decisões das Cortes de Contas sob a abordagem de uma  
teoria da decisão democraticamente construída

**SÃO LEOPOLDO  
2022**

Maicon Crestani

**TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE DA ATIVIDADE-FIM DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO**

Legitimidade e limites das decisões das Cortes de Contas sob a abordagem de uma  
teoria da decisão democraticamente construída

Tese apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutor pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
em Direito, pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de Concentração: Direito Público;  
Linha de Pesquisa: Hermenêutica,  
Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2022

C922t

Crestani, Maicon

Tribunais de Contas e o controle da atividade-fim da administração pública: políticas públicas e regulação. Legitimidade e limites das decisões das Cortes de Contas sob a abordagem de uma teoria da decisão democraticamente construída. / Maicon Crestani-- São Leopoldo, 2022.  
285 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.  
Orientador: Prof. Pós Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito público. 2. Controle externo. 3. Tribunais de contas. 4. Estado Administrativo. 5. Políticas públicas. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342.56

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "Tribunais de Contas e o controle da atividade-fim da administração pública: políticas públicas e regulação Legitimidade e limites das decisões das Cortes de Contas sob a abordagem de uma teoria da decisão democraticamente construída", elaborada pelo doutorando Maicon Crestani, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de setembro de 2022.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Bruno Dantas \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Rafael Tomaz de Oliveira \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Clarissa Tassinari \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Temis Limberger \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Em memória de Neri Vanderlei Crestani.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço:

ao Professor Lenio Streck, pela orientação. Sem dúvida, foi uma experiência enriquecedora.

aos Professores Georges Abboud e Clarissa Tassinari, que participaram da minha Banca de Qualificação e contribuíram fortemente para a implementação de ajustes na condução do trabalho.

aos colegas do *Dasein*, por todo o aprendizado.

aos Professores e funcionários da Pós-Graduação da Unisinos.

à minha família.

à Fabi (Fabíola Petró), que participou presentemente desse processo e sempre me apoiou.

*“Amar la trama más que el desenlace”.*

Jorge Drexler

## RESUMO

Esta tese trata do questionamento acerca da legitimação e dos limites das decisões dos tribunais de contas sobre a atividade-fim da administração pública. As principais inquietações para o desenvolvimento da pesquisa foram: afinal, o que são os tribunais de contas? podem eles controlar políticas públicas? quando o tribunal de contas decide mal no controle da atividade finalística da administração pública? quais os limites para uma decisão democraticamente construída no caso do controle finalístico da administração? Para o entendimento acerca do lugar dos tribunais de contas no desenho institucional foram adotados os contributos do *administrative state*, cuja lógica subjacente aponta para a existência de instituições independentes que funcionam a partir da tecnicidade. Nesse sentido, procurou-se trabalhar a partir da relação de deferência que ocorre do Poder Judiciário em relação a tais instituições, sendo considerado, nesse desenho, o lugar dos tribunais de contas. Além disso, foram discutidas as implicações da previsão constitucional que incrementa a possibilidade de um controle qualitativo da gestão pública, por intermédio de auditorias operacionais, sob os parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade. Dessa forma, especificamente à atuação do controle sobre a atividade-fim da administração pública, o questionamento ocorreu em torno da ideia da (não)discricionariedade, tanto da administração, quanto do controlador. A exploração se deu a partir das noções de *Autonomia do Direito* e da *Resposta Adequada à Constituição* como atributos importantes a orientar os limites da atuação das Cortes de contas em temas dessa natureza. Nesse contexto, a utilização do controle de prognoses e a compreensão de que a legalidade não deve ser concebida na sua concepção restrita (mas tendo como parâmetros a Constituição - “legalidade constitucional”), exsurtem como elementos capazes de conferir legitimidade de controle aos tribunais de contas sobre a atividade finalística da administração, ao mesmo tempo que conformam a sua limitação.

**Palavras-chave:** controle externo; tribunais de contas; Estado Administrativo; políticas públicas; deferência; discricionariedade; prognose.



## ABSTRACT

This work addresses the legitimacy and the limits of the decisions of the courts of accounts (general accounting offices) regarding primary government activities. The main questions for the development of this research were: after all, what are the courts of accounts? can they oversee public policies? when does the court of accounts make a bad decision in the oversight of primary government activities? what are the limits of a democratic decision in the oversight of the government? To understand the place of the courts of accounts in the institutional design, we have adopted the contributions of the administrative state, whose underlying logic points to the existence of independent institutions that function based on technicalities. Therefore, this work analyses the deference of the Judiciary to such institutions, considering, within this design, the place of the courts of accounts. Additionally, this work discusses the implications of the constitutional provision that increases the possibility of a qualitative oversight of the government through operational audits considering standards of legality, legitimacy, and economy. Thus, the issues discussed in this work specifically in terms of oversight of primary government activities revolve around the idea of (non)discretion, both of the government and the accounting offices. Our study was based on the notions of Autonomy of Law and the Adequate Response to the Constitution, which are important attributes to guide the limits of the activities of the courts of accounts on issues of this nature. In this context, the use of a prognostic model of oversight and the understanding that legality should not be conceived in its strict sense — but as having the Constitution as a parameter ("constitutional legality") — emerge as elements capable of conferring legitimacy to the oversight conducted by courts of accounts over primary government activities, while also limiting that oversight.

**Keywords:** external oversight; courts of accounts; administrative state; public policies; deference; discretion; prognosis.

## RESUMEN

Esta tesis aborda la legitimidad y los límites de las decisiones de los tribunales de cuentas sobre la actividad fin de la administración pública. Las principales preocupaciones para el desarrollo de la investigación fueron: ¿qué son los tribunales de cuentas? ¿pueden controlar las políticas públicas? ¿cuándo el tribunal de cuentas toma una mala decisión en el control de la actividad fin de la administración pública? ¿cuáles son los límites para una decisión construida democráticamente en el caso del control de la administración pública? Para entender el lugar que ocupan los tribunales de cuentas en el diseño institucional, se adoptaron las aportaciones del estado administrativo, cuya lógica subyacente apunta a la existencia de instituciones independientes que funcionan sobre la base del tecnicismo. En este sentido, se buscó trabajar desde la relación de deferencia que se da desde el Poder Judicial en relación a tales instituciones, considerándose, en este diseño, el lugar de los tribunales de cuentas. Además, se discutieron las implicaciones de la disposición constitucional que aumenta la posibilidad de un control cualitativo de la gestión pública, a través de auditorías operativas, bajo los parámetros de legalidad, legitimidad y economía. Así, específicamente al desempeño del control sobre la actividad fin de la administración pública, el cuestionamiento se produjo en torno a la idea de (no) discrecionalidad, tanto de la administración, como del controlador. La exploración se basó en las nociones de Autonomía del Derecho y de Respuesta Adecuada a la Constitución como atributos importantes para orientar los límites de la actuación de los tribunales de cuentas en cuestiones de esta naturaleza. En este contexto, el uso del control pronóstico y el entendimiento de que la legalidad no debe ser concebida en su concepción restringida, sino teniendo como parámetro la Constitución ("legalidad constitucional") surgen como elementos hábil a conferir legitimidad de control a los tribunales de cuentas sobre la actividad fin de la administración, al mismo tiempo que limita el control.

**Palabras clave:** control externo; tribunales de cuentas; Estado administrativo; políticas públicas; deferência; discrecionalidad; pronóstico.

## LISTA DE SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ATRICON	Associação dos Tribunais de Contas
C&AG	Comptroller and Auditor General
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CNI	Confederação Nacional da Indústria
INTOSAI	International Organization of Supreme Audit Institutions
IRB	Instituto Rui Barbosa
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
MCTIC	Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
PER	Plano de Exploração da Rodovia
SMP	Serviço Móvel Pessoal
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 AFINAL, O QUE SÃO OS TRIBUNAIS DE CONTAS? .....</b>	<b>26</b>
<b>2.1 A Auditoria como Instituição de Proteção da Democracia .....</b>	<b>26</b>
<b>2.2 Instituições Superiores de Controle e o modelo de Tribunal adotado no Brasil - uma breve abordagem .....</b>	<b>37</b>
2.2.1 Os Tribunais de Contas e sua evolução histórica no Brasil.....	53
2.2.2 Tribunais de contas - atribuições.....	63
2.2.3 O novo paradigma do controle pós Constituição de 88.....	72
<b>3 COMPREENDO OS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DOS CONTRIBUTOS DO ADMINISTRATIVE STATE.....</b>	<b>80</b>
<b>3.1 Estado Administrativo e a complexidade da sociedade contemporânea ....</b>	<b>80</b>
<b>3.2 O argumento das capacidades institucionais – limites, críticas e possibilidades .....</b>	<b>92</b>
3.2.1 A autonomia do Estado Administrativo e o Império do Direito – o caso da abnegação.....	110
<b>3.3 Os tribunais de contas dentro de uma nova visão de Separação de Poderes .....</b>	<b>114</b>
3.3.1 The New Coke.....	120
3.3.2 Doutrina <i>Chevron</i> ou <i>Chevron deference doctrine</i> .....	124
<b>3.4 Uma síntese parcial - o lugar dos Tribunais de Contas .....</b>	<b>130</b>
<b>4 DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO .....</b>	<b>139</b>
<b>4.1 Políticas públicas e o que o Direito tem a ver com isso .....</b>	<b>140</b>
<b>4.2 Políticas Públicas no contexto atual brasileiro .....</b>	<b>146</b>
<b>4.3 Pela superação da discricionariedade – Controle de prognose e <i>Resposta Adequada à Constituição</i> como elementos necessários para uma atuação democrática das cortes de contas.....</b>	<b>152</b>
<b>4.4 A Tese da abnegação do direito é incompatível com a Autonomia do Direito?.....</b>	<b>179</b>
<b>4.5 A questão dos direitos fundamentais.....</b>	<b>184</b>
<b>5 CONTROLE DA ATIVIDADE-FIM .....</b>	<b>192</b>
<b>5.1 A natureza das decisões dos Tribunais de Contas no controle de Políticas Públicas e Regulação - O Estado da Arte .....</b>	<b>193</b>

5.1.1 Auditorias operacionais e controle de políticas públicas .....	196
<b>5.2 Decisões - casos adequados e inadequados .....</b>	<b>202</b>
5.2.1 O diálogo como possibilidade de construção de decisões: uma saída democrática para questões complexas .....	224
5.2.2 O discurso do <i>controle de segunda ordem</i> : compreensão, crítica e considerações .....	245
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>252</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>270</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta tese está relacionada a temas caros ao Direito, sobretudo ao Direito Público, tais como Democracia, Separação de Poderes, Instituições, Políticas Públicas, Constitucionalismo Contemporâneo, Direitos Fundamentais, dentre outros. Nesse sentido, a sua elaboração está pautada em questionamentos atinentes à legitimidade de atuação de órgãos que não são compostos essencialmente por representantes do povo, mas que possuem competências constitucionais importantes e que acabam impactando diretamente decisões que afetam toda a sociedade.

Busquei<sup>1</sup>, desse modo, agregar os contributos de um referencial teórico para a empreitada de desvendar as nuances subjacentes ao desempenho dos tribunais de contas na condição de controle externo da administração pública, especialmente no que diz respeito ao controle da sua atividade-fim - como são os casos de atuação na concretização de políticas públicas e regulação.

Dessa forma, o recorte feito para análise diz respeito à forma como as Cortes de contas encaminham suas decisões, cujo objeto diz respeito a matérias afetas à atividade finalística, em especial quando estão envolvidos temas de políticas públicas e regulação (esta última também uma forma de política pública, afinal). Em outros termos, a preocupação que ocupou este trabalho cinge-se ao seguinte fato: não sendo o tribunal de contas uma instituição com respaldo no voto popular, poderia ele tratar de questões que dizem respeito, em última análise, à seara da atividade-fim da administração? melhor falando: de que forma - se isso for possível -, a instituição atua em matérias dessa natureza?

Nesses termos, se todo o exame realizado pelo TCU em suas fiscalizações em relação às políticas públicas se resumisse apenas à colheita de dados, análise e oferecimento de relatórios para seus destinatários, não haveria, por óbvio, razões para maiores questionamentos sobre a atuação das Cortes de contas nessa temática. Contudo, não é assim que as coisas ocorrem. Como será visto ao longo deste trabalho, as deliberações da instituição (no caso, o TCU) têm repercussão

---

<sup>1</sup> Optei por utilizar a escrita em primeira pessoa. Em que pese a utilização da escrita acadêmica em terceira pessoa do singular ser regra, assumi essa forma de escrita para a feitura da tese. Nesse sentido, conferir tese de doutoramento do Programa de Pós-Graduação da Unisinos de Lopes (2020a), cujo trabalho também se fez presente para a construção do referencial teórico aqui utilizado. Nas palavras do autor, tal fato se deve a uma “[...] tendência que revê o papel e a ‘voz’ do cientista, sobretudo em ciências sociais.”

direta nos órgãos auditados, razão pela qual se mostra relevante buscar entender de que forma essa relação é estabelecida.

Certo é que na estruturação do Tribunal de Contas da União (Órgão que representa a Instituição Superior de Controle no Brasil) políticas públicas e regulação ganham contornos e abordagens distintas. Contudo, para os fins deste trabalho, o que interessa, basicamente, é a natureza dos provimentos da Corte quando enfrenta essas temáticas, porque elas representam decisões finalísticas da administração, em última análise.

Notório é que, passados mais de 30 anos do advento da Constituição Federal de 1988, a qual ressignificou a estrutura e o papel das Cortes de contas no desenho institucional brasileiro, ainda persistem dúvidas, discussões e críticas sobre sua atuação. Com efeito, ainda não se sedimentou um entendimento pacífico sobre as possibilidades e limites dos tribunais de contas (e talvez isso de fato nunca ocorra na verdade). Com expressas modificações em relação a textos anteriores, a Constituição de 88 atribuiu novo formato e novas atribuições à instituição, mas ainda doutrina e jurisprudência não conseguiram delimitar as suas balizas institucionais definitivamente. Em verdade, é possível extrair do texto constitucional uma série de comandos que possibilitam uma atuação mais qualitativa dos tribunais de contas em respeito à atuação administrativa, embora exista, na doutrina, uma leitura muito mais restritiva sobre sua atuação.

Em vista disso, é possível identificar, de um lado, um conjunto de defesas no sentido de uma ação contida das Cortes de contas - uma leitura bastante restrita de suas funções, o que, entendo, acaba por ofuscar o potencial existente dessa instituição como indutora de um processo mais democrático, técnico, transparente e constitucionalmente adequado, no que diz respeito às ações e programas estatais. Isso porque ceifar as funções das Cortes de contas, de tal modo a fazer com que sua atuação se limite a uma participação contida, protocolar e formal, parece ser uma maneira que não compreende exatamente o tecido normativo constitucional a partir do qual é confeccionada a roupagem que molda as competências dos tribunais de contas, assim como não capta minimamente as transformações atuais pelas quais a sociedade tem passado, o que tem influência direta na atuação e no próprio dimensionamento da função estatal.

Por outro lado, compreender os tribunais de contas como uma instituição capaz de ser redentora de todos os males da administração pública e, assim, querer

lhe atribuir uma função que pode extrapolar a sua real vocação, também parece se mostrar um caminho perigoso, porque pode jogá-la em um terreno de um controle tal que seja palco para decisionismos e subjetivismos próprios do que se verificou no âmbito do Poder Judiciário com a mudança de paradigmas associados à chegada da nova Constituição de 88, com teses embasadas em um neoconstitucionalismo que abriu caminhos para decisões ativistas e, portanto, não democráticas<sup>2</sup>.

Neste ponto, intenciono apontar uma forma de entender os tribunais de contas na estrutura do Estado Constitucional de forma a contemplar as transformações recentes da sociedade, que trabalham dentro de um paradigma da complexidade, e que tem reflexo direto na estruturação estatal e, por conseguinte, na ideia de controle. Dessa forma, pretendo compreender os limites das atribuições do controle externo exercido pelos tribunais de contas sob uma perspectiva de sua adequação e, sobretudo, de sua capacidade indutora da dimensão democrática, considerando-se o fato de que os órgãos de controle surgem como uma necessidade de concretização dos fundamentos caros ao republicanismo<sup>3</sup>. Afinal, devemos entender a atuação das Cortes de contas sob uma concepção de Estado Constitucional, em que não há diferença entre Estado e Sociedade, bem como o fato de que estamos inseridos numa legalidade não apenas formal, mas antes de tudo material, no sentido de que a atuação das instituições está pautada pela garantia dos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana (ABBOUD, 2019, p. 740).

Desse modo, uma vez apresentada a questão relacionada ao tema do trabalho, cabe destacar a problemática envolvida. Partindo-se do pressuposto de que os tribunais de contas têm adquirido robusta musculatura e envergadura nas últimas décadas, torna-se relevante, portanto, o questionamento acerca da extensão

---

<sup>2</sup> Cabe referir, nesse particular aspecto, comentário de Streck sobre os 30 anos de Constituição no Brasil e sua relação com a prática jurídica: “Os brasileiros não temos certeza se (já) atravessamos o Rubicão. São 30 anos de Constituição, em que dia a dia os predadores – endógenos e exógenos – avançam em direção à cidadela do Direito. Enquanto as democracias europeias se deram conta de que o Direito pós-bélico necessitava de um elevado grau de autonomia do Direito – afinal, o grande mote foi ‘Constituição (agora) é norma’ – por aqui, o Direito continuou a ser tratado como uma mera racionalidade instrumental. Isso é possível de perceber pelo crescimento vertiginoso das teorias ou posturas empiristas – da qual a mais perigosa é o realismo jurídico, não devendo, todavia, ser desprezadas as posturas que se baseiam em análises econômicas do direito e as teses que admitem o discricionarismo e pamprincipiologismos, que chegaram ao ápice quando um princípio como ‘afetividade’, para falar apenas deste, derrota uma regra do Código Civil.” (STRECK, 2018c, p. 10).

<sup>3</sup> Mais adiante veremos que os tribunais de contas, no Brasil, são criados sob a égide dos ideais republicanos previstos na Constituição de 1891, no sentido de instrumentalizarem a necessidade de controle sobre a administração pública.



e dos próprios limites dessa atuação. Se é verdade que os poderes de controle merecem ser auscultados com os instrumentos que embasam os valores democráticos e a própria doutrina da separação de poderes, devem ser salientados, também, como já dito, os pressupostos que criam e sustentam os órgãos de controle (o republicanismo, principalmente), além da consideração de seu *path dependence*, destacando-se essa trajetória a partir do surgimento da Constituição da República de 88<sup>4</sup>.

A rigor, a importância do controle externo no Brasil não se restringe aos aspectos concernentes à eficiente gestão administrativa do setor público. Com efeito, o controle externo está inserido no próprio equilíbrio entre os poderes dentro de um sistema mais amplo que compreende a própria configuração do estado democrático de direito. Isso quer significar, pois, que a atividade de controle externo faz parte da engrenagem do denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), sendo que, além de envolver o controle administrativo puramente, há também relação direta com o equilíbrio entre os Poderes, perfazendo uma força a mais no controle legítimo entre eles.

Como poderiam os tribunais de contas, em suas decisões, adentrar em campo que, a princípio, pertence precipuamente aos Poderes Legislativo e Executivo<sup>5</sup>, tendo em vista a constituição democrática por excelência desses Poderes? (isso fica ainda mais evidente em casos afetos a políticas públicas). Logo, é possível vislumbrar que existiriam obstáculos naturais acerca da atuação dos tribunais de contas, como a questão afeta à própria separação de poderes e ao já comentado déficit democrático desses Órgãos.

De outra banda, não se pode olvidar que tais instituições exercem uma função primordial no controle sobre os atos de toda a administração pública, e congregam competências próprias expressamente previstas na Constituição da República de 1988. De fato, o controle sobre políticas públicas se desenvolve em uma perspectiva um tanto peculiar, em virtude da sua própria natureza e das atribuições desse Órgão. Isso significa dizer que o controle realizado por esses tribunais ocorre por intermédio da fiscalização feita pelo seu corpo técnico sobre políticas arquitetadas

---

<sup>4</sup> Conferir, nesse sentido, Loureiro, Teixeira e Moraes (2009).

<sup>5</sup> Conforme Oliveira (2008, p. 57): “Nos Estados democráticos, as decisões sobre políticas públicas surgem da avaliação de dois Poderes do Estado, o Legislativo e o Executivo. Nesse contexto, as instituições capazes de exercer influência sobre a formulação e operacionalização das decisões públicas, sob um aspecto político, são os partidos, os sindicatos, os agentes econômicos e as organizações privadas”.

pelos poderes Executivo e Legislativo e, conseqüentemente, os resultados dos trabalhos de fiscalização são submetidos aos magistrados de Contas, para futura análise e decisão. Portanto, os tribunais, nessa perspectiva, podem atuar numa dimensão macro na fiscalização e acompanhamento das políticas públicas, durante todo o seu ciclo (formulação, decisão, execução, avaliação e controle). Além disso, cabe ressaltar que a natureza da matéria políticas públicas suscita um procedimento diferenciado, qual seja: essas *policies*, na verdade, são exercidas a partir de um ciclo de ações<sup>6</sup> e, uma vez admitida a legitimidade dos tribunais de contas para tomar decisões nessa seara, estas passam a integrar esse fluxo de atividades, como o monitoramento das ações do gestor após a decisão do órgão de controle (noção de acompanhamento do controle). Tal fato é capaz de conferir uma gama de subsídios que enriquecem o repertório histórico de decisões dessas Cortes, no sentido de dotá-las de matéria prima para a concretização do “Direito como integridade” (DWORKIN, 2014), porquanto, em verdade, há fatores relacionados à natureza da atuação dos tribunais de contas em sede de políticas públicas que são favoráveis à tomada de respostas corretas (adequadas) constitucionalmente, mormente pela possibilidade de afastamento de decisões discricionárias e em contrariedade com a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Se isso for realmente verdadeiro, então parece ser possível afirmar que tais decisões possam ser democraticamente sustentadas (no sentido de se buscar afastar o subjetivismo e a discricionariedade). Além disso, entendida a política pública como um processo que se inicia, via de regra, com a produção de uma lei, até sua execução pelo Poder Executivo, deve-se ter em conta que esse processo acaba sofrendo controle de diferentes órgãos/instituições. Ao final, a sua concretização somente irá ocorrer após um caminho por diferentes âmbitos. Isso significa dizer que a política pública, logicamente, não se esgota apenas na sua criação legislativa e na sua posterior execução. Há um *iter* que demanda constrangimentos de diferentes atores nesse processo, o que atrai a necessidade de pensarmos o fenômeno em termos de intersubjetividade, numa perspectiva hermenêutica-filosófica de análise.

---

<sup>6</sup> Não vou adentrar aqui nas diferenças doutrinárias sobre os modelos de Políticas Públicas. Para maiores informações, por todos, indica-se (SOUZA, 2007).

Em trabalho de fôlego sobre o tema controle de políticas públicas - no caso, o controle judicial sobre a alocação de recursos em saúde na Inglaterra<sup>7</sup> -, foram apresentadas importantes conclusões sobre o impacto da análise judicial sobre políticas públicas de saúde na própria abordagem que o Poder Executivo passou a adotar com o acolhimento das razões advindas do judiciário. Na verdade, *in casu*, a judicialização desse tipo de demanda impactou o próprio processo decisório na confecção da política pública de saúde pelo órgão responsável (WANG; ARAÚJO; NASCIMENTO, 2018). Este estudo fornece algumas evidências acerca do impacto da atuação do Judiciário nesse campo, porquanto as exigências estabelecidas pelos tribunais acabaram por influenciar o processo decisório do Executivo nessa área (WANG; ARAÚJO; NASCIMENTO, 2018). Sobre essa questão, entendo que os tribunais de contas têm um papel ainda mais direto e próximo, em regra, sobre as políticas públicas, do que o Poder Judiciário, porquanto trabalham em nível macro de abordagem, sendo que o papel dos tribunais de contas é, naturalmente, o acompanhamento e a fiscalização dos gastos públicos e dos programas de governo, ao passo que o Judiciário acaba aparecendo no cenário por via indireta, quando demandado em razão, quase sempre, da omissão inconstitucional do governo na execução das políticas públicas<sup>8</sup>.

Em outros termos, isso significa que os tribunais de contas têm essa função como incorporada, senão naturalizada, em virtude de sua própria natureza construída a partir das competências e atribuições constitucionais para a fiscalização dos recursos públicos; nesse esforço, trabalham sob uma base em que são consideradas as previsões prévias e mais gerais em termos de leis orçamentárias, como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias específicas anuais. Contudo, voltando ao artigo citado, os resultados deste trabalho, embora relacionados à atividade tipicamente judicial, são importantes para refletirmos sobre a problemática que envolve o controle dos tribunais de contas

---

<sup>7</sup> A versão original em inglês deste artigo foi publicada como "From Wednesbury unreasonableness to accountability for reasonableness", no periódico *Cambridge Law Journal*, 76(3): 642-670, 2017.

<sup>8</sup> Apenas para exemplificar um caso dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário, no que tange à realização de obras em estabelecimento prisional, deve controlar a atuação do Poder Executivo, conforme decisão tomada no RE 592.581-RS, em que restou fixada a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, (inciso XLIV) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes" (BRASIL, 2015).

numa perspectiva comparada e, também, os seus próprios limites. Sobretudo, duas questões trazidas pelo trabalho referido são importantes para conduzir a problemática desta pesquisa. Primeiramente, confirmou-se a ideia de que as autoridades de saúde que são obrigadas a fundamentar suas decisões perante tribunais acabam tendo mais cuidado, levando em consideração evidências como fundamento de suas ações, além de considerarem diferentes pontos de vista sobre o tema (WANG; ARAÚJO; NASCIMENTO, 2018). De outro giro, importante informação também é referida pelos autores, no sentido de que “É importante olhar para as conclusões deste artigo à luz do paradoxo sugerido por John Mashaw, qual seja, que ‘o controle judicial tanto apoia a responsabilização (*accountability*) política quanto a atrapalha; exige competência administrativa, mas, ao mesmo tempo, limita as capacidades da burocracia’<sup>9</sup>.” (WANG; ARAÚJO; NASCIMENTO, 2018, p. 298).

Portanto, esses fatores relatados requerem uma abordagem que, como proponho, subsidiam uma melhor compreensão da atuação das Cortes de contas, tendo como norte a ideia de adequação ao Direito e à Constituição.

Em verdade, conforme será tratado oportunamente em capítulo destinado ao referencial teórico, há uma importância na discussão sobre discricionariedade nesse tema; e, nesse sentido, primordialmente, faz-se mister uma distinção entre a discricionariedade do administrador público e a discricionariedade do controlador; ou, em outras palavras: sobre a própria impossibilidade de discricionariedade, caso adotada, nessa circunstância, uma perspectiva hermenêutica. A propósito, sobre a (não)discricionariedade da administração pública, tem-se que a matéria é diretamente relacionada à pesquisa, pois deve haver uma discussão sobre os seus próprios limites – ou mesmo a sua negação.

Dessarte, apresento como problema principal da pesquisa dois questionamentos: (i) afinal, o que são os tribunais de contas? e: (ii) podem eles controlar políticas públicas?

---

<sup>9</sup> O raciocínio é interessante: “As autoridades administrativas, quando cobradas pelo judiciário a demonstrar que fizeram o melhor trabalho possível na coleta de fatos, avaliando alternativas e articulando os valores que orientaram suas decisões, gastando parte de seu tempo e de seus recursos ‘que poderiam ser utilizados para outros propósitos – para garantir que cada aspecto de sua política resista ao controle judicial. Isto é particularmente verdadeiro naqueles casos em que os entes públicos, como ocorre no NHS, sentem-se compelidos a realizar, em nível administrativo, o mesmo tipo de análise que eles esperam ser feito em âmbito judicial. Os custos de oportunidade de se tomar decisões menos vulneráveis ao controle jurisdicional ainda precisam ser medidos, mas não devem ser ignorados” (WANG; ARAÚJO; NASCIMENTO, 2018, p. 298).

Relacionado a tais questionamentos que embasam o problema principal, busco trabalhar com outros problemas daí decorrentes, quais sejam: (i) quando o tribunal de contas decide mal no controle da atividade finalística da administração pública? (ii) quais os limites para uma decisão democraticamente construída no caso do controle finalístico da administração? (iii) até que ponto é legítimo o controle? (iv) o controlador pode substituir uma decisão do administrador? (v) Se sim, de acordo com quais parâmetros? (vi) o controle externo, ao realizar o seu mister constitucional, estaria afrontando a competência da administração pública de atuar discricionariamente na condução de programas e ações governamentais? (vii) Se a resposta for negativa, ou seja, se se considerar possível tal controle, em que medida ele pode ser exercido? (viii) Ainda, como fica o controle da discricionariedade do controlador ao controlar a (não)discricionariedade do administrador? (ix) O controlador pode escolher? (x) Há espaço para escolhas, ou estamos falando em decisão? (xi) Em que medida, nesses termos, o controle de prognose pode ser utilizado para aprimorar a fiscalização?

Dessa forma, acredito que a pesquisa não deve ficar restrita a um tipo de discurso segundo o qual os tribunais de contas devem controlar políticas públicas para concretizar os direitos fundamentais e fazer valer o “princípio da eficiência” ou do “interesse público” - ou outros argumentos desse tipo -, os quais se mostram um tanto fantasiosos e idealizados acerca da atividade de controladoria. Há, na verdade, uma discussão mais densa subjacente a essa questão.

Como objetivo principal, portanto, julgo que é possível aproximarmos um olhar hermenêutico sobre a compreensão das Cortes de contas com sua dimensão institucional, no sentido de (tentar) estabelecer possibilidades de atuação dentro de uma ordem justificada democraticamente, além de, nessa perspectiva, impor limites dentro das funções exercidas por essa instituição no controle de políticas públicas. Com efeito, se por um lado os tribunais de contas são órgãos eminentemente técnicos e aptos a desenvolverem macro análises sobre a ação estatal, com expertise para o controle de prognose que subjaz às políticas públicas, por outro lado este conhecimento técnico e profissional deve ser desenvolvido a partir da normatividade constitucional, tendo como pressuposto a força normativa da Constituição<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Quanto a este último aspecto, por óbvio, a referência à obra de Konrad Hesse (1991).

Sob esse contexto, a tese tem, ainda, como objetivos outros, definir as características dos tribunais de contas, levando em conta o seu histórico e as modificações ocasionadas por conta do advento da Constituição da República de 88; analisar a sua relação com os demais Poderes e instituições; examinar a tomada de decisões dos tribunais de contas no que diz respeito às políticas públicas (aqui incluída a atividade regulatória); identificar os possíveis limites da atuação das Cortes de contas no controle dessa natureza; e, por fim, verificar a sua atuação, tendo como parâmetro a busca de decisões democraticamente justificáveis e constitucionalmente adequadas.

Diante do objetivo principal apresentado, pois, a hipótese que busco trabalhar é que o controle a ser realizado pelos tribunais de contas tem o papel de vincular a administração pública (a ação estatal, em última análise) na formulação e execução de políticas públicas aos parâmetros e diretrizes constitucionais, não obstante a construção e aplicação das políticas públicas ser pautada, naturalmente, por argumentos de política (*policies*, na perspectiva dworkiniana), ou seja, a partir de metas e programas a serem alcançados<sup>11</sup>. Os tribunais de contas, nesse viés, serviriam como um verdadeiro anteparo a propostas de políticas públicas que se desvinculassem da normatividade da Constituição, ou em dissintonia com os fatos sobre os quais se baseiam, a partir de uma perspectiva do controle de prognoses.

Cabe mencionar também que o tema pesquisado nesta tese se reveste de importância e é atual, como será demonstrado ao longo de todo o trabalho. Ainda, tem destacado alinhamento com a linha de pesquisa adotada e com os estudos desenvolvidos pelo Orientador<sup>12</sup>. Nesse sentido, destaco também que, como “método” de abordagem, utilizou-se o fenomenológico-hermenêutico.

Efetuei pesquisa no “Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES”<sup>13</sup>, com o objetivo de apurar o ineditismo da tese. Assim, verifiquei, a partir do parâmetro de busca “tribunal de contas” AND “políticas públicas”, na Área de Conhecimento

---

<sup>11</sup> Fundamentalmente, refiro a diferença entre *rules*, *principles* e *policies*. Nesse sentido, cf. Dworkin (1978), no Capítulo *The Model of Rules I*. No particular, a versão original.

<sup>12</sup> Com efeito, a presente tese tem alinhamento com a linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, que faz parte do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, o qual tem como parâmetro preocupações relacionadas às discussões acerca do Estado e sua relação com as demandas sociais, a partir da crítica direcionada aos modelos hermenêuticos tradicionais, levando-se em consideração uma análise acerca da própria efetividade do Direito e tendo como base os contributos do Constitucionalismo Contemporâneo. (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS), 2022)

<sup>13</sup> Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2022).

“Direito”, a existência de 27 resultados. No parâmetro “tribunais de contas” AND “políticas públicas”, 11 resultados. Da análise do conteúdo dos trabalhos retornados pela página eletrônica da CAPES, quando disponíveis, constatei que as abordagens, tanto teóricas como metodológicas, não guardam relação direta com a presente tese. Nos critérios de busca “tribunais de contas” AND “atividade-fim”, “tribunais de contas” AND “atividade finalística” e “tribunal de contas” AND “atividade finalística” retornou o resultado “Nenhum registro encontrado, para o termo buscado.” Para o critério “tribunal de contas” AND “atividade fim”, o sistema de buscas retornou apenas um trabalho, sem relação direta com a presente tese.

Além disso, utilizei parâmetros mais específicos, do ponto de vista dos critérios utilizados pela tese, para o referido comparativo. Portanto, procedi à pesquisa tendo como expressões “tribunal de contas” AND “crítica hermenêutica do direito”, teoria utilizada na tese, sendo que o resultado foi “Nenhum registro encontrado, para o termo buscado.” Da mesma forma, realizei pesquisa para os termos “tribunal de contas” AND “administrative state”, também ocorrendo o resultado “Nenhum registro encontrado, para o termo buscado.”

Seguindo com essas primeiras palavras, ainda a título de introdução, apresento um caso prático recente e de relevância social, a fim de ilustrar a discussão que pretendo explorar na pesquisa.

Com o advento da pandemia da Covid-19 causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, as instituições governamentais são demandadas com urgência para fazer frente ao quadro pandêmico. O Tribunal de Contas da União analisou Representação referente à inexistência de fixação, pelo Ministério da Saúde, de diretrizes e das condições para a realização de quarentena, que teria como finalidade evitar a propagação na sociedade do novo coronavírus. A quarentena foi prevista na Lei Federal n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020a) e, para sua integral implementação, a referida lei demandava regulamentação pela Pasta competente, a qual restou instrumentalizada pela Portaria GM/MS 356/2020. Não obstante, a área técnica do TCU constatou que inexistiu detalhamentos sobre os critérios para a fixação da quarentena, medida central para o enfrentamento da pandemia<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Nesses termos, a Auditoria do TCU manifestou-se no seguinte sentido: “essa lacuna perdura desde fevereiro do ano passado, quando foi publicado o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus e mais de um ano depois não houve a regulamentação nos termos propostos pela própria Portaria GM/MS n. 356/2020. Nesse sentido, portanto, resta evidente que a atuação corretiva do órgão ou entidade jurisdicionada ou a do órgão de controle interno não é

No caso, a área técnica do TCU requereu medida cautelar no sentido de impor ao Ministério da Saúde a adoção de critérios para a adoção de quarentena. A questão que surge é: o que o Tribunal de Contas tem a ver com a fiscalização sobre programa de prevenção à pandemia da Covid? O Tribunal de Contas não deve tratar apenas das “contas” governamentais? Se acaso se entender que o controle externo pode enfrentar esse tipo de questão, outros questionamentos também vêm à tona: qual o seu papel? Qual sua legitimidade? Quais os limites de atuação? Quais os impactos?

Analiso este caso concreto, juntamente com outros casos decididos pelo Tribunal de Contas da União, durante o desenvolvimento do texto. Destaquei aqui o exemplo a fim de chamar a atenção para as nuances envolvidas no objeto investigado.

Seguindo, cabe registrar que a presente tese está estruturada da seguinte forma: início destacando, no Capítulo 2, características centrais sobre os tribunais de contas. Dessa forma, apresento as Auditorias como Instituições de Proteção da Democracia; destaco, numa perspectiva comparada, as diferentes formas pelas quais as *Instituições Superiores de Controle* são estruturadas em diferentes países; traço um quadro sobre a evolução histórica dos tribunais de contas no Brasil, apresento suas principais funções, e sublinho o novo paradigma que se descortinou com a Constituição de 88, mormente, para os fins deste trabalho, a possibilidade de um controle qualitativo da administração pública, a partir dos parâmetros da legitimidade e economicidade, bem como da possibilidade de realização de auditorias operacionais, que se tornaram instrumentos de fiscalização amplamente utilizados pelo Tribunal de Contas da União.

No Capítulo 3, como uma forma de extensão do Capítulo 2, busco apresentar elementos para uma resposta em relação à pergunta que principiou este Capítulo: afinal, o que são os tribunais de contas? Com isso, apresento os contributos do *administrative state*<sup>15</sup>, a fim de ofertar uma base teórica que seja capaz de lançar luz sobre o tema.

Tenho ciência que não é possível tratar como similares os modelos americano e brasileiro. Sobre as agências reguladoras, o Brasil tentou incorporar o modelo

---

suficiente para dar o adequado tratamento ao fato ora tratado, havendo necessidade do exercício da atividade de controle externo por parte desta Corte de Contas."

<sup>15</sup> Conforme Guerra (2015), *administrative state* também é referido pela doutrina como *bureaucratic state*, *capitalista state*, *corporate state*, *pós-industrial state*, *regulatory state* e *welfare state*.



americano mas, sem dúvida, não se pode falar em um Estado Administrativo como ocorre nos Estados Unidos. Para alguns, no Brasil existiria, no máximo, a recepção de um Estado Administrativo de forma parcial (GUERRA, 2017). Assumo que a própria legitimidade do Estado Administrativo; o grau de seu desenvolvimento no âmbito brasileiro; e a natureza dos tribunais de contas ainda são questões em disputa. Em razão disso, entendo que, no debate acadêmico, mostra-se válido desenvolver uma tese que estabeleça uma reflexão a partir de contornos próprios, por intermédio da fundamentação e em diálogo com posicionamentos contrários.

Acredito que essa seja uma lente possível para se observar tal fenômeno, com a inserção dos tribunais de contas nesse ambiente, oportunidade em que exurgem conceitos que merecem maior atenção, tais como a ideia de deferência, diálogos entre Poderes, capacidades institucionais.

Nesse aspecto, desenvolvo a reflexão a partir de uma leitura atual sobre a separação de poderes, tendo em vista que o Estado Administrativo é um fato incontestado na atualidade, que tem repercussão para o próprio Direito e para a Jurisdição Constitucional. Nessa perspectiva, apresento a teoria das capacidades institucionais; aponto críticas à referida teoria; ressalto que há pontos indicados pela crítica que são inafastáveis, como exemplo a necessidade de persistir, em primeiro plano, a importância de teorias normativas para o Direito. Não obstante, argumento que é possível assumir elementos institucionais para darmos conta de algumas questões que se colocam atualmente na pauta do Direito. Assumindo esse fato, e identificando o lugar dos tribunais de contas, retomo pontos essenciais para enfrentar os desafios sobre os limites de sua atuação sobre a atividade-fim da administração, o que será enfrentado na segunda parte do trabalho.

Assim, no capítulo 4 desenvolvo uma reflexão sobre a relação Direito e Políticas Públicas. Com isso, apresento o estado da arte sobre os estudos que aproximam esses campos. Além disso, introduzo os aportes teóricos que utilizarei para analisar o controle sobre temas dessa natureza: busco na *Crítica Hermenêutica do Direito*, sobretudo na ideia de *Autonomia do Direito* e da *Resposta Adequada à Constituição*, elementos para orientar os limites da atuação das Cortes de contas. Ademais, apresento a utilização do controle de prognoses como outra forma de sustentar a atuação da instituição nesse sentido. Destaco que tais parâmetros mostram-se como formas viáveis a conferir legitimidade a atribuir limites ao controle sobre a atividade finalística da administração.

Nesse sentido, a análise de casos no Capítulo 5 teve como questionamento direto verificar as formas de atuação do Tribunal de Contas da União em temas atinentes à atividade-fim administrativa. Examinei mais detidamente a natureza das auditorias operacionais como meio de controle das políticas públicas e as formas de comandos exarados pelo TCU em matérias dessa natureza, que se instrumentalizam por intermédio de determinações e recomendações aos jurisdicionados. Nesse contexto, destaquei a questão do diálogo como uma possibilidade de construção de decisões democráticas e analisei aquele que talvez seja o principal discurso do TCU em análise de casos de regulação (chamado de *discurso do controle de segunda ordem*), buscando compreendê-lo dentro da base teórica desenvolvida no trabalho.

Por fim, ainda cabem alguns esclarecimentos introdutórios<sup>16</sup>.

A pesquisa foi realizada sobre decisões e normativos do Tribunal de Contas da União (TCU). Apesar disso, muitas vezes utilizo no decorrer do texto as expressões “tribunais de contas” ou “Cortes de contas”, assim como no título, de forma genérica, porque entendo que as conclusões sobre legitimidade e limite da atuação do controle podem se aplicar aos demais tribunais de contas da federação. Significa que quando tratarei do exame específico de decisões do TCU, farei as indicações precisas sobre os casos analisados, mas muitas vezes utilizo a expressão de forma ampla (tribunais de contas ou Cortes de contas) porque estou refletindo a partir de uma noção de legitimidade e limite que poderiam ser ampliados para as demais instituições, embora os casos analisados digam respeito particularmente ao TCU.

Outro esclarecimento que merece ser destacado diz respeito à natureza das decisões administrativas analisadas. Minha preocupação é com a legitimidade e limite da atuação das Cortes de contas a partir de um controle qualitativo que passou a ser admitido a partir da constituição de 88, sobretudo com a possibilidade de auditorias operacionais sob os parâmetros da legitimidade e economicidade. Nesse sentido, escolhi trabalhar com casos em que ocorreram atuações do Tribunal de Contas da União sobre políticas públicas implementadas pela administração

---

<sup>16</sup> Quanto à literatura estrangeira, registro que optei por fazer traduções livres, sendo que no decorrer do texto tais traduções não estarão acompanhadas pela expressão “tradução nossa”. Utilizarei a tradução no corpo do texto, com transcrição do original em nota de rodapé. Quando for uma referência diretamente em nota de rodapé, apresentarei, primeiramente, a tradução e, na sequência, o texto no original.

pública. Além disso, vislumbrei uma possibilidade de buscar identificar a natureza do controle quando esse ocorre sobre atos regulatórios, o qual se mostra um campo bem específico de atuação, mas que permite observar modos de atuação do controle que, no fim, trata igualmente da atividade finalística da administração. Em alguns casos, o controle do TCU não ocorre por intermédio de auditorias operacionais, mas é evidente que a instituição se vale de parâmetros similares para o controle da atividade da regulação. Discuti em capítulo específico que, não raro, a regulação trata de uma forma particular de política pública, razão pela qual a sua análise se mostra pertinente. Assim, muitas vezes quando cito controle de políticas públicas durante o texto, também está incluída a ideia de regulação; no final das contas, estou interessado na observação de como o controle pode ocorrer na condução da gestão pública, mais especificamente na sua natureza finalística.

## 2 AFINAL, O QUE SÃO OS TRIBUNAIS DE CONTAS?

Pretendo, neste Capítulo, apresentar a instituição tribunal de contas. Para tanto, faço, primeiramente, uma abordagem mais geral sobre sua natureza de *instituição protetora da democracia*, que diz respeito ao reconhecimento, juntamente com outras instituições independentes e com previsão constitucional, para atuar na proteção de temas que buscam fortalecer o processo democrático em diferentes países.

Após, então, foco na estruturação das *instituições superiores de controle*, no sentido de demonstrar como são organizadas, numa perspectiva comparada, essas instituições, que podem assumir caráter de *auditorias gerais* ou de *cortes ou tribunais de contas*.

Por fim, direciono a análise para o caso brasileiro e apresento o histórico dos tribunais de contas, suas funções (atribuições) principais, e o paradigma do controle (externo e interno) inaugurado com a Constituição de 88.

### 2.1 A Auditoria como Instituição de Proteção da Democracia

Atualmente, muitas Constituições têm previsto um conjunto de instituições que teriam sido estruturadas com uma vocação para a proteção constitucional da democracia, ao lado dos demais poderes/funções/atribuições tradicionais do Estado.

Sob esse contexto, aqui há inclusive a menção a esse grupo de instituições como um *fourth branch of government*, dado o papel atribuído a essas instituições para a proteção da democracia. Ou seja, a expressão *fourth branch* é usada para caracterizar este tipo específico de instituições, o que é diferente do uso de *fourth branch* para descrever, especificamente, o ramo burocrático do governo, por exemplo, composto essencialmente pelas agências reguladoras (caso típico e originado nos Estados Unidos). De fato, há diferentes categorizações que usam *fourth branch*, seja para designar o *administrative state* (essa burocracia estatal estadunidense), seja para falar das *Instituições de Proteção à Democracia*, ou mesmo para designar o próprio povo enquanto detentor de um poder popular; também é possível encontrar *fourth branch* para tratar do poder da mídia, por exemplo.

No que diz respeito ao objeto aqui apresentado, *fourth branch*<sup>17</sup> é utilizado para nomear essas instituições que estariam diretamente compromissadas com a proteção dos valores democráticos. Uma questão fundamentalmente institucional, portanto. E, no que importa ao presente estudo, os serviços de auditoria do governo estão incluídos nesse grupo, que fariam parte de um ramo separado do governo, com independência, previsão constitucional e atribuições profissionais e técnicas para zelar pelos recursos públicos e pela governança. São instituições notoriamente marcadas pelo profissionalismo e especialização (técnica), assim como critérios próprios de nomeação e garantias de mandato, capazes de conferir autonomia para garantir a fiscalização sobre temas caros à democracia e, particularmente, sobre as ações dos demais atores institucionais.

As Cortes Constitucionais são consideradas, por óbvio, instituições centrais nesse contexto, dado o seu elevado papel de destaque e, assim, acabam sendo tratadas, de certa forma, de uma maneira apartada; de outro lado, é possível notar uma ênfase às demais instituições, porque essas, em razão de receberem um tratamento mais sistemático por parte de Constituições recentes, acabaram merecendo um olhar mais específico sobre a sua natureza e finalidade. Sobre o tema, Tushnet é um autor que tem focado recentemente sua atenção para tais instituições.

Cabe a seguinte observação nesse momento: a referência ao pensamento de Tushnet ocorre porque o autor introduz ao debate, como objeto de pesquisa, todas essas instituições que têm em comum a questão atinente à proteção da democracia, cada uma a seu modo. Nessa medida, e sobretudo porque dentre tais instituições encontram-se as Instituições Superiores de Controle<sup>18</sup> (aqui incluídos os tribunais de contas), o tratamento da matéria, sob este viés, é oportuno.

Outra observação a ser feita é que, não obstante o diagnóstico feito por Tushnet sobre o tema (nas suas próprias palavras, ele mesmo não tem uma ideia formada sobre a questão, pois ainda se trata de um tema a ser explorado, notadamente em nível comparado), posso adiantar que não concordo com todas as críticas levantadas pelo autor, especialmente sobre sua visão do papel que as

---

<sup>17</sup> Santos (2021) trata como instituições independentes e refere como “ascensão dos não eleitos”, destacando, no Brasil, o Ministério Público e os tribunais de contas. Num nível mais macro, lembra a existência de Bancos Centrais independentes e de Comissões Eleitorais Independentes.

<sup>18</sup> Sobre o tema, traço um esboço sobre os modelos de *Instituições Superiores de Controle* mais adiante.

instituições podem oferecer para tratar de temas sensíveis, como questões diretamente ligadas à democracia. Além disso, deve-se ressaltar que não é nem objetivo deste autor tratar especificamente sobre as auditorias; ele usa casos específicos para formular noções mais gerais (um exercício indutivo, nesse sentido), em conjunto com as outras instituições que teriam este mesmo papel. Nesses termos, por necessária honestidade acadêmica, ressalto que meu propósito é muito mais simples e específico (e também limitado), do que uma pesquisa que pretende realizar uma comparação em nível global sobre instituições de proteção à democracia. Não obstante, o que interessa é o objeto de estudo em si, porque traz à tona essas instituições como relevantes atores no desenho institucional.

Em seu recente livro *The New Fourth Branch - Institution for Protecting Constitutional Democracy*, Mark Tushnet faz uma análise de casos específicos em diferentes países sobre a atuação dessas instituições. Elabora, inclusive, uma reflexão sobre o trabalho de instituições de Auditoria na Índia e Canadá, oportunidade em que relaciona o profissionalismo das agências de auditoria com a gramática da política.

Tushnet, após identificar a divisão de funções clássicas do modelo de Montesquieu, refere que no final do século XIX surge já uma observação sobre o desenvolvimento da moderna burocracia administrativa, havendo um tratamento dessa burocracia pela teoria constitucional como um *fourth branch of government*. No entanto, no seu entendimento, não haveria características capazes de identificar esse fenômeno como um Poder separado. Uma outra forma de destaque em relação à tripartição de funções teria sido identificada na proposta kelseniana de uma Corte Constitucional com o específico papel de guardião da Constituição. Nessa acepção, como bem conhecida, a Corte Constitucional seria separada do sistema judicial comum. Sua função seria especificamente a de proteger (guardar) a Constituição<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> “Como é sabido, Kelsen pensou que uma instituição que ele chamou de Corte Constitucional poderia servir de guardião. A sua função seria preservar a Constituição, e essa função ditava muitas das suas características. Primeiro, seria remover do sistema partidário. Kelsen acreditava que apenas algo como uma Corte poderia satisfazer tal requisito. Em segundo, a tarefa do guardião era determinar se os poderes montesquianos (mormente o Legislativo e o Executivo) refletiam a alocação constitucional de autoridade entre eles. Essa alocação foi feita por lei, pela própria Constituição. E assim, o guardião da constituição estaria interpretando e aplicando a lei.” “As is well known, Kelsen thought that an institution he called the constitutional court could serve as that guardian. Its function was to preserve the constitution in conditions of party government, and that function dictated many of its characteristics. Firsst, it was to be removed from de party system. Kelsen believed that only something like a court could possibly satisfy that requirement. Second, the guardian’s task was to determine whether the Montesquiean branches (primarily the

No entanto, apesar da ampla divulgação da ideia de Corte Constitucional que ocorreu durante todo o século XX, outros desenhos constitucionais teriam surgido no final deste século, com a projeção de outras instituições marcadas pela incumbência de proteção da democracia constitucional<sup>20</sup>. Esse fato, conforme Tushnet, pode ser visto nos desenhos institucionais de muitas Constituições atuais. O autor refere que Kelsen pode ter errado em apostar nas Cortes Constitucionais, ou seja, em apenas uma instituição para essa tarefa. Assim, conforme o Jurista Americano, talvez nós teríamos que levar a sério o que diz a Constituição da África do Sul, ao estabelecer, em seu Capítulo Nono – *State Institutions Supporting Constitutional Democracy*<sup>21</sup>. É sob esse contexto, portanto, que tais instituições seriam caracterizadas como um novo ramo do Estado.

Uma característica óbvia do conjunto dessas instituições seria a natural diferença entre elas mesmas e entre os próprios desenhos institucionais de cada país, porque cada projeto constitucional é concebido de uma forma diversa. Contudo, há critérios que são compartilhados e dizem respeito ao profissionalismo e à tarefa de fiscalização, constituídos por atributos de independência.

Em seu trabalho, Tushnet expõe a estrutura que constitui essas instituições de proteção nas constituições atuais, assim como busca apresentar a base lógica que lhes confere suporte. O autor, assim, busca examinar casos específicos em diferentes países em que instituições de proteção à democracia teriam atuado. Apresenta casos de investigação de corrupção na África do Sul e no Brasil (operação lava-jato), assim como apresenta estudos de caso na Índia, Estados

---

legislature and the executive) reflected the constitution's allocation of authority among them. That allocation was done through law, the constitution itself. And so, the guardian of the constitution would be interpreting and applying the law" (TUSHNET, 2021, p. 15).

<sup>20</sup> Sobre o tema, a obra *Governing with Judges*, de Alex Stone Sweet, busca demonstrar o viés de relevância que foi se consolidando pela atuação das Cortes Constitucionais europeias frente aos parlamentos, bem como pelo seu central papel na concretização de Direitos Humanos, sobretudo quando se assume a própria participação do Tribunal Europeu nessa perspectiva. Como conclui o autor, "In the end, governing with judges also means governing like judges." (SWEET, 2000, p. 204).

<sup>21</sup> Sobre a Constituição da África do Sul, de fato, ela estabelece um capítulo sobre instituições para fiscalização da democracia constitucional, dotadas de independência frente às demais instituições, que devem preservar sua autonomia. São elas submetidas ao controle da Assembleia Nacional, devendo se reportar a ela periodicamente. Entre as instituições listadas, encontram-se: the public protector; the South African Human Rights Commission; the Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities; the Commission for Gender Equality; The Auditor-General; e the Electoral Commission. Nas palavras da Constituição Sul Africana, "The following state institutions strengthen constitutional democracy in the Republic". Ainda, conforme disposto na Constituição: "These institutions are independent, and subject only to the Constitution and the law, and they must be impartial and must exercise their powers and perform their functions without fear, favour or prejudice."

Unidos e Coreia do Sul respeitante à atuação de Comissões Eleitorais. Por fim, oferta exemplos de casos de agências de auditoria na Índia e Canadá.

Sua ideia consiste em analisar a performance dessas instituições, tendo em vista o desenho constitucional reservado às instituições de proteção à democracia. Suas impressões são sistematicamente de desconfiança quanto ao poder de as instituições, por si sós, enfrentarem o problema e apresentarem respostas para os desafios. Com efeito, conforme reflete o constitucionalista americano, talvez o trabalho desenvolvido pelas instituições seria gerar redundância no sistema<sup>22</sup>.

É possível perceber, desse modo, que o autor condiciona o papel das instituições ao ambiente próprio político-partidário em que estão situadas. Na verdade, destaca uma interpretação acerca das insuficiências das instituições diante de um quadro maior que seria composto pela política, condicionando a performance das instituições<sup>23</sup>. Seria dizer que, se o desenho constitucional tem alguma contribuição para o exercício dessas instituições, tal fato acaba sendo necessariamente afetado pelo sistema partidário. Nesse contexto, a saber, instituições de proteção à democracia teriam, ironicamente, melhor desempenho em locais onde elas seriam não necessárias, ou seja, em países com um bom funcionamento do sistema político-partidário.

O exame que Tushnet reserva para as agências de auditoria é um pouco diferente dos demais estudos de casos.

---

<sup>22</sup> “Até que ponto (se é que todas) as instituições do mundo real que seus idealizadores criaram para lidar com os problemas que eles identificam desempenharão as funções desejadas é uma questão à parte? Como mostram os estudos apresentados nos Capítulos 6 e 7, assim como uma visão cética do projeto constitucional sugeriria de maneira bastante ampla, projeto e desempenho podem estar vagamente correlacionados, ou mesmo não relacionados. Como argumentarei, talvez o melhor que possamos fazer seja criar redundância no sistema geral, esperando que, frequentemente, alguma instituição se apresente e faça o que for necessário nas circunstâncias em questão – se nenhuma instituição puder fazer com segurança o que é necessário em todas as circunstâncias relevantes.” “How well (if at all) will the real-world institutions that constitution makers put in place to deal with the problems they identify perform the posited functions is a separate matter? As the studies presented in Chapters 6 and 7 show, and as a skeptical view of constitutional design would suggest quite generally, design and performance may be quite loosely correlated, or even unrelated. As I will argue, perhaps the best we can do is to build redundancy into the overall system, hoping that often enough some institution will step up and do what is needed in the circumstances at hand - if no single institution can reliably do what is needed in all relevant circumstances” (TUSHNET, 2021, p. 41).

<sup>23</sup> “Não importa o quão bom seja o projeto (desenho) constitucional já que, uma vez implementada, uma Constituição atuará em um contexto político-partidário. A extensão que as IPDs podem realmente proteger a democracia depende apenas em parte de seu projeto (desenho), sendo talvez mais decisiva a estrutura partidária na qual opera.” “No matter how good the constitutional design, once implemented a constitution operates in a party-political context. The extent to which IPDs can actually protect democracy depends only in part upon their design, and perhaps more upon the party structure in which they operate” (TUSHNET, 2021, p. 64).



No caso das auditorias, o autor faz uma análise com base em discursos proferidos por representantes dessas agências – em Índia e Canadá – e, nessa empreitada, busca expor que questões de profissionalismo e técnica, que também são perpassadas por questões de ordem política, convivem com interferências e relações que podem minar a sua reivindicada finalidade.

Tushnet aponta sua análise em direção à prática das agências de auditoria enquanto instituições de proteção à democracia. Nessa medida, distingue um discurso que ele chama de discurso interno - ou seja, uma análise de como os próprios atores (e a correspondente literatura acadêmica) entendem seu trabalho -, daquilo que se pode compreender como um discurso externo, que tem preocupação em entender como tais atores desenvolvem suas atividades no ambiente político em que estão inseridos. Em suma, embora a abordagem utilizada para entender as agências de auditoria seja reconhecidamente pelo próprio Tushnet um ensaio modesto, que se vale de apenas dois casos, suas conclusões, neste ponto, são que as perspectivas interna e externa mostram que há uma interação entre considerações de política, profissionalismo e expertise. Nesse sentido, inclusive, o autor chega a definir tais exemplos como um reflexo em pequena escala do que sua pesquisa, até o momento, identificou.

Numa perspectiva mais ampla, incluídas as demais instituições de proteção à democracia, as conclusões do autor são de cautela ou mesmo dúvida quanto ao papel que tais desenhos constitucionais institucionais – incluídas as Cortes Constitucionais – podem desempenhar para a promoção e desenvolvimento do processo democrático. O constitucionalista não chega a negar o papel das instituições<sup>24</sup>, mas alerta que elas têm de ser vistas sob uma perspectiva de fomento de virtudes cívicas, e nesse sentido nem seria apropriado falar apenas em

---

<sup>24</sup> “Uma cultura constitucional pode ser mais importante do que quaisquer específicos mecanismos constitucionais para sustentar a democracia, mas, para mim, sustentar tal cultura também requer instituições. O ceticismo sobre instituições é uma coisa; o ceticismo sobre as instituições como tais, é outra, e pode muito bem equivaler a uma negação da possibilidade de organizar sociedades de qualquer forma coerente. Mais estreitamente, os rituais patrióticos e os dias nacionais de celebração podem contribuir para sustentar a cultura pró-constitucional, mas as instituições devem organizar esses rituais e celebrações.” “A pro-constitutional culture may be more important than any specific institutional mechanisms for sustaining democracy, but for me sustaining such a culture requires *institutions* too. Put another way, skepticism about the efficacy of IPDs as institutions is one thing; skepticism about institutions as such is another, and may well amount to a denial of the possibility of organizing societies in any coherent way. More narrowly, patriotic rituals and national days of celebration may contribute to sustaining the pro-constitucional culture, but institutions have to organize those rituals and celebrations” (TUSHNET, 2021, p. 179).

instituições públicas, sendo que outras formas de fomento de participação dos cidadãos poderiam se mostrar mais interessantes para o fim almejado<sup>25</sup>.

Assim, sob esse ponto de vista, ganham força os aspectos políticos no que diz respeito ao comportamento das instituições e, de outro lado, no entender do autor, a descentralização em direção ao fomento de virtudes cívicas seria mais eficiente para a consolidação do processo democrático como um todo (TUSHNET, 2021).

Ao contrário das conclusões acima expostas, entendo que há razões para apostar nas instituições, que têm um papel central e importante no jogo democrático. Nesse sentido, no que diz respeito às conclusões gerais de Tushnet (que acerta em trazer o tema das Instituições de proteção à democracia ao debate, mas parece errar ao diminuir o seu papel no processo democrático), entendo que não é possível concordar.

De certa forma, sobre alguns pontos específicos levantados pelo autor, creio que possamos nos apropriar e adaptá-los ao contexto da presente pesquisa. Um deles diz respeito ao questionamento acerca da diferença entre essas instituições que integrariam o *fourth branch* em relação aos poderes tradicionais – Legislativo, Executivo e Judiciário. Por exemplo, a forma de controle financeiro e da governança – controle propriamente técnico. Sabemos que, no Brasil, o controle externo está a cargo do Poder Legislativo. Mas as atribuições próprias que são destinadas

---

<sup>25</sup> Retoma-se aqui, de certa forma, a ideia de constitucionalismo popular do autor, consagrada em *Taking the Constitution Away from the Courts*, no sentido de que “Essa questão é particularmente incômoda porque argumentei no Capítulo 6 que uma revisão judicial vigorosa não faz muita diferença de uma forma ou de outra. Tem alguns efeitos, mas, basicamente, o controle de constitucionalidade é uma instituição que opera à margem de nossa vida política. Se a revisão judicial não faz muita diferença, como sua abolição também poderia fazer muita diferença – exceto por mudar nossa autocompreensão, e talvez não para melhor? Pode aumentar nosso poder de autogoverno a um custo relativamente baixo. No entanto, precisamente porque a revisão judicial é uma instituição marginal, não aumentaríamos tanto nosso poder de autogoverno. Mais importante, pode contribuir para uma reflexão séria sobre a Constituição fora dos tribunais. O Constitucionalismo popular busca distribuir a responsabilidade constitucional por toda a população. Pensar em um mundo sem revisão judicial, totalizando-se os custos e benefícios da instituição, pode contribuir para esse objetivo.” “That question is particularly bothersome because I argued in chapter 6 that vigorous judicial review does not make much difference one way or the other. It has some effects, but basically judicial review is an institution that operates around the margins of our political life. If judicial review does not make much difference, how could abolishing it make much difference either—except by changing our self-understanding, and perhaps not for the better? It might increase our power of self-government at relatively low cost. But, precisely because judicial review is a marginal institution, we would not increase our power of self-government that much. More important, it may contribute to serious thinking about the Constitution outside the courts. Populist constitutional law seeks to distribute constitutional responsibility throughout the population. Thinking about a world without judicial review, toting up the costs and benefits of the institution, may contribute to that goal” (TUSHNET, 1999, p. 174).

especificamente aos tribunais de contas – em particular as competências do artigo 71 da CF – constituem, na verdade, uma forma de reserva de competências que não estão em nenhum dos demais poderes. Essa é uma diferença que se mostra importante para destacar nosso olhar para a independência da instituição em determinado campo de competências. Este, certamente, é um ponto interessante que pode ser apropriado para o debate da natureza dos tribunais de contas. No mínimo, permite uma forma de observar tais instituições a partir de uma outra possível perspectiva.

Ainda, embora, no geral, não concorde com as conclusões parciais de Tushnet, cabe registrar que da leitura de seus argumentos há outro ponto importante que serve para reflexão do objeto aqui estudado, que diz respeito a uma forma de literatura específica que se mostra, não raro, idealizada no que diz respeito ao papel das instituições. Isso, concordo, pode ser notado também no ambiente brasileiro, que só recentemente parece iniciar estudos com maior reflexão crítica sobre o tema, sendo que muitas vezes a literatura serve como uma forma de romantizar as finalidades das instituições, sobretudo quando se mostram vocacionadas para o controle (refiro-me ao caso dos tribunais de contas, em particular).

Tal aspecto é referido por Wang (2020), ao introduzir o conceito filosófico da *falácia do nirvana*. Conforme o autor, temos a tendência de fazer um comparativo entre o melhor de uma instituição com o que tem de pior em outra instituição. Seria, em síntese, uma “caracterização distópica” de um lado, em contraposição a uma “descrição idealizada” de outra margem (WANG, 2020)<sup>26</sup>.

E aqui o ponto essencial é que a doutrina pode ter um papel relevante para apontar os erros e encaminhar propostas de ajustes para o aperfeiçoamento do trabalho das instituições. Quando não o faz, quando apenas se concentra em reafirmar as qualidades abstratamente criadas de determinadas instituições, a verdade é que, ao invés de contribuir, acaba por deixar passar em branco a oportunidade de ofertar contribuições concretas para a matéria.

Muitos trabalhos no campo do controle externo, nessa perspectiva, buscam apenas enfatizar uma defesa do papel da instituição, acriticamente e, ao contrário do que se possa imaginar, isso acaba fragilizando os estudos sobre os tribunais de contas, porque denota um certo viés na construção dos argumentos, o que,

---

<sup>26</sup> Esse ponto de comparação entre instituições será retomado no capítulo em que enfrento a questão das capacidades institucionais.

consequentemente, enfraquece a força da argumentação, porquanto destituída da análise crítica capaz de conferir rigor científico aos trabalhos. Nesse sentido, com certeza, seria muito mais produtivo para o fomento das discussões sobre a instituição, porquanto realmente importante, a produção de trabalhos que espelhassem maior comprometimento com a busca de um conteúdo construído a partir da ciência e de uma criteriologia fundamentada. No entanto, creio que a conclusão de que o papel das instituições não tem o impacto necessário em razão de questões da seara política, como salientado por Tushnet, também não se mostra acertado e suficiente para enfrentarmos o problema, sobretudo quando pensamos no caso brasileiro.

Neste ponto, dada a importância de um referencial teórico para tratar do problema, identifico que a Crítica Hermenêutica do Direito, de há muito, tem postulado um grau de autonomia do direito, e podemos pensar aqui também na importância das instituições, para não ficarmos reféns de critérios puramente políticos ou econômicos. Lembro, ademais, que embora se reconheça nessa esfera de atuação de instituições como os tribunais de contas, que lidam diretamente com as matérias atinentes à administração pública, uma certa abnegação do Direito em relação a esse ambiente específico de atuação, não quer significar, em hipótese alguma, uma negativa da autonomia do direito. Ao contrário disso, entender o fenômeno da abnegação significa compreender que ela é uma forma de assegurar a autonomia do direito num campo marcado pela complexidade em que estamos inseridos atualmente<sup>27</sup>.

Penso ser adequado trazer ao debate, no ponto, os argumentos tecidos por Streck e Motta (2020) sobre o papel das Cortes Constitucionais em democracias frágeis. As sofisticadas articulações presentes no referido trabalho, embora não tratem diretamente de outras instituições de proteção à democracia (o trabalho é específico sobre Cortes Constitucionais), são válidas para pensar essa temática e entender a importância das instituições para enfrentar problemas surgidos em democracias, mormente na quadra atual.

Nesse esforço teórico, os autores delimitam a função exercida por Cortes constitucionais para a garantia do processo democrático em democracias

---

<sup>27</sup> Sobre *abnegação e Autonomia do Direito*, trato especificamente no decorrer do trabalho.

emergentes<sup>28</sup>. Em síntese, os autores questionam “*o que é a coisa certa a fazer*” pelas Cortes Constitucionais, que desempenham um papel fundamental, sobretudo em sociedades marcadas por desacordos.

O que está em jogo aqui é o reconhecimento de uma instituição, como as Cortes Constitucionais, para garantir a estabilidade de democracias, atuando legitimamente numa perspectiva contramajoritária, e exercendo um relevante trabalho de *accountability* sobre o governo. Nessa medida, os autores destacam um ponto essencial no debate, que diz respeito propriamente à forma de atuação da instituição. Isso porque “Tudo depende, em última análise, do *acerto* da intervenção jurisdicional. Antidemocrático será o *erro*” (STRECK; MOTTA, 2020, p. 7).

Portanto, aqui temos uma questão crucial: reconhecer a importância de instituições como as Cortes Constitucionais – e, no particular, incluo também a instituição tribunal de contas como instituição de proteção à democracia – leva-nos a um passo adiante, que é de se trabalhar para garantir que essas instituições acertem.

Esse desafio é o cerne da problemática que envolve o papel de instituições que buscam preservar a democracia. Por isso, reconhecendo o papel relevante dessas instituições, penso não se sustentar o argumento de Tushnet que, em certa medida, diminui a força dessas instituições para o enfrentamento do problema. Entendo que o reconhecimento da importância das instituições vocacionadas ao papel de proteção do processo democrático é um passo importante para adentrarmos na etapa seguinte, que é a de estruturar as formas de fazer com que essas instituições funcionem. A *Crítica Hermenêutica do Direito* tem buscado lidar com este ponto, articulando critérios para garantir acertos por parte das instituições.

Note-se que, neste momento, não estou preocupado em estabelecer qual seria o papel do judiciário em relação ao exercício dos tribunais de contas, ou seja, não estou tratando de discutir qual instituição estaria mais apta a tratar de determinadas matérias. Não é este o ponto aqui. Apenas busco examinar a questão a partir da ideia mais geral acerca da legitimidade de instituições que têm competência, para cada uma a seu modo, garantir a democracia, e, a partir disso, evidenciar sua relevância, o que leva ao dever, então, de termos de discutir as

---

<sup>28</sup> Os autores trabalham com o conceito de *democracias frágeis* que foi desenvolvido por Issacharoff (2015), e buscam argumentá-lo a partir do caso brasileiro.

condições de possibilidade para que tais instituições desempenhem suas funções adequadamente, porque só assim, de fato, garantirão o processo democrático.

Desse modo, a questão mais importante é *como* podemos fazer para que as instituições trabalhem dentro de um padrão democrático, e não se as instituições são capazes de realizar esta tarefa.

Como busco demonstrar ao longo desta pesquisa, o momento atual requer esforços para fazer frente às demandas de uma sociedade pós-moderna, marcada por avanços e complexidades. O Estado, por meio das instituições, tem um grande desafio a enfrentar. Pensarmos uma forma de atender tais demandas de maneira democrática é o nó górdio que se coloca na pauta atual. Nesse sentido, uma investigação rigorosa sobre as possibilidades permitidas pelos desenhos institucionais, levando em conta que o Direito e instituições importam, com certeza é um caminho seguro para fazer frente a estes desafios.

O trabalho referido de Streck e Motta serve exemplarmente para compreendemos o papel de destaque de instituições como as Cortes Constitucionais, principalmente em democracias recentes.

Agregando este diagnóstico ao raciocínio desenvolvido nesta tese, é possível pensar, para além das Cortes Constitucionais, em instituições também comprometidas com a *accountability* e com a proteção do processo democrático com amparo na Constituição. Afinal, como já salientado, no ambiente atual a jurisdição constitucional pode ganhar muito quando percebe que vários casos podem ser resolvidos fora do Poder Judiciário, e isto é um ganho, em última análise, para a própria jurisdição constitucional. Deve-se ter sempre presente que a ideia de abnegação deve ser compreendida como dentro de uma noção de “*humildade institucional da jurisdição constitucional*” em relação às atividades do Estado Administrativo (ABBOUD, 202, p. 642). Pensar nos tribunais de contas como instituição diretamente comprometida com o controle da administração pública significa, via de consequência, reconhecer essa permissão de legitimidade para o enfrentamento de temas técnicos na sua área de atuação.

Portanto, retomando ao ponto inicial, podemos expor as seguintes conclusões parciais: reunir, para fins de pesquisa, um conjunto de instituições que, na sua origem, têm como função a proteção da democracia é um ponto importante para o aprofundamento da matéria. Nesse aspecto, principalmente no que diz respeito ao que um estudo em nível de direito constitucional comparado pode ofertar, a iniciativa

de Tushnet mostra-se relevante. Outro ponto que se mostra passível de apropriação diz respeito ao indicativo de que parte da literatura sobre tais instituições, não raro, mostra-se idealizada. Neste específico aspecto, tal ponto pode ser observado no Brasil, no que diz respeito, em parte, à literatura sobre a instituição de controle externo tribunal de contas. Ainda, é oportuna a contribuição do autor acerca da necessidade de equalizar *accountability* e independência, para um funcionamento melhor dessas instituições<sup>29</sup>.

Por outro lado, não obstante o mérito acerca da discussão do tema, não é possível endossar, na íntegra, as conclusões de Tushnet sobre o papel das instituições de proteção à democracia, sobretudo em países como o Brasil. Ao contrário de suas dúvidas sobre se tais instituições podem mesmo contribuir para este papel de proteção ao processo democrático, entendo que elas são, na verdade, condição de possibilidade para fomentar e concretizar a democracia. O trabalho citado de Streck e Motta demonstra muito bem a relevância da instituição Corte Constitucional para a sua consolidação, por exemplo. Desse modo, penso que também outras instituições – como os tribunais de contas – são importantes nessa tarefa. Como busquei demonstrar, a jurisdição constitucional só tem a ganhar com o reconhecimento de legitimidade de outras instituições para a tomada de decisões, valendo-me das criteriosas observações de Abboud sobre o tema.

A questão, portanto, após o reconhecimento da legitimidade<sup>30</sup> dessas instituições, é buscar encontrar formas para que, de fato, atuem num padrão democrático.

## **2.2 Instituições Superiores de Controle e o modelo de Tribunal adotado no Brasil - uma breve abordagem**

A legitimidade dos tribunais de contas tem sido predominantemente assentada na proteção dos valores republicanos, mormente no que diz respeito à necessidade de prestação de contas por parte dos gestores públicos (*accountability*), evidenciando, assim, a sua vocação para o zelo da efetiva transparência dos atos administrativos, a boa aplicação dos recursos públicos e o controle orçamentário do Estado. Sob essa perspectiva, essa instituição de controle

---

<sup>29</sup> Conferir também entrevista do autor (TUSHNET, 2022).

<sup>30</sup> No Capítulo 3 apresentarei elementos mais robustos, como referência teórica, para se pensar a legitimidade e os limites de atuação dos tribunais de contas.

busca se arvorar na defesa da boa condução da gestão pública e, nesse sentido, ultimamente tem sido pronunciada sua ação na fiscalização da atividade-fim administrativa (uma fiscalização de cunho qualitativo). O controle exercido sobre atividades dessa natureza não se resume, naturalmente, aos métodos de fiscalização tidos como tradicionais, como são exemplos os controles contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais das instituições públicas; para além disso, os órgãos de controle, nesse âmbito de fiscalização, lançam mão de critérios mais densos e apurados, valendo-se de instrumentos inovadores de fiscalização, com o manejo de procedimentos operacionais, que buscam aferir o sucesso ou não de grandes programas, objetivos ou metas referentes às políticas públicas (*policies*), bem como à atividade estatal de regulação.

Portanto, é sob esse panorama que os tribunais de contas buscam assentar sua legitimidade, essencialmente com base em valores republicanos. Inclusive, é possível afirmar que é sob a perspectiva do republicanismo que a estrutura dessas Cortes é introduzida no Brasil, tendo como seu maior defensor a figura de Rui Barbosa.

Cabe salientar que, após a constituição de 1988, os tribunais de contas passaram a congregar uma relevância maior na sua atuação em relação às demais instituições públicas, evidenciando, desse modo, as transformações pelas quais este órgão de controle passou nesse período, com o estabelecimento e fortalecimento do seu desenvolvimento institucional. Aqui perpassa igualmente a identificação da posição que ocupa no desenho institucional descrito na Constituição de 88, o que significa indagar se eles se constituem em meros auxiliares do Poder Legislativo (em caráter de subordinação), ou se são dotados de independência frente ao Poder Legislativo e aos demais Poderes. Essa é uma questão permanente entre os estudiosos do tema.

O que quero chamar a atenção, nesse particular, é para dois mecanismos utilizados para a sua afirmação institucional, quais sejam: (i) a proteção dos ideais republicanos e, sobretudo nas últimas décadas, (ii) uma projeção ainda mais destacada de sua atuação no que tange ao controle finalístico da administração pública, uma vez que o órgão se permite a ultrapassar o controle formal e ir ao núcleo do centro da decisão administrativa – o seu mérito, por assim dizer.

À evidência, como já dito acima, mesmo que se sustente a adequação da defesa dos valores republicanos, a questão desse controle permite trazer ao debate



questões atinentes à legitimidade e aos limites da sua atuação, tendo como parâmetro a ideia de democracia e da necessidade de uma teoria da decisão. Há que ser considerado, pois, o papel desses órgãos sobretudo no que diz respeito ao exercício da *accountability*, por carregarem consigo os atributos da tecnicidade. Mas, igualmente, esse papel deve ser desempenhado levando-se em consideração as características das políticas públicas, sob a perspectiva do seu controle<sup>31</sup>.

Portanto, é sob essa dialética existente entre o princípio fundante das atribuições das Cortes de contas - qual seja, o republicanismo -, e os possíveis limites existentes à sua atuação (principalmente a partir de uma perspectiva de seu *locus* frente aos demais Poderes), que se demonstra importante investigar a sua atuação frente ao controle de políticas públicas, atualmente uma matéria essencial, em virtude da imprescindível concretização de uma constituição dirigente como o é a Constituição da República de 88<sup>32</sup>.

Além dessas observações, também é imperioso acrescentar que a instituição tem recebido mais atenção em estudos acadêmicos recentemente, o que contribui para um melhor acúmulo de dados e informações sobre o objeto pesquisado<sup>33</sup>. A título ilustrativo, em artigo sobre os tribunais de contas em perspectiva comparada,

---

<sup>31</sup> Sobre essa questão, Oliveira (2008, p. 68) destaca que: “A definição das políticas públicas caracteriza-se como uma função política do Estado. Segundo Marcello Caetano, o princípio fundamental da função política é o interesse geral. A característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis. Quem governa, segundo o autor, opta. Ao traçar certa orientação ou ao adotar certo plano, escolhe uns caminhos e rejeita outros. Assim, a função política pode ser definida, de acordo com Marcello Caetano, como a ‘actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis’.”

<sup>32</sup> Em que pese o questionamento do próprio autor (Canotilho) sobre o Dirigismo Constitucional, pode-se reconhecer que tal fato não se trata de um abandono deste conceito. Nesse sentido, se há algo que o jurista português abandona é uma forma de dirigismo obsoleto (NERY JR.; ABBoud, 2019). Nesse diapasão, “Entretanto, há uma programaticidade que não se altera, os textos constitucionais devem determinar as regras fundantes das políticas públicas de um Estado e de uma sociedade que se pretende chamar de direito, políticas essas democráticas e sociais” (NERY JR.; ABBoud, 2019, p. 100).

<sup>33</sup> Mas é necessário que se forme uma rede de estudos sobre a instituição ainda mais ampla, a fim de possibilitar uma maior reflexão sobre a natureza da instituição. Interessante notar que tal fato não se evidencia apenas no Brasil. Escrevendo sobre a situação atual na Espanha, a Pesquisadora Paloma Biglino Campos (2019, p. 78) ressaltou, recentemente, que “[...] o Direito Constitucional segue sem dar a devida atenção ao controle de contas.” “[...] el Derecho Constitucional sigue sin prestar demasiada atención al control de cuentas.” Ademais, argumenta, nesse sentido, que “É um tanto contraditório que não se tenha dado mais atenção a uma instituição cuja principal função, segundo art. 136.1 CE, reside em fiscalizar as contas e a gestão econômica não só do Estado, mas de todo o Setor Público.” “Constituye, pues, um certo contrasentido que no se haya reflexionado com más detenimiento sobre una institución cuya función principal reside, según el art. 136.1 CE, en fiscalizar las cuentas y la Gestión económica no sólo del Estado, sino de todo el sector público” (CAMPOS, 2019, p. 78).

Fábio Lins de Lessa Carvalho e Ricardo Schneider Rodrigues apresentam um rol de trabalhos recentes produzidos pela academia<sup>34</sup>.

Tendo em vista essas informações iniciais, passo a demonstrar o lugar dos tribunais de contas no desenho constitucional brasileiro, tendo como pano de fundo, de uma forma bastante ampla, os arranjos desses órgãos de controle numa perspectiva comparada. Embora essa pesquisa não esteja direcionada ao estudo comparado das Cortes de contas, entende-se que se mostra pertinente a apresentação de um esboço de desenhos institucionais em outros sistemas, a fim de permitir um melhor conhecimento sobre o próprio lugar das Cortes na estrutura institucional brasileira.

De uma forma bastante geral, sabe-se que existem dois grandes Sistemas de Direito: o sistema inglês, marcado pela noção de jurisdição única; e o sistema francês, caracterizado pelo contencioso administrativo ou também chamado de sistema de dualidade de jurisdição, em que, lado a lado, estão estruturados o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa.<sup>35</sup> Veja-se, quanto a este último, que os dois órgãos decidem com definitividade, cabendo à Justiça Administrativa apreciar e julgar aquelas matérias de cunho eminentemente administrativo. Ao tratar do

---

<sup>34</sup> Carvalho e Rodrigues (2018) destacam: “ROSILHO, A. J. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2016. 358 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo; WILLEMANN, Marianna Montebello. O Desenho Institucional dos Tribunais de Contas e sua Vocação para a Tutela da Accountability Democrática: perspectivas em prol do direito à boa Administração Pública no Brasil. Rio de Janeiro, 2016. 360 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; CANDEIA, Remilson Soares. A Judicialização das Decisões Proferidas pelo Tribunal de Contas da União: Uma Visão Sistêmica. Rio de Janeiro, 2015. 199 f. Tese (Doutorado) – Universidade Veiga de Almeida; SCLIAN, Wremyr. Tribunal de Contas: Origens e evolução – O Tribunal no Brasil – Instituição de Estado Democrático de Direito – Direitos Humanos – Problemas e Lacunas – Propostas. Porto Alegre, 2014. 295 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de. O Poder Dever dos Tribunais de Contas de Fiscalizar a Implementação de Políticas Públicas para a Concretização de Cidades Sustentáveis. Belo Horizonte, 2012. 184f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro. A Configuração Jurídica do Tribunal de Contas: o processo e o tempo. São Paulo, 2010. 284 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; LIMA, Luiz Henrique Moraes de. O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental. Rio de Janeiro, 2009. 342 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro; PELEGRINI, Márcia. A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas no Exercício da Função Controladora: contornos constitucionais. São Paulo, 2008. 331 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. A Importância do Controle da Gestão Pública para a Efetividade dos Direitos e das Políticas Sociais: considerações acerca do papel do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. Belo Horizonte, 2007. 224 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais”.

<sup>35</sup> Conforme Streck (2018, p. 59): “Ao lado da jurisdição judiciária há a jurisdição administrativa, a exemplo do que ocorre em Portugal.”

controle de constitucionalidade repressivo francês<sup>36</sup>, que teve início em França a partir de 2008 com a reforma constitucional (inclusão do art. 61-1 na Constituição Francesa), marcando uma quebra de paradigma, uma vez que o sistema francês sempre foi marcado pelo controle preventivo de constitucionalidade, Streck, em seu *Jurisdição Constitucional*, faz a ressalva de que, não obstante a competência do Conselho Constitucional, “[...] os atos considerados administrativos (*Les ordonnances qui n’ont pas été ratifiées, les décrets, les arrêtés ou les décisions individuelles*) estão sob a égide da jurisdição dos tribunais administrativos” (STRECK, 2018, p. 57).

Pensando em nível de uma justiça constitucional francesa, temos, como Órgão máximo, o Conselho Constitucional (está acima das jurisdições ordinárias e administrativas). O contencioso propriamente jurisdicional é de competência das jurisdições ordinárias, cuja instância máxima é a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*). Por sua vez, cabe às jurisdições administrativas a competência sobre o respectivo contencioso administrativo. Na seara administrativa, o órgão que representa a última instância é o Conselho de Estado - *Conséil d’État* (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018). Ainda, sobre o sistema adotado em França, recorda-se que a reforma levada a cabo em 2008 naquele país ampliou a competência da jurisdição administrativa, atribuindo ao Conselho de Estado (*Conséil d’État*) similares funções para garantir os direitos individuais, referente ao controle de legitimidade da constitucionalidade das leis, conforme o disposto no art. 61-1<sup>37</sup> da Constituição de 1958 (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018).

O sistema inglês, a seu turno, que também é conhecido como sistema de jurisdição única (unidade de jurisdição ou monopólio de jurisdição), alcança ao Poder Judiciário a reserva de jurisdição, o que significa dizer que a este Poder é conferido o direito de decidir por último. Aqui não se está afirmando que o sistema

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, tem-se que a reforma introduziu no sistema jurídico um novo modelo de controle de constitucionalidade (repressivo), “[...] numa ruptura paradigmática, marcando a jurisdição constitucional francesa, conhecida pelo seu caráter exclusivamente preventivo” (STRECK, 2018, p. 57).

<sup>37</sup> Artigo 61-1: “Quando, no decurso de um processo pendente em um tribunal, é alegado que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, que se pronunciará em um prazo determinado. Uma lei orgânica determinará as condições para a aplicação deste artigo.” (tradução nossa). ARTICLE 61-1 – “Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article” (FRANCE, 1958).

de jurisdição única afasta a possibilidade de decisões nos âmbitos administrativos. A lógica do sistema é que todos os conflitos podem ser levados à apreciação do Judiciário, em última instância. Como é sabido, o Brasil adotou, na Constituição da República de 1988, o sistema inglês, conforme demonstra a leitura do art. 5.º, inciso XXXV, que estipula que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>38</sup>.

A adoção do sistema inglês, no Brasil, contudo, não impede a coexistência de um sistema administrativo de controle. O Constituinte, ao estabelecer a unidade de jurisdição, conferiu primazia para o Poder Judiciário como órgão detentor da jurisdição, tendo suas decisões caráter decisório com vinculação. Porém, a administração dispõe, no seu espectro de atuação, de uma organização de controle própria, com processos administrativos internos, sem falar da figura do controle externo, o qual pode ser exercido por diferentes órgãos (numa acepção ampla), tais como o Ministério Público, sendo que, numa acepção mais específica, o Constituinte prevê que o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas (artigos 70 e 75 da Constituição Federal de 88, sobretudo). Exposta essa questão introdutória, necessário ressaltar, pois, a importância da jurisdição constitucional.

Não se pode negar, contemporaneamente, o impacto do constitucionalismo numa escala global (ACKERMAN, 1997). Decerto, principalmente após a Segunda Grande Guerra, há uma virada em cujo período se assentou um novo paradigma em que desponta a normatividade dos princípios constitucionais e a própria ideia de jurisdição constitucional (ABBOUD, 2019).

Despiciendo lembrar que a ideia de jurisdição constitucional não se impõe pacificamente dentre os que estudam e escrevem sobre o tema. Há que se ressaltar a existência de entendimento sobre a predominância do Poder Legislativo enquanto Órgão de representação das maiorias. Nesse sentido, Jeremy Waldron não está convencido de que os tribunais sejam o *locus* adequado para essas questões (WALDRON, 2003). Com efeito, o autor abertamente critica o papel contramajoritário das Cortes, ao tempo em que defende a preponderância do Legislativo, salientando

---

<sup>38</sup> Nada obstante o exposto, é importante salientar que, em alguns casos, a própria Constituição reserva a autoridade da decisão definitiva a outros Poderes, embora de maneira bastante restritiva. Nesse sentido, a título ilustrativo, o julgamento no processo de *impeachment* em que a decisão definitiva é de responsabilidade do Senado Federal, conforme regra disposta no art. 52, I, da Constituição de 88 (BRASIL, 1988).

a dignidade da legislação. Enfim, diante das críticas tecidas à jurisdição constitucional, o autor trabalha a partir de uma agenda predominantemente construída no Poder Legislativo, lugar em que se expressa naturalmente o princípio majoritário de democracia.

Nada obstante o posicionamento apresentado, este trabalho parte do pressuposto que democracia e constitucionalismo coexistem e, dessa forma, exsurge com legitimidade a ideia de jurisdição constitucional. Não obstante as considerações em favor do sistema majoritário, com a preponderância do Poder Legislativo, no Constitucionalismo Contemporâneo o papel do Poder Judiciário nas democracias se impõe naturalmente<sup>39</sup>.

Em outro momento dessa Tese será discutida a necessidade de entendermos a jurisdição constitucional, atualmente, dentro de parâmetros surgidos em uma sociedade em modificação constante, cujos processos ocorrem dinamicamente e numa velocidade de mudanças únicas e expressivas na história. Certamente, todas essas transformações devem ser levadas em consideração quando tratamos da jurisdição constitucional. Mas isso não significa negar a importância da jurisdição constitucional e seu papel central no Estado contemporâneo. Significa, sim, tentar entendê-la sob a sua melhor luz, dado o conjunto de modificações atravessadas no curso da história da sociedade, sobretudo nas últimas décadas.

Retomando o tema acerca do lugar dos tribunais de contas, tem-se que, malgrado as Cortes de contas não sejam consideradas como um Poder na acepção típica consagrada no art. 2.º da Constituição da República, é possível identificar competências que, em sua atuação, possam conflitar com as atribuições de outros poderes. Essa possibilidade é evidentemente destacada quando se trata de análise da atividade-fim administrativa.

Com efeito, entendo que a Constituição da República de 88 é uma constituição do tipo dirigente, em que podemos exemplificar, dentre as inúmeras normas, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º, tais como: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de*

---

<sup>39</sup> Aqui, calha referir o paradoxo exposto por Streck (2017, p. 111)., no sentido de que “[...] do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”.

*origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* Tal característica, pois, ao lado da enumeração de explícitos direitos fundamentais, sobretudo de ordem social, abre campo para a concretização, pelo Estado, de políticas públicas. E, nesse mister, os tribunais de contas, devido à própria natureza de sua atuação, surgem como atores que contribuirão para a perfectibilização dessas políticas, intervindo de forma a, pelo menos, colaborar com os desenhos traçados nesse nível de arranjos institucionais.

Antes de adentrar mais especificamente acerca da natureza das Cortes de contas e suas competências, de acordo com o Direito brasileiro e as previsões da Constituição de 88, cabe um registro mais amplo sobre a sua conceituação. Nesse sentido, acima referi a diferenciação entre os sistemas inglês e de contencioso administrativo, a fim de situar melhor a matéria para a compreensão acerca do lugar do processo de decisões administrativas no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, uma vez mais, que a constituição federal de 1988 adotou o sistema da unicidade de jurisdição (sistema inglês). Com base nesse panorama prévio, cabe investigar como ocorre então, em nível mundial, a institucionalização dos órgãos de controle externo da administração pública, na sua variante técnica, representados, pelo menos como instituição de cúpula desses órgãos em cada ordenamento jurídico nacional, pelas denominadas *Instituições Superiores de Controle*. Essa apresentação permite, de um lado, entender as variações existentes em nível mundial sobre os grandes sistemas de controladoria (auditoria) das decisões administrativas e, de outro, identificar os principais elementos estruturantes pertencentes ao sistema adotado pelo Brasil.

Com base nessas informações, será possível, ao final, identificar com maior rigor analítico a natureza do órgão de controle adotado pelo Brasil. Assim, sobre a temática dos sistemas de órgãos de controle<sup>40</sup>, numa perspectiva comparada, é possível observar que:

---

<sup>40</sup> Segundo Carvalho e Rodrigues (2018, p. 241-242): “É possível, ainda, de forma mais minuciosa, destacar a existência de quatro tipos de ISC: a) Corte (Tribunal) com função jurisdicional, na França, Bélgica, Portugal, Espanha, Itália e Grécia; b) estrutura colegiada sem função jurisdicional, nos Países Baixos, Alemanha, Eslováquia, República Checa, Luxemburgo e o Tribunal de Contas Europeu (TCE); c) escritório de auditoria, independente do governo e chefiado por um Auditor-Geral ou Presidente, na Hungria, Malta, Polônia, Chipre, Reino Unido, Irlanda, Letônia, Lituânia, Suécia, Finlândia, Dinamarca e Estônia; e d) um modelo específico, chefiado por um Presidente e auditoria em níveis central, regional e local, na Áustria e Eslovênia. A forma de decisão nas ISC nem sempre é colegiada, como observamos no Brasil. Em diversos países dá-se de forma unipessoal pelo Auditor-Geral ou Presidente da ISC, como na Letônia, Chipre, Irlanda, Suécia, Finlândia, Reino Unido, Áustria, Dinamarca, Lituânia, Estônia, Hungria, Malta, Eslováquia e

Inicialmente, refere-se à terminologia Instituições Superiores de Controle (ISC) para abranger as diversas instituições responsáveis pela atividade de fiscalização e controle da Administração Pública. Nos países democráticos há basicamente duas espécies de ISC. Aqueles que se filiam à família romano-germânica adotam, em regra, o modelo colegiado de Tribunais de Contas (*Court of Auditors*), cujo parâmetro comumente indicado é o da *Court des Comptes* francesa. Nos países que seguem a tradição da família da *common law* temos as Auditorias Gerais (*Audit General*) ou as Controladorias-Gerais (*Comptroller General*), modelo frequentemente caracterizado pela concentração das decisões mais relevantes na pessoa de seu Auditor-Geral ou Presidente (CARVALHO; RODRIGUES, 2018, p. 241).

Portanto, numa perspectiva macro, tem-se que dois são os grandes sistemas em que os órgãos de controles nacionais se apoiam. Calha referir que, além dessas diferenças entre modelos macros, evidentemente há diferenciações ainda mais específicas que conformam submodelos, conforme os autores citados. Alguns autores dividem, ainda, o modelo de Auditoria ou Controladoria-Geral em dois tipos diferentes: um modelo que tem a formatação *monocrática* (também denominado de *Westminster*); e outro tipo que seria uma variação do sistema *Westminster*, porque apresenta uma composição *colegiada* e não monocrática (é um modelo colegiado com base em *Audit Board*). Todavia, ambos estão dentro de um modelo maior que possui características comuns: o modelo de Auditorias ou Controladoria-Geral de tradição anglo-saxônica (WILLEMANN, 2016). Logo, tem-se uma classificação mais ampla, que considera existirem dois grandes sistemas: o sistema de tribunais de contas (ou Cortes de contas) e o sistema de auditorias ou controladorias-gerais.

Deve-se acrescentar que as Instituições Superiores de Controle de cada Estado-Nacional, não obstante estejam espelhadas em alguma dessas estruturas macros, acabam sofrendo influência das especificidades locais e do processo histórico de formação da instituição em seu próprio país (WILLEMANN, 2016). A propósito, Willeman (2016, p. 101) refere que

A experiência internacional em matéria de controle externo financeiro revela considerável variabilidade nos arranjos institucionais que têm sido adotados em contextos e tradições históricas diversas. A rigor, não há um modelo de Instituição Superior de Controle - ISC - convencionalmente apontado como ideal ou ótimo.

---

Eslovênia. Adotam o sistema colegiado de decisão, por sua vez, a República Checa, França, Bélgica, Espanha, Portugal, Alemanha, Grécia, Luxemburgo, Países Baixos, Itália, Polônia e o Tribunal de Contas Europeu".

Chama a atenção, primeiramente, porquanto modelo diverso do adotado pelo brasileiro, o sistema de auditorias ou controladorias-gerais *monocrático*, o qual não é constituído por um colegiado, mas sim por um único responsável, ou seja, as decisões concentram-se na figura de uma pessoa, que pode ser um presidente ou um auditor-geral. A denominação em si não importa, na verdade, sendo relevante a diferença na estruturação dos modelos. No site do *National Audit Office*<sup>41</sup>, que é a Instituição Superior de Controle do Reino Unido, é possível verificar, por exemplo, a estruturação e função do *Comptroller and Auditor General (C&AG)*.

Questão interessante do sistema monocrático é apresentada por Melo (2007), o qual aduz que “Como esse modelo de ISC é adotado, em geral, em países com regime parlamentarista de governo, a responsabilização implícita no exercício do controle externo está estreitamente associada ao próprio processo de formação de Gabinetes”. Consequência lógica dessa organização, conforme o autor, é que “Uma sanção legislativa sobre as contas públicas equivale a um voto de desconfiança podendo levar a queda do gabinete (com eventual mudança no portfólio ministerial), ou ainda à dissolução da Assembleia e convocação de eleições gerais”.

Outra característica dos sistemas de auditoria-geral é a de ser um órgão que produz informações - em regra ao Poder Legislativo -, não se estruturando com as competências próprias de um tribunal, como é a marca emblemática dos sistemas que são constituídos como Cortes (ou tribunais) de Contas, à forma napoleônica. Embora nem sempre estejam vinculados ao Poder Judiciário (o Brasil é um exemplo disso), nos sistemas de Cortes de contas essas exsurtem como órgãos com alguma independência ou autonomia em relação aos demais poderes, tendo certas competências judicantes, o que não ocorre nos sistemas que seguem o padrão de auditorias-gerais, em que, via de regra, possuem apenas papel informativo e opinativo. Como exemplo da função judicante, no caso brasileiro, que difere dos sistemas de auditorias-gerais (Sistema *Westminster*), ou *board audit*, a Constituição da República de 1988 apresenta a função de julgar dos tribunais de contas<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> National Audit Office (NAO, 2021).

<sup>42</sup> Sobre as funções desses órgãos de controle, Scaff, F. e Skaff, L. (2018, p. 1252) referem: “1. Função fiscalizatória, que envolve o levantamento de dados, auditoria, inspeção, monitoramento e o acompanhamento para avaliação de órgãos, programas e cumprimento de deliberações, 2. Função consultiva, 3. Função informativa, 4. Função judicante, 5. Função sancionadora, 6. Função corretiva, 7. Função Normativa, 8. Função de Ouvidoria.”



Deve ficar claro que o Tribunal de Contas da União não integra a estrutura do Poder Judiciário<sup>43</sup>. Com efeito, o artigo 71 da Constituição de 88 expressa que “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”. Portanto, em que pese a denominação de tribunal, os tribunais de contas, no Brasil, não integram o poder judiciário. A sua localização no texto da Constituição da República, em verdade, está na seção IX, que trata da Fiscalização contábil, financeira e orçamentária, que, a seu turno, está inserido no Capítulo I (Do Poder Legislativo). Porém, embora apresente-se como órgão que auxilia o Poder Legislativo no mister de Controle Externo, há discussão acerca de sua independência em relação ao Poder Legislativo. Adiante, será detalhadamente demonstrado os diferentes desenhos constitucionais na história constitucional brasileira, em que é possível observar diferentes acomodações para a instituição, desde a sua implementação, em nível constitucional, com a Carta republicana de 1891.

Esse ponto é absolutamente importante nesta tese, e será um dos seus pilares. Afinal, qual a sua natureza, seus limites, sua legitimidade, enfim, o que é isso, o tribunal de contas? Tão importante que em capítulo próprio buscarei estabelecer parâmetros teóricos para classificar e melhor entender os tribunais de contas dentro do desenho traçado pelo Constituinte de 88.

De qualquer modo, pode-se vislumbrar, desde já, que um elemento que marca a diferença entre o modelo de controladoria-geral e aquele representado por Cortes de contas está, evidentemente, no nível de independência em relação às demais instituições e na própria forma e natureza das suas decisões frente aos órgãos auditados. Até porque, como se sabe, no modelo ou sistema de controladoria-geral é possível identificar uma vinculação forte em relação ao Poder Legislativo, ao passo que, no modelo de tribunais ou Cortes, via de regra, há o exercício de competências de julgamento - “judiciais ou quase judiciais” (CAMARGO, 2020).

Nesse sentido, retomando à questão dos sistemas, é possível perceber que, enquanto em sistemas que seguem o modelo napoleônico de tribunais ou Cortes há uma estruturação em torno de competência judicante, inclusive com possibilidade de

---

<sup>43</sup> Há países em que o Tribunal de Contas integra o Poder Judiciário. A Constituição portuguesa, por exemplo, mantém o Tribunal de Contas (art. 214) dentro do Título V, referente aos Tribunais. (PORTUGAL, 2005).

impor sanção aos jurisdicionados, nos sistemas de auditoria-geral, por sua vez, a regra é a utilização de informações a serem submetidas ao Parlamento. Nesse contexto, conforme Dye e Stapenhurst (1998, p. 05) referem: “O sistema de Westminster é projetado para que um Auditor Geral (AG) faça relatórios periódicos ao parlamento usando a equipe profissional de auditoria do Gabinete do Auditor Geral. [...] Os AGs geralmente reportam anualmente ao parlamento, embora haja algumas exceções como no Reino Unido e no Canadá, em que os relatórios são mais frequentes<sup>44</sup>.”

Diferentemente do modelo de auditorias-gerais e *Board audit*, há o modelo em que é marcante em sua estrutura, não obstante suas variações, o colegiado como órgão centralizador de tomada de decisões. O sistema colegiado, de tribunal, é representado pelo modelo francês, que serviu como modelo paradigmático quanto a essa forma de organização para fins de fiscalização dos recursos públicos. A base da experiência francesa com o controle externo remonta à idade média, com as “Câmaras de Contas”, mas é sob o governo de Napoleão que surge a *Cour des Comptes* como um órgão nacional com a competência de zelar pelo dinheiro público (MORIN, 2010).

Sobre essa questão, insta destacar que

A história política da França é tão fortemente marcada por sucessivas guerras, revoluções e instabilidades político-institucionais que parece ser impossível compreender a evolução do seu constitucionalismo sem um atento olhar aos singulares fatos históricos (CICCONETTI, TEIXEIRA, 2018, p. 25).

Obviamente, a mesma lógica se aplica à *Cour des Comptes* francesas, que remonta sua gênese ao medievo, mas que vai ganhar importância e institucionalização enquanto Corte após a revolução francesa, no período do império bonapartista. Ainda, nessa mesma linha, não se pode esquecer a prescrição do artigo 15 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, nos seguintes termos: *A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.*

Assim, a Corte de Contas francesa se destaca como modelo de organização colegiada, independente, que exerce uma função administrativa especializada,

---

<sup>44</sup> “The Westminster system is designed to have an Auditor General (AG) make periodic reports to parliament using the professional audit staff of the Office of the Auditor General [...] The AGs usually report annually to parliament although there are some exceptions such as in the United Kingdom and Canada where reporting is more frequent” (DYE; STAPENHURST, 1998, p. 05).

composta por magistrados com garantias como a vitaliciedade. Além disso, hoje, após a reforma de 2008, as Cortes de Contas exercem uma função sobre os programas de governo – um controle de qualidade – que é exercido por membros que são recrutados na Escola Nacional de Administração, assim como ocorre com o quadro que compõe o Conselho de Estado francês (MEDAUAR, 2020).

Também Itália, Espanha e Portugal<sup>45</sup> adotam a forma colegiada de Corte de Contas.

No caso italiano, a previsão da *Corte dei Conti* está no artigo 100<sup>46</sup>. Em verdade, tal órgão está previsto nos artigos 100 e 103 da *Costituzione della Repubblica Italiana*. Chama a atenção a previsão constitucional do controle preventivo, como sendo uma forma de registro prévio sobre os atos administrativos, a fim de dar eficácia ao ato. Atualmente, contudo, essa atuação prévia de registro ocorre apenas para casos mais relevantes<sup>47</sup>, restando o controle *a posteriori* como a prioridade dos trabalhos da Corte de Contas italiana (CARVALHO; RODRIGUES, 2018). Efetivamente, num olhar sobre os aspectos atuais da *Corte dei Conti*, mormente após a reforma de 1994, a qual teve importante impacto nas suas funções, ressaltam-se as seguintes características: competência de metacontrolador (controle exercido sobre os órgãos de controle interno) e modificação, enquanto regra geral de atuação, de um controle prévio para uma ação *a posteriori*, subsistindo o registro prévio para casos predeterminados pela legislação (MEDAUAR, 2020).

O art. 136 da Constituição Espanhola prevê que *El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*. Além disso, cabe à Lei Orgânica regular a composição,

---

<sup>45</sup> Nosso intuito não é apresentar todos os países. Destacamos França, Itália, Portugal e Espanha por suas proximidades com o caso Brasileiro em vários aspectos.

<sup>46</sup> Art. 100 - “O Tribunal de Contas exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo, e também ao sucessivo sobre a gestão do orçamento do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas pela lei, ao controle sobre a gestão financeira das entidades à qual o estado contribui em via ordinária. Refere diretamente às Câmaras sobre o resultado da verificação efetuada. A lei assegura a independência dos dois Institutos e dos seus membros perante o Governo” (ITÁLIA, 2018, tradução nossa). “Art. 100 - La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l’indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo” (ITÁLIA, 1947).

<sup>47</sup> O estatuto jurídico que afastou o controle prévio como regra geral é a *legge n. 20/1994*. De fato, de acordo com a alteração introduzida no sistema italiano de controle, o controle prévio passa a ser feito nos casos especificados pela lei, deixando, portanto, de ser a regra.

organização e funções do Tribunal de Contas Espanhol. O artigo da Constituição espanhola que trata do Tribunal de Contas está inserido no Título VII da Constituição, que dispõe da “*Economia y Hacienda*”. Como se percebe do texto constitucional, há a delegação para a legislação infraconstitucional dispor sobre a composição, organização e funções do Tribunal de Contas espanhol, diferentemente da Constituição da República brasileira de 1988, que dispõe em seu próprio texto acerca da competência e funções do tribunal. Do artigo 136 também se extrai que o Tribunal de Contas é o supremo órgão fiscalizador das contas e da gestão econômica de Estado e do setor público, e dependerá diretamente das Cortes Gerais (*Cortes Generales*) e exercerá as suas funções por delegação delas. As *Cortes Generales* espanholas são formadas pelo Congresso de Deputados e pelo Senado – é o Poder Legislativo Espanhol<sup>48</sup>.

Portanto, em Espanha também o tribunal de contas está vinculado ao Poder Legislativo, devendo remeter a este Poder um informe anual. Como no Brasil, os membros do Tribunal de Contas Espanhol gozarão da mesma independência e estarão submetidos às mesmas incompatibilidades que os juízes. No caso brasileiro, há maiores especificidades nesse tema, mas há, de modo geral, a vinculação entre os membros das Cortes de contas com as garantias e deveres dos membros do Poder Judiciário.

No caso português, o artigo 209<sup>49</sup> da Constituição estabelece como “categoria” de tribunal o Tribunal de Contas. Portanto, em Portugal, diferentemente do Brasil, o Tribunal de Contas integra o poder judiciário. E o art. 214 da Constituição Portuguesa define que este é “[...] o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe [...]”. Assim, o Tribunal de Contas português tem assento constitucional, integra o Poder Judiciário (tribunal financeiro) e é um órgão colegiado, seguindo, nesse sentido, aquela tradição continental europeia (modelo napoleônico), tendo seus membros a independência de juízes. A Constituição portuguesa, igualmente, prevê a possibilidade de ampliação da competência do tribunal por lei infraconstitucional (art. 214), sendo que, atualmente, tal

---

<sup>48</sup> Artículo 66 1: Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. 2.Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución. 3.Las Cortes Generales son inviolables. (ESPAÑA, 1978).

<sup>49</sup> Portugal (2005).

regulamentação ocorre por intermédio da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) (Lei n.º 98/97, alterada pela Lei nº 48/2006). Ainda, no que concerne às formas de fiscalização do Tribunal de Contas português, a LOPTC estabelece a fiscalização prévia (artigos 44 a 48); a fiscalização concomitante (art. 49) e a fiscalização sucessiva (artigos 50 a 56).

Caso interessante, porquanto paradigmático, é o da *Cour des Comptes* francesa. Cabe destacar a importante afirmação de que “O diferencial mais claro entre a instituição brasileira e os modelos estudados consiste no tratamento marcadamente constitucional conferido pelo constituinte brasileiro, além da ampliação do seu espectro de atuação em razão da adoção do novo parâmetro de controle de legitimidade” (CARVALHO; RODRIGUES, 2018, p. 226). Aqui se destaca um importante fator justificante: cada vez mais tem-se discutido o papel do tribunal de contas numa acepção de controle do desempenho ou performance dos órgãos públicos controlados, o que significa, em última instância, a possibilidade de controle sobre políticas públicas. E, nessa linha, a Constituição Francesa, após recente reforma (2008), passou a prever, explicitamente, a possibilidade de controle de políticas públicas pela *Cour de Comptes*. De acordo com o art. 47-2 da Constituição Francesa:

A Corte de Contas auxilia o Parlamento no controle da ação governamental. Auxilia o Parlamento e o Governo no controle da execução das leis de finanças e na aplicação das leis de financiamento da seguridade social, bem como na avaliação das políticas públicas. Por meio de seus relatórios públicos, contribui para a informação dos cidadãos. As contas das administrações públicas são regulares e exatas. Apresentam uma imagem fiel do resultado da sua gestão, do seu patrimônio e da sua situação financeira<sup>50</sup>.

A Constituição da República de 1988 não prevê a possibilidade expressa de análise de políticas públicas. Contudo, não se pode negar o caráter amplo de competência conferida ao Tribunal de Contas da União, que lhe enseja a possibilidade de análise para além do critério formal de controle, podendo estender seu exame de forma qualitativa sobre os programas do governo.

---

<sup>50</sup> “Article 47-2 - La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens. Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière” (FRANCE, 2008).

De todo modo, o art. 70 da Constituição atribui ao controle externo - cujo titular é o Congresso Nacional, mas que trabalha com o auxílio do Tribunal de Contas -, a fiscalização, dentre outras, operacional (fiscalização de cunho eminentemente qualitativo), com possibilidade de exame, além da legalidade dos atos governamentais, da sua legitimidade e economicidade, o que abre a possibilidade de análise sobre os programas do governo, sobretudo no que diz respeito à implementação de políticas públicas (compreendidos os casos de regulação).

O surgimento desse Órgão de controle está umbilicalmente ligado à introdução da República como forma de governo no Brasil, cujos ideais foram plasmados da Constituição de 1891<sup>51</sup>. Sob esse prisma, além de outros elementos essenciais, tem-se que a República é marcada “[...] pela temporariedade dos mandatos dos governantes, pela eletividade como meio de condução aos cargos políticos, pela possibilidade de prestação de contas e responsabilização política, administrativa, civil e penal dos detentores do poder” (PEDRA, 2018, p. 110).

Nada obstante os tribunais de contas sejam órgãos instituídos para concretizarem os ideais republicanos gravados na Constituição da República de 88, é importante destacar os limites de sua atuação, frente aos parâmetros democráticos também insertos na Carta Maior. Isso é bastante evidente diante do desenho institucional extraído da Organização do Estado brasileiro e da separação de poderes - notadamente no que diz respeito à questão dos *checks and balances*.

A intenção até aqui foi apenas a de ofertar um panorama geral sobre sistemas em que se situam as Cortes de contas, numa perspectiva comparada, e com isso estabelecer algumas características distintivas dos tribunais de contas no Brasil, em comparação aos de outros desenhos constitucionais, a fim de subsidiar elementos para a reflexão sobre sua natureza.

Sigo, portanto, com um esboço do processo histórico da instituição estudada.

---

<sup>51</sup> A instituição Tribunal de Contas tem, inicialmente, sua configuração constitucional na Carta de 1891, com a ampliação de suas competências sendo sucessivamente realizadas pelas constituições posteriores (SCAFF, F.; SKAFF, L, 2018, p. 1252). Com efeito, a existência dos Tribunais de Contas tem relação com a necessidade de controle do Poder Público, sendo aplicável tanto à União, como aos demais Entes que compõem a federação brasileira (SCAFF, F.; SKAFF, L, 2018, p. 1252).

### 2.2.1 Os Tribunais de Contas e sua evolução histórica no Brasil

O escopo e objeto deste trabalho, certamente, não dizem respeito ao caráter histórico dos tribunais de contas no Brasil. No entanto, a fim de poder centrar a análise sobre o que é isso, o tribunal de contas? e buscar entender a sua legitimidade e limites diante de controles de ordem qualitativa, necessário que se faça uma incursão sobre a evolução histórica da instituição, a fim de agregar melhores subsídios para a pesquisa.

No caso brasileiro, embora uma instituição como o tribunal de contas só tenha surgido na transição da monarquia para a república, é possível vislumbrar um ensaio já desde o Império brasileiro sobre a necessidade de uma estrutura capaz de desempenhar papel dessa natureza. Após sua independência de Portugal, o Estado brasileiro nasce já dentro de um aparato que lhe é anterior por direta influência do colonizador europeu. Nesse sentido, é preciso ter presente que, em Portugal<sup>52</sup>, a Casa dos Contos, existente desde a idade média, desempenhava o papel do controle das finanças portuguesas, sendo, ao depois, já no século XVIII, substituída pelo Erário Régio (PAIXÃO, 1997). Isso deixa claro que o império brasileiro surge já na esteira de um contexto em que a noção de controle deitava tradição na estrutura do Estado colonizador.

No Império não havia um órgão próprio para fazer o papel de controlador das finanças públicas, na forma própria de um tribunal. Não obstante a experiência portuguesa com a *Casa de Contos* e com o *Erário Régio*, o Brasil, após a independência, não adotou um órgão próprio para esse mister, em que pese tenham existido, ao longo dos dois reinados, reivindicações de políticos para a criação de um tribunal de contas, com o objetivo de assegurar o controle externo sobre os recursos públicos; no entanto, tal intenção nunca foi efetivamente concretizada<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Um quadro sobre a evolução histórica, em Portugal, de um órgão encarregado do controle das finanças, pode ser encontrado em Portugal ([2022?]), em que é possível identificar a seguinte trajetória naquele país: Casa dos contos, período de 1389-1761; Erário Régio, período de 1761-1832; Tesouro Público, período de 1832-1844; Conselho Fiscal de Contas, período de 1844-1849; Tribunal de Contas, período de 1849-1911; Com o advento da República, tem-se a instituição do Conselho Superior da Administração Financeira do Estado, período de 1911-1919; Conselho Superior de Finanças, período de 1919-1930; e, a partir de 1930, Tribunal de Contas, o que é mantido pela Constituição Portuguesa de 1976, definindo-o como órgão de natureza de Tribunal financeiro e integrante do Poder Judiciário.

<sup>53</sup> Speck (2000) chama a atenção para o fato de que essa intenção de criação de um órgão de controle externo não tinha, na época, o objetivo de limitação e controle dos gastos propriamente dito, nem era uma reivindicação advinda do Poder Legislativo, como forma de controle do Executivo. Ao controle, conforme o autor, a necessidade de um órgão como um tribunal de contas

Durante o Império, o Brasil contou com o Erário Régio e o Conselho da Fazenda (criados com a vinda da Família Real em 1808), tendo a Constituição monárquica de 1824 disposto sobre o Tesouro Nacional no seu art. 170<sup>54</sup>, além de dispor, em seu artigo 37, que “*Tambem principiarão na Camara dos Deputados - I. O Exame da administração passada, e reforma dos abusos nella introduzidos.*” Contudo, mesmo o Tribunal do Tesouro Público Nacional, criado por intermédio da lei de 4 de outubro de 1831, não se tratava de uma instância independente, sendo presidido pelo próprio Ministro da Fazenda. Aqui, portanto, um nítido caráter de hierarquia (subordinação), em vez de traços de autonomia.

É possível concluir, pois, que todas essas formas de organização das finanças durante o império eram destituídas de autonomia e independência, não existindo, nesse período, uma instituição de controle capaz de impor responsabilização pelo mau uso dos recursos públicos, de forma independente. Aliás, responsabilização está muito mais associada à ideia de república.

É, com certeza, nos estertores do Império e no surgimento da República que a ideia de um Tribunal de Contas independente ganha força nos debates políticos.

Nesse contexto, é repetidamente descrito pelos autores que tratam sobre tribunais de contas a *Exposição de Motivos* lançada por Rui Barbosa sobre a necessidade de uma Corte de Contas que seja eficiente na sua atuação. E o faz a partir do diagnóstico que o controle do orçamento é vital e imprescindível para a estruturação do novo Estado que se inaugura. Nas suas palavras, o Tribunal de Contas seria um “[...] corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil” (BARBOSA, 1999). Naturalmente, na sua concepção, “[...] para a edificação republicana esta reforma deve ser uma das pedras fundamentais” (BARBOSA, 1999).

---

partia de próprios integrantes do Poder Executivo e sua finalidade, de fato, não era para ser um órgão de controle, mas, antes de tudo, uma entidade capaz de organizar e conferir uma “racionalidade gerencial” ao tema das finanças.

<sup>54</sup> “Art. 170. A Receita, e despeza da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de 'Tesouro Nacional' aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondencia com as Thesourarias, e Autoridades das Provincias do Imperio” (BRASIL, 1824).



Além da forte defesa de um tribunal de contas para consolidar os ideais de república, a referida *Exposição de Motivos* evidencia, com clareza, a natureza desse órgão, que deveria ter atuação prévia ao gasto público, característica essa que acompanhará a história da Corte de Contas até a Constituição de 1967. Com efeito, após apresentar os modelos de tribunais em diferentes países, a defesa feita por Rui Barbosa foi por um sistema que se antecipa ao gasto público (controle preventivo), porquanto só assim teria sentido a criação de um órgão com independência para fazer o controle das finanças públicas. Nas suas palavras (BARBOSA, 1999):

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 ultimo 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 orçamentarias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

Nesse contexto, por certo, a referida exposição de motivos concretizou uma série de elogios aos sistemas italiano e belga de controle como exemplos de controle preventivo do gasto público, ressaltando, sobretudo, as virtudes da *Corte dei Conti* italiana<sup>55</sup>.

A criação formal do Tribunal de Contas, na República, ocorre com a edição do Decreto nº. 966-A<sup>56</sup>, em 1890, sendo, no ano seguinte, previsto no texto

---

<sup>55</sup> “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” (BARBOSA, 1999, p. 261).

<sup>56</sup> Conforme o artigo 1.º do Decreto – “Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica.”

constitucional de 1891, em seu artigo 89<sup>57</sup>. Posteriormente, em 1892, o Decreto nº. 1.166 regulamentou o funcionamento da Corte. Todavia, tem-se que a efetiva instalação do tribunal só ocorreu em 1893<sup>58</sup>.

Na prática, o que ocorreu no decorrer da evolução do Tribunal de Contas da União foi uma prevalência do modelo belga, que, a despeito de ser um controle preventivo, não era tão rígido como o modelo italiano. Com efeito, neste modelo, que passa a constar na legislação brasileira a partir de 1896<sup>59</sup>, há a possibilidade de o Executivo, não obstante o veto, ainda praticar o ato<sup>60</sup>.

De qualquer forma, estava lançada a semente sobre a necessidade de um órgão autônomo para acompanhar as finanças públicas, órgão este que está intimamente ligado com os ideais defendidos pelo republicanismo, não obstante, em dados momentos, tenha tido suas funções enfraquecidas por ordem de contingências políticas supervenientes<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> “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 sentença.”

<sup>58</sup> Sobre este ponto específico, Costaldello (2017, grifo nosso): “Apesar das discussões, de quase um século, sobre os prós e contras sobre a criação de um Tribunal, apenas com a proclamação da República, 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto 966-A criou o Tribunal de Contas da União, “para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República” e que acabou sendo acolhido na letra da Constituição de 1891, no art. 89. **No entanto, sua instalação somente aconteceu em 17 de janeiro de 1893, em virtude dos esforços do então Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Serzedello Corrêa**”.

<sup>59</sup> Decreto nº 392, de 8 de outubro de 1896, que Reorganiza o Tribunal de Contas.

<sup>60</sup> Conforme Speck (2000, p. 64-65): “Em algumas situações, a recusa do Tribunal em registrar a despesa poderia ser superada por uma decisão do Executivo. Caso o ministro insistisse na execução de determinada despesa, ele poderia recorrer ao chefe de Estado. Se este aprovasse as despesas, o Tribunal teria que registrá-las sob protesto. Mesmo nessa posição enfraquecida, o Tribunal de Contas tinha a dupla função de assessorar a administração e o Legislativo. Ele alerta ao chefe de Estado sobre o risco de responsabilidade em relação a determinadas despesas. E ele faculta ao Legislativo a tomada de medidas que são julgadas cabíveis em relação a determinados casos.”

<sup>61</sup> Em verdade, em todos os campos, nesse período, a cultura jurídica vive uma remodelação e convive com diferentes modelos. José Reinaldo de Lima Lopes descreve esse fenômeno: “A cultura jurídica brasileira vive também um novo dilema. As instituições políticas são diretamente inspiradas, a partir de então, no modelo norte-americano. Passa a ser possível e recomendável trazer de lá, e como diz Pedro Lessa em várias oportunidades, também da Argentina (uma república federal), a inspiração para nossos juriconsultos. No entanto, esta importação de modelo constitucional faz-se para uma cultura saturada de familiaridade com as instituições européias: o direito administrativo inspirava-se na França; o direito civil de longa data inspirava-se nos alemães. A organização judiciária era de estilo francês e continental, e o processo claramente era inquisitorial, escrito e cartorário nos moldes do velho processo romano-canônico europeu. Aliás, a despeito da existência bastante peculiar do tribunal do júri entre nós (inspiração inglesa sobre nossos liberais), a instituição inquérito policial em 1871 mostrava o quanto estávamos distantes do modelo da *common law*. A Inglaterra não conhecia nem mesmo um promotor de justiça, magistratura típica do processo inquisitorial europeu. Com tudo isto, a República, que do ponto de

O Brasil, que não contava com um órgão independente de controle – porquanto o Tribunal do Tesouro Nacional do Brasil não passava de um aparato do próprio Imperador – passa a contar, a partir de então, com uma Instituição com previsão constitucional. Seguem-se, durante a República Velha, outras modificações ou reorganizações do Tribunal de Contas da União, especialmente com a Lei nº. 3.454/1918 e o Decreto nº. 15.770/1922. O caráter de tribunal, com função jurisdicional, pode ser percebido no art. 27 do Decreto n. 15.770/1922, que dispôs que “O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e materias sujeitas á sua competencia” e que “Quando elle funciona como tribunal de justiça, as suas decisões definitivas têm força de sentença judicial.”

Em verdade, este é um ponto pendente de divergência na doutrina sobre tribunais de contas e sua natureza. E é um ponto central do debate. Certo é, todavia, que em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1891, há a previsão da atividade de julgar (ROSILHO, 2016)<sup>62</sup>.

Nesse sentido, a Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas, contemplando competência de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas por dinheiros ou bens públicos<sup>63</sup> <sup>64</sup>. Veja-se que os Ministros do TCU são, diante dessa Constituição, nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, tendo as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema (art. 100), além do fato de a Instituição ter as mesmas atribuições dos *Tribunais Judiciários* no respeitante à sua organização interna. Persiste, pois, nessa evolução, sempre uma compreensão da Corte de Contas com semelhanças de tribunal ou Corte, pelo menos em alguns aspectos mais gerais.

E o controle preventivo está expresso na Constituição de 1934, estando qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste, sujeito ao registro prévio junto ao tribunal (art.

---

vista político e social já foi suficientemente estudada como forma oligárquica de governo até 1930, definiu novas instituições e nova cultura” (LIMA LOPES, 2011, p. 340).

<sup>62</sup> Sobre esse debate, Rosilho (2016, p. 151) destaca que “Passados mais de 120 anos da criação do Tribunal, ainda não há consenso sobre o eventual viés jurisdicional de sua atribuição para julgar contas de administradores — e, por consequência, sobre a natureza do próprio órgão de controle; a doutrina jurídica especializada continua a divergir sobre o tema. Trata-se de questão em aberto, a merecer futuras investigações acadêmicas.”

<sup>63</sup> “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” (BRASIL, 1934).

<sup>64</sup> A Constituição de 1934, na verdade, é a primeira Constituição brasileira a prever expressamente a competência para julgamento das contas.

101, § 1.º). De fato, o registro prévio tratava-se de característica nuclear na concepção do tribunal de contas, sendo motivo para políticos, durante o Império, rejeitarem propostas de um tribunal que não tivesse essa competência, o que, conforme já observei, também foi central na exposição de motivos escrita por Rui Barbosa, que entendia ser inútil uma Corte de contas sem esse poder de controle prévio, fundamentando suas convicções na experiência italiana.

O controle prévio, como se sabe, será afastado pela Constituição de 1967, que adotará um controle externo *a posteriori*.

Sobre o tema, é interessante a observação de Rosilho (2016) que, ao estudar os tribunais de contas nos meandros da Assembleia Nacional Constituinte referente à Constituição de 1988, relata que era intenção do TCU, nas discussões e participações ao longo da Assembleia, resgatar aquele poder de registro prévio ceifado pela Carta de 1967<sup>65</sup>.

Chama atenção, também, a localização do Tribunal de Contas no texto constitucional de 1934. Esse, aliás, é um fato que nunca parece ter sido bem resolvido, porquanto os tribunais de contas - até mesmo em razão da falta de compreensão correta até hoje sobre sua natureza -, fez com que este órgão fosse alocado em diferentes capítulos nos textos das Constituições brasileiras. No caso da Constituição de 1934 em específico, a instituição Tribunal de Contas foi incluída, particularmente, no Capítulo intitulado *Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*, Capítulo este que congrega, igualmente, instituições como o Ministério Público e os Conselhos Técnicos.

Em vista disso, não se evidencia desarrazoado pensar que essa escolha - desde que garantidas a autonomia e a independência de órgãos como os tribunais de contas -, em vez de situá-lo no capítulo do Poder Legislativo, como o faz a Constituição de 1988, talvez pudesse estruturar a Corte de Contas sem as

---

<sup>65</sup> Conforme o autor: “Tenho a impressão de que o TCU, com o dispositivo, de certa maneira pretendeu retomar o poder que lhe fora conferido pela Constituição de 1934 (e que lhe fora retirado pela Constituição de 1967). Consta do Texto Constitucional de 1934 que o controle a ser realizado pelo Tribunal sobre as contratações públicas seria em regra a priori (“Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste” (art. 101, § 1º). Isto é, naquele contexto, o TCU realmente possuía atribuições “quase-administrativas”, vez que as contratações só se completavam após o aval do Tribunal. A Constituição de 1967, por sua vez, eliminou a aludida regra e transformou o TCU em um órgão de controle eminentemente a posteriori (retomarei o tema no Capítulo 4). E, como visto na reconstrução da história legislativa da ANC (tópico anterior), o TCU parece não ter se conformado com a perda de poder que lhe impôs o constituinte de 1967” (ROSILHO, 2016, p. 93-94).

infindáveis polêmicas acerca do seu caráter auxiliar do Poder Legislativo. Penso que, assim, a Constituição de 1934 ensaiou bem a tentativa de agregar, simbolicamente, uma certa independência à instituição, além das garantias e competências que também lhe foram atribuídas, destacando em Capítulo à parte tais instituições – entre elas a Corte de Contas.

Em resumo, portanto, a Carta de 1934 atribuiu competências de julgamento e de parecer prévio às contas do Presidente da República, enquanto órgão com tratamento de tribunal (tendo seus membros as mesmas garantias daqueles da Corte Suprema) e detentor de competência para efetuar o registro prévio dos atos administrativos “de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.” Além disso, dispôs os tribunais de contas em capítulo próprio, apartado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Diferentemente, a Constituição de 1937 situa o tribunal de contas no capítulo respeitante ao Poder Judiciário, mais uma vez, portanto, confirmando a falta de clareza quanto ao pertencimento da instituição. Ademais, por óbvio, tendo em vista a característica própria da Carta de 1937, e sobretudo pelo fato de uma instituição como o tribunal de contas ter, como função, o controle da administração pública, houve um efetivo esvaziamento das suas competências e de seu funcionamento na prática<sup>66</sup>. Claro que aqui deve ser lembrada uma circunstância própria desse fenômeno, que diz respeito ao fato de, no período compreendido pelo “Estado Novo”, tivemos uma convivência entre duas Constituições, por assim dizer, ou seja, uma constituição escrita “no papel” e uma constituição “na prática”. Loewenstein talvez tenha sido o autor que melhor captou essa situação, ao afirmar que: “To put it bluntly: it is a ghost constitution<sup>67</sup>” (LOEWNSTEIN, 1942, p. 46). Assim, na prática, “[...] o processo legislativo foi completamente delegado ao Presidente da República, que governou exclusivamente por decretos e decretos-leis [...]” (LIMA LOPES, 2011, p. 362). O fato é que a Constituição de 37, que dependia de um plebiscito (o qual

---

<sup>66</sup> Exemplo disso foi a supressão da competência de emissão de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República (COSTALDELLO, 2017). Trata-se, antes de tudo, do reflexo da organização do Estado Novo instaurado por Vargas a partir de 1937. Como relata Fausto (2006, p. 201): “O Estado Novo não representou um corte radical com o passado. Muitas de suas instituições e práticas vinham tomando forma no período 1930-1937. Mas a partir de novembro de 1937, elas se integraram e ganharam coerência no âmbito do novo regime. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente. Os Estados passaram a ser governados por interventores, nomeados pelo governo central e escolhidos segundo diferentes critérios.” Lógico, portanto, que nesse contexto uma instituição como o tribunal de contas teria suas funções esvaziadas.

<sup>67</sup> “Para ser franco: é uma constituição fantasma” (tradução nossa).

não se realizou), acabou não tendo um valor jurídico, senão meramente histórico (PORTO, 2015).

Passo seguinte, a Constituição de 1946, com o processo de redemocratização, passa a tratar os tribunais de contas no Capítulo próprio relativo ao Poder Legislativo, sendo que, daí em diante, todas as constituições brasileiras estabelecerão esse vínculo entre os tribunais de contas e o Poder Legislativo. Veja-se que, no processo histórico, embora a Corte de contas brasileira, antes de 1946, tenha sido situada em outros espaços no desenho institucional, a partir da Constituição democrática de 1946 ela resta posicionada no capítulo referente ao Poder Legislativo. Sobre essa escolha, Medauar (2020, p. 113) expõe uma possível explicação:

Segundo afirmações da doutrina, o controle financeiro externo da administração caberia, em tese, ao Poder Legislativo. Mas, nos ordenamentos do mundo ocidental, nem sempre o Poder Legislativo realiza diretamente a fiscalização financeira da Administração e nem sempre lhe cabe a 'última palavra' no assunto. Comum é a invocação das dificuldades que enfrentaria o Legislativo, às voltas com tarefas políticas, de cumprir adequadamente a função de controle financeiro, pelo caráter técnico e complexidade crescente de que se reveste. Atribui-se, então, a tarefa a entidades denominadas *Tribunais ou Cortes de Contas*, cuja natureza jurídica varia conforme o ordenamento, variando, por conseguinte, seu vínculo com o Poder Legislativo no tocante ao caráter das decisões finais do processo fiscalizador. Tanto se encontra a situação em que o Legislativo tem a 'última palavra', como a situação em que o Tribunal de Contas configura jurisdição e praticamente suas decisões não mantêm vínculo com o Legislativo (grifo do autor).

Portanto, tem-se que, tendo em vista a função do controle externo financeiro pertencer, historicamente, ao Poder Legislativo, é possível extrair uma explicação para a posição dos tribunais de contas em capítulo reservado ao Poder Legislativo nos textos constitucionais. E tal fato tem confirmação histórica, porquanto o Poder Legislativo surge como forma de controle dos recursos públicos, até como forma de limitação dos poderes das monarquias.

O que não se pode tomar como verdade, contudo, em razão do exposto, é uma submissão das Cortes de Contas ao Parlamento, sobretudo em tempos atuais, em razão das mudanças que se deram em nível de especialização e importância desses órgãos técnicos no controle da ação estatal, mormente pelo fato de tais controles se tornarem ainda mais qualitativos em relação à ação estatal<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Essa questão será amplamente discutida nessa Tese nos Capítulos seguintes.

Nesse iter histórico, a Constituição brasileira de 1967 apresentou um destacado ponto de inflexão em relação às características do tribunal de contas. O fortalecimento do Executivo<sup>69</sup> que foi conferido no período com o regime militar, de certa forma, já apontava para um enfraquecimento das demais instituições. A doutrina registra como pontos emblemáticos de mudança no respectivo momento histórico a introdução dos instrumentos de fiscalização (auditorias) e a criação de um sistema de controle interno, que surgem com o fim do sistema de registro prévio das despesas públicas que fora perseguido quando da introdução dos tribunais de contas no Brasil quando do surgimento da república. Sobre este ponto, a propósito, Speck (2000) ressalta que tal modificação deve ser vista não como algo menor, mas sim como algo que acabou impactando de forma mais substancial na configuração da instituição<sup>70</sup>.

No que respeita à sua composição, os tribunais de contas são formados por um corpo técnico de auditores<sup>71</sup>, que desenvolvem, entre outros, trabalho de auditoria técnica, com levantamento de informações e produção de relatórios, bem como instrução de processos para posterior deliberação pelos Membros das Cortes de Contas (Ministros ou Conselheiros). A saber, no caso do Tribunal de Contas da União esses são denominados como Ministros<sup>72</sup>, e a Constituição Federal prevê em número de nove. Já no âmbito dos demais tribunais de contas da federação, estes são designados como Conselheiros, e para cada tribunal haverá sete Membros.

Sobre a investidura dos Membros da instituição, muito se discute sobre os critérios de nomeação. Nesse ponto há também críticas quanto à forma das escolhas,

---

<sup>69</sup> Necessário ressaltar que a história brasileira é permeada por um Poder Executivo forte, sem dúvida. O que destaco aqui é uma centralização de poderes no Executivo de forma mais evidente em relação à Carta de 1946, em que o Poder Legislativo possuía maiores competências em comparação com o chassi constitucional de 67.

<sup>70</sup> De fato, consoante Speck (2000, p. 68-69), “A mudança do sistema de registro prévio para a fiscalização posterior não era uma modificação secundária. Ela alteraria profundamente o caráter da fiscalização, que até então era quase-administrativa. Os argumentos contra a sistemática do controle prévio eram de ordem prática. Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas.”

<sup>71</sup> O nome específico dos cargos varia de tribunal para tribunal, mas, regra geral, trata-se de cargo constituído em carreira, de nível superior, composto por diferentes formações, tais como: Direito, Economia, Contabilidade, Administração Pública, Engenharia, Tecnologia da Informação, Ciências Atuariais, entre outros.

<sup>72</sup> Registra-se que a CF88 (art. 73, § 3.º) estabelece que “[...] os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça [...]” (BRASIL, 1988).

porquanto em grande parte as nomeações ficam a critério do Poder Executivo e do Poder Legislativo, razão pela qual se atribui uma natureza demasiadamente política para a sua composição. Embora a Constituição Federal estabeleça alguns parâmetros mais objetivos de profissionalização para a escolha<sup>73</sup>, no final das contas a deliberação sobre a indicação acaba sendo política<sup>74</sup>.

Em que pese as críticas nesse sentido, não acredito que esse seja um problema do desenho constitucional sobre a composição das Cortes de contas, o que não impede que possa ser melhorado. Mas tal fato, por si, não parece macular a composição destes tribunais. Na verdade, se há algum problema, este pode ser algo muito mais profundo, que respeita à própria configuração partidária. A Constituição prevê aos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de indicação no sentido de agregar um maior respaldo democrático às nomeações, não havendo problema nesse sentido. Se as escolhas são feitas por vias erradas, isso parece que se deve muito mais ao fato de um problema de quem escolhe, e não um erro do arranjo constitucional. Veja-se que a Constituição, além de buscar conferir uma deliberação democrática na escolha dos Membros, permitindo aos demais Poderes participarem das indicações, também estabeleceu critérios corretos para a escolha, como exemplo mais marcante o fato de que as nomeações devem levar em conta que os indicados atendam a critérios como

[...] idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior(SCAFF, 2021).

Se fossem realmente levados a sérios tais requisitos, como deveria ocorrer, não creio que se possa criticar os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 88.

Sobre o ponto, aliás, recentemente Scaff (2021) fez um questionamento interessante: “Há menos exigências para ser ministro do STF que do TCU?” Em resposta, o autor menciona que não se pode afirmar positiva ou negativamente, porquanto se trata de funções diferentes. No seu entender,

<sup>73</sup> Conforme aponta o texto constitucional (art. 73, §.1º): “Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior” (BRASIL, 1988).

<sup>74</sup> Ressalta-se que parte da composição dos Membros advém do próprio quadro, com indicação de Auditores Substitutos e Membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.



[...] os distintos requisitos correspondem às diferentes funções que essas cortes exercem em nossa República. Embora seja adequado que um ministro do STF tenha mais do que conhecimento jurídico, outros saberes não são requisitos para sua nomeação. O exercício da função de ministro do TCU exige maior interdisciplinaridade, motivo pelo qual se busca para esse cargo quem tenha conhecimentos além do saber jurídico. São funções distintas, para as quais são exigidos saberes diferentes (SCAFF, 2021).<sup>75</sup>

Note-se que até mesmo há entendimento de que a composição das Cortes de Contas, da forma como se dá, permite deliberações mais concertadas, precisamente pelas consequências advindas da forma de nomeação. Nesse sentido, após apontar pontos positivos da relação dos tribunais de contas com a administração pública, Rodrigo Valgas assume que:

A causa desta postura, em nossa opinião, está diretamente relacionada àquilo que normalmente se aponta como pecado, mas que para nós é 'virtude'. Trata-se do modo de composição das cortes de contas no País. Em vez de um 'pecado original' temos uma 'virtude original'. Por paradoxal que possa parecer é graças às indicações políticas para conselheiros e ministros dos tribunais de contas, que temos poderoso filtro contra o excesso de controle meramente formal e acentuadamente burocrático, por vezes desconectado da realidade administrativa (SANTOS, 2021, p. 198).

A Constituição Federal, ao fim e ao cabo, como entendo, buscou adotar uma composição equilibrada entre técnicos integrantes do próprio quadro profissional da instituição com indicações políticas filtradas por requisitos que, se atendidos, são capazes de oferecer composições adequadas para o controle externo.

### 2.2.2 Tribunais de contas - atribuições

A compreensão, em termos amplos, sobre as formas pelas quais se estruturam as Instituições Superiores de Controle numa perspectiva internacional, em que é possível observar a formação de dois grandes sistemas, assim como a apresentação de um panorama acerca da evolução histórica dessa instituição de

---

<sup>75</sup> A sugestão do autor, como contribuição, é a de estabelecer mandatos para os cargos, mas ele não critica diretamente a forma de escolha. A reflexão parece acertada nos seguintes termos: os critérios de escolha não parecem, por si, um problema maior. De outra sorte, concordo com o autor que acabar com a vitaliciedade seria um passo interessante para um rearranjo nessa matéria, com a adoção de mandatos fixos. Conforme referido por Scaff (2021): "De todo modo, e meio *a latere* dessa discussão, penso que o melhor seria acabar com a vitaliciedade nesses cargos, adotando mandatos e restringindo as funções do STF às de Corte Constitucional, conforme escrevi há mais de uma década, em texto acadêmico. Afinal, é da essência de uma república a alternância dos cargos. Porém, como operacionalizar isso no atual estágio político-constitucional brasileiro?".

controle das contas públicas no Brasil, como visto acima, suscitam uma outra questão; afinal, o que fazem os tribunais de contas? Quais são suas atribuições?

Nesta parte do trabalho pretendo, malgrado todas as divergências doutrinárias sobre o tema, apresentar um eixo de atribuições que são tributadas como sendo próprias do campo de ação das Cortes de contas, a partir da base normativa conferida pela Constituição de 88 e das discussões nas searas jurisprudencial e doutrinária. O propósito não será tentar desvendar qual corrente teria prevalência sobre outra em determinada questão relacionada às atribuições das Cortes de contas (busco enfrentar essa questão na segunda parte do trabalho ao apresentar uma forma de entender as atribuições da instituição). O que proponho aqui, diferentemente, é identificar na própria disputa entre visões antagônicas (em jurisprudência e doutrina), um eixo de atribuições que toma conta do debate sobre suas ações, a fim de melhor situar a natureza e o papel da instituição, o que é a intenção desta primeira parte do trabalho.

Há inúmeras categorizações que procuram sistematizar as diversas formas de atuação da instituição de controle estudada. Em verdade, os trabalhos que se dedicam a estabelecer as diferentes competências das Cortes de contas fundamentam-se, basicamente, no arranjo normativo que compreende os artigos 70 a 75 da CF88, o que caracteriza o núcleo de previsão constitucional sobre as atribuições da instituição<sup>76</sup>.

De forma alguma pretendo esgotar esses temas, pois há um sem-número de trabalhos que se debruçam sobre as minúcias de cada competência, inclusive levando em consideração um espectro maior de normatividade, comparando as

---

<sup>76</sup> Não se desconhece a existência de apelo por parte da doutrina sobre a diferenciação entre os termos *função*, *competência* e *atribuições*, em que cada conceito seria tecnicamente apropriado para estabelecer diferentes significados representativos. No entanto, nesta tese, em que pese não se negue a propriedade da diferenciação anunciada, optei por utilizar indistintamente esses vocábulos para referir quaisquer das formas de ação dos tribunais de contas. Quando refiro *função*, *competência* ou *atribuição*, busco indicar uma atuação da Corte, sem adentrar na classificação que busca dar sentidos diferentes para cada uma das expressões. Por certo, a intenção é apenas identificar as suas diferentes formas de atuação. Sobre uma diferenciação entre os termos *função*, *competência* e *atribuição*, conferir (BRITO, 2014). De acordo com o autor: “Realmente, nem toda função de controle externo, a cargo do TCU, é compulsoriamente partilhada com o Congresso Nacional. Além disso, é preciso conceituar função e competência como coisas distintas, pois a função é uma só e as competências é que são múltiplas. 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 etc.” (BRITO, 2014, p. 15). Sobre atribuições, por outro lado, o autor menciona como sinônimo de prerrogativas, tendo em vista que a Constituição de 88 aponta atribuições próprias dos magistrados a membros das Cortes de contas, respectivamente, em nível federal e estadual.

normas constitucionais e os estatutos próprios de regulamentação das instituições, como as leis orgânicas e os regimentos internos dos tribunais de contas da federação brasileira, sobretudo com foco nos normativos instituidores do Tribunal de Contas da União, que acaba servindo como um modelo para seus congêneres na perspectiva federativa.

Conforme Scaff, F. e Scaff, L. (2018), a norma constitucional que estipula o rol de competências do controle externo não primou pela precisão, uma vez que o desenho ali construído pelo Constituinte poderia ter sido mais claro, delimitando com mais detalhes as atribuições do controle externo. Os autores, como já citado anteriormente, não obstante a imprecisão do texto legal, buscam apresentar uma categorização sobre as funções do controle externo. Assim, referem as funções fiscalizatória, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa, e de ouvidoria. E assim há diferentes formas de categorização, de acordo com o rol estabelecido pelo artigo 71 da CF.

Uma forma de adentrar essa floresta constituída por diferentes funções e fazer clareira para melhor observar o fenômeno seria iniciar por uma diferença entre formas de atuação próprias das Cortes de contas, em que se manifesta sua autonomia, diferenciando-a da ação que está relacionada com a atuação do Poder Legislativo, tendo as Cortes de contas, neste caso, papel nitidamente de colaboração e auxílio.

No que diz respeito à atuação em apoio ao controle conferido ao Poder Legislativo, destaca-se a atribuição que compreende a emissão de parecer prévio sobre as contas do Poder Executivo. Aqui, claramente, a competência de julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República é do Congresso Nacional (art. 49, IX, da CF), sendo que a participação do tribunal de contas ocorre de maneira colaborativa, emitindo parecer técnico e prévio sobre as contas do Chefe do Executivo<sup>77</sup>. Por força da norma constitucional (art. 71, I), portanto, o parecer prévio emitido pelo tribunal de contas possui natureza opinativa e não vinculante, o

---

<sup>77</sup> Evidentemente, aqui se expressa, por excelência, a função de Controle Externo exercida pelo Poder Legislativo, tendo a participação auxiliar do tribunal de contas. Medauar explica que esta função está presente em instituições de controle por todo o ocidente, sendo que esse tipo de contas pode aparecer com outras denominações, tais como *conta geral do Estado* ou *contas orçamentárias*. Conforme a autora, há igualmente denominações diferentes para o papel desempenhado pela instituição de controle no papel colaborativo, como *caderno de observações*, *informe*, entre outras (MEDAUAR, 2020).

que configura sua natureza de apoio ou subsídio técnico para a deliberação posterior a ser levada a cabo pelo Poder Legislativo.

A respeito dessa atribuição opinativa, consolidou-se, no que concerne ao caso dos prefeitos, que o julgamento das contas é de competência das Câmaras Municipais, cabendo a participação dos tribunais de contas com a emissão de pareceres prévios, peça técnica que tem a finalidade de subsidiar a decisão política do Poder Legislativo. Tal entendimento não esteve imune a amplos debates e divergências, mas, hoje, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal resta assentado que, neste caso, a função típica de controle cabe ao Poder Legislativo por excelência. Nesses termos, evidencia-se, naturalmente, que a competência prevista no art. 71, inc. I, da CF/88, possui natureza diversa daquela constante no inciso II do art. 71, sendo o caso de uma verdadeira apreciação política pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais) das contas anuais apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, com o devido parecer prévio emitido pelo tribunal de contas da esfera de governo correspondente.

Como referido, essa questão ganhou repercussão na seara jurisprudencial brasileira, que só veio a ser estabilizada com decisão recente do Supremo Tribunal Federal. No que diz respeito à competência para decidir sobre as contas do Chefe do Executivo municipal, existia entendimento, inclusive aplicado pelos tribunais de contas da federação, que seria possível dividir as contas em duas categorias: contas de governo e contas de gestão. Aquelas, seriam contas relacionadas ao conjunto das ações governamentais, refletindo o próprio desempenho do governo (cumprimento de planos e programas governamentais), enquanto as contas de gestão estariam ligadas, especificamente, à ordenação de despesa, com indicação concreta sobre atos de gestão. As contas de governo espelhariam uma atuação do Prefeito como agente político, ao passo que as contas de gestão estariam relacionadas ao agir do Chefe do Executivo municipal como administrador público (ordenador de despesas).

Com essa divisão, pretendeu-se separar, também, a forma de julgamento, no seguinte sentido: a competência para julgar as contas marcadas pela natureza de “contas de governo” seria, então, da Câmara Municipal, ao passo que as contas de gestão poderiam ser, desde logo, julgadas pelos tribunais de contas, ou seja, sem a

participação do Poder Legislativo municipal<sup>78</sup>. Embora aplicado por tribunais de contas da federação, tal entendimento não prevaleceu.

O que restou consolidado foi o entendimento de que a apreciação das contas anuais do Prefeito, que se dá por intermédio da produção de parecer prévio (art. 71, inc. I, da CF/88), também possui natureza meramente opinativa, porque o julgamento definitivo, a rigor, ocorre no âmbito do Poder Legislativo Municipal, consoante disposto no art. 31, § 2º, da CF. Nesse aspecto, de fato, a Constituição é clara ao estabelecer que a função de julgar as contas do Executivo é própria do Poder Legislativo, limitando a instituição controladora, neste caso, a exercer papel opinativo<sup>79</sup>.

Ainda, na esteira de função propriamente auxiliar ao Poder Legislativo, o tribunal de contas exerce uma atividade relacionada à prestação de informações. Este, sem dúvida, é um importante papel desenvolvido pelas Cortes de contas, porque, uma vez que são detentoras de dados sobre o universo da administração pública, fatalmente são capazes de subsidiar a contento os órgãos do Parlamento para a tomada de decisões. Há, aqui, se bem entendido, uma colaboração útil e constitucionalmente prevista para o sistema de controle externo<sup>80</sup>. Além disso, conquanto possa fazer por sua própria iniciativa, os tribunais de contas realizam inspeções e auditorias por iniciativa de órgãos do Poder Legislativo, auxiliando-os, portanto, para levantamento de informações capazes de subsidiar o mister

---

<sup>78</sup> É dizer, de outra forma, que para o julgamento das contas de governo seria aplicado o art. 71 da CF: “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”, enquanto que, para o julgamento das contas de gestão, deveria ser aplicado o inciso 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” (BRASIL, 1988). Tal posicionamento não foi o que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal.

<sup>79</sup> Nesse sentido, Recursos Extraordinários (REs) 848826 e 729744, com repercussão geral reconhecida.

<sup>80</sup> “Respeitada a autonomia dos tribunais ou conselhos de contas no exercício de suas tarefas, não cabendo a ninguém e nem sequer ao Legislativo determinar como devam posicionar-se diante dos fatos sujeitos ao seu exame, ainda assim a prestação das informações por este último solicitadas constitui dever dos tribunais ou conselhos de contas. Por curioso que isso possa parecer, o aludido dever existe também em face das informações solicitadas pelas Câmaras de Vereadores, mesmo quando não se trate de Tribunal de Contas do próprio Município. Tal conclusão resulta do contido no § 1.º, do art. 31, da CFRB/88, dispositivo que afirma caber o controle externo dos Municípios às respectivas Câmaras de Vereadores, com o auxílio, porém, dos Tribunais de Contas dos Estados, do Tribunal de Contas do Município, onde houver, ou dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, órgãos de estrutura do próprio Estado, responsáveis pelo controle externo das municipalidades respectivas” (DECOMAIN, 2006, p. 121).

constitucional de controle externo do Parlamento. Essa atribuição será resgatada na segunda parte do trabalho, porque muitas das fiscalizações exercidas sobre políticas públicas ou regulação partem de pedidos advindos dos Membros do Poder Legislativo.

Há um ponto importante sobre essa questão em particular, visto que se trata de uma atribuição auxiliar, em colaboração ao Poder Legislativo, o que pode levar à interpretação de que os tribunais de contas seriam um órgão submisso ou hierarquicamente dependente do Poder Legislativo, sobretudo quando se agrega o texto do art. 71 da Constituição Federal, que diz que é o Poder Legislativo (no caso, o Congresso Nacional) que exerce a função de controle externo, o qual “[...] será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.”

Sem dúvida, a posição dos tribunais de contas no quadro institucional brasileiro será a preocupação desta primeira parte do trabalho, sendo o próximo Capítulo inteiramente dedicado a refletir sobre essa questão. Por ora, no entanto, deve-se enfatizar que não se mostra adequada uma leitura de submissão dessa instituição de controle. Dizer que ela presta, em determinados casos, auxílio ao Poder Legislativo, não quer significar, evidentemente, ausência de autonomia<sup>81</sup>. Em verdade, como será visto, o próprio texto constitucional atribui outras competências relevantes para as Cortes de contas. De qualquer modo, é fato que, embora muito discutido, ainda hoje pairam dúvidas sobre o lugar dos tribunais de contas. Exercem,

---

<sup>81</sup> No nível jurisprudencial (refiro-me aqui à decisão de Plenário do Supremo Tribunal Federal), tem sido conferido um tratamento autônomo às decisões dos tribunais de contas (tanto em nível federal como estadual), reconhecendo-se que o Poder Legislativo não pode rever decisões das cortes de contas, assim como as decisões dessa instituição não ficam atreladas à aprovação do Legislativo, em virtude do desenho constitucional estabelecido. Nesse sentido, o respectivo julgado: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional n. 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base e sua competência de julgamento de contas (§ 5.º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1.º. 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-Membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pela Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1.º, CF/88). 7. Ação julgada procedente” (BRASIL, 2014).

por certo, atribuições auxiliares ao Poder Legislativo e, desde a Constituição de 1946, estão constitucionalmente estruturados no Capítulo referente ao Poder Legislativo. No entanto, não é certo que sua existência seja de submissão. Na verdade, a história mais recente dos tribunais de contas no Brasil, com o advento da Constituição de 88, que ampliou suas atribuições, tem sido marcada por essa incerteza (ou por várias incertezas) quanto ao *status* dessa instituição. Ao mesmo tempo que o texto constitucional prevê atuação do tipo auxiliar (e isso faz sentido, até mesmo porque constitui uma atribuição histórica da instituição), ele atribui outras competências que, assumidas sob uma perspectiva de controle amplo da ação governamental, não poderia ser exercida por um órgão sem autonomia.

Na esteira de atos próprios, que não ocorrem em colaboração com o Poder Legislativo, cabe destacar a competência de julgar atos dos administradores públicos, uma importante competência que ressalta uma forma de atuação independente. Diferentemente da participação opinativa, que se dá por intermédio da elaboração de Parecer Prévio, neste caso é o próprio tribunal de contas que julga as contas dos administradores e demais responsáveis, sem a participação do Legislativo.

Assim, é certo que a atribuição constitucional consistente em *julgar* implica diferentes questões acerca da própria natureza da instituição. Afinal, embora os tribunais de contas não pertençam ao Poder Judiciário, a competência de *julgar* remete, neste particular, a uma atuação dessa natureza, em que pese se tratar da esfera administrativa: a propósito, os tribunais de contas exerceriam alguma jurisdição própria, atrelada à seara de controle?

Em que pese não existir uma definição por parte dos estudiosos deste tema, no sentido de saber se os tribunais de contas exercem jurisdição<sup>82</sup>, é oportuno registrar que a atribuição em exame consiste em uma atuação própria da Corte, a qual possui força sancionatória aos responsáveis descritos na própria Constituição,

---

<sup>82</sup> Não pretendo buscar uma resposta para essa questão, até porque não creio que seja fundamental para a compreensão do papel institucional das Cortes de contas. No entanto, apenas para ilustrar, apresento entendimento da doutrina administrativista: Assim, Ayres Brito destaca os tribunais de contas como órgãos não exercentes da função jurisdicional do Estado. Ao seu entender, “[...] fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da *lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988” (BRITO, 2014, p. 16).

inclusive com a possibilidade de imputação de débito (valores a serem ressarcidos pelos responsáveis aos cofres públicos), aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas, podendo acarretar inelegibilidade dos responsabilizados. Assim, mesmo que ainda não se tenha uma definição para essa questão, fato é que tal competência tem sido a ele atribuída desde sua instituição, havendo procedimentos próprios internos em todos os tribunais para o julgamento das contas. Com efeito, tal atribuição marca uma diferenciação entre aquelas Instituições Superiores de Controle que têm apenas o papel de subsidiar os demais poderes com informações técnicas, como exemplo os sistemas de Auditoria e Controladoria Geral<sup>83</sup>. Assim, tal competência teria o condão de sublinhar, pelo menos neste ponto, algo próprio das instituições de controle caracterizadas como Cortes ou Tribunais, nos moldes da organização do modelo francês ou napoleônico.

Além disso, outra conclusão que se observa dessa atribuição consiste em saber que a competência de *julgar* se inclui num rol mais amplo que compreende diferentes formas de ação da instituição, mas ela destaca-se pela sua forma própria, já que configura um poder de emitir decisão com sanção aos responsáveis. Veja-se que, com exceção das contas do Poder Executivo, este caráter autônomo de decisão que compete à instituição é sobre todos os demais ordenadores de despesa no âmbito da administração pública, ou de responsáveis por dinheiro público. E a força das decisões, na competência de julgar, é no sentido de aplicar penalidade pecuniária e determinar o ressarcimento ao erário por parte dos responsáveis. Portanto, se mostra como uma atribuição muito importante para a instituição. A competência que consiste em julgamento, dessarte, não significa uma atribuição apenas opinativa ou que busca auxiliar o Poder Legislativo; ao contrário disso, sobressai aqui uma competência autônoma, que independe de ato do Parlamento; a instituição atua diretamente. Com efeito, para corroborar essa observação, conforme o próprio texto constitucional (§ 3.º do art. 71), a decisão da Corte que imputa penalidade pecuniária e/ou débito, é caracterizada por ter força de título executivo extrajudicial.

De qualquer forma, entendo que não seja crucial estabelecer se as Cortes de contas exercem ou não jurisdição, mas sim tentar captar o seu papel enquanto

---

<sup>83</sup> É sempre difícil falar amplamente sobre modelos ou sistemas porque, como já visto, em verdade, cada país acaba adotando um desenho próprio.



instituição autônoma com atribuições próprias, com a qualidade de serem constitucionalmente previstas.

Há, também, duas outras funções típicas exercidas pela instituição. Trata-se do controle sobre gestão de pessoal – compreendidos como atos de admissão e inativação de agentes públicos. Com efeito, a justificativa para a sua intervenção nessa área de pessoal diz respeito a, basicamente, dois fatores: em razão do volume de recursos consumidos, e por força da grande força do aparato normativo respeitante à admissão e desligamento de agentes públicos dos quadros da administração pública (WILLEMAN, 2016).

Além de a instituição encarregada do controle externo financeiro da administração deter a função de realizar 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, quando demandada pelo Poder Legislativo (inciso IV do art. 71, da CF), fato é que as inspeções e auditorias também podem ser realizadas por sua iniciativa própria, sendo que, neste aspecto, reside um importante destaque na atuação da Corte: as auditorias e inspeções, que, em caráter geral, tratam de fiscalização técnica e concomitante aos atos, assumem uma importante oportunidade para o órgão controlador adentrar nos mais diversos temas, com investigação ativa e direta sobre os órgãos auditados.

No âmbito do controle, observa-se que o “sistema de auditoria” nasce com o advento da Constituição de 1967, oportunidade em que o paradigma do controle prévio (ou sua tentativa de implementação), que fora pensado desde a criação do Tribunal de Contas da União, no final do século XIX, deixa de existir (MEDAUAR, 2020). Foi nesse momento que surgiram os sistemas de controle interno e, no caso, o “sistema de auditoria”.

Assim, se, de um lado, há atuações das Cortes de contas que são previamente determinadas pelo Direito, como é o caso da emissão de parecer prévio das contas do Chefe do Executivo e a apreciação, para fins de registro, acerca da legalidade dos atos de admissão de pessoal e inativação (aposentadorias, reformas e pensões), ou seja, funções em que já existe uma previsão normativa de sua atuação, com procedimentos bem estabelecidos para tratar das respectivas matérias, por outro lado a função fiscalizatória exercida por intermédio de inspeções e auditorias confere aos tribunais de contas uma liberdade de atuação, podendo

escolher as áreas em que pretende estabelecer investigações mais minuciosas e verticalizadas. E, após a Constituição de 88, essa fiscalização não se dá apenas no âmbito de conferências formais, como procedimentos para averiguar questões financeiras, contábeis e patrimoniais, podendo, com as auditorias operacionais, adentrar efetivamente na análise de programas governamentais, num contato direto com as políticas públicas, a partir do viés do controle. Por ora, compreendida dentre as demais competências do órgão controlador, cabe apenas ressaltar que tal competência se inclui em um dos eixos de ação das Cortes de contas – e, nessa perspectiva, amolda-se na atuação nitidamente autônoma e independente da instituição, em que esta empreende seu papel técnico de controle externo da administração.

### 2.2.3 O novo paradigma do controle pós Constituição de 88

O controle da atividade administrativa está intrinsecamente relacionado com as bases e diretrizes do republicanismo, como já referido, e se relaciona, diretamente, com a ideia de Estado de Direito. Por certo, desde que foram ensaiadas as primeiras ações visando a controlar o poder do soberano, a noção de controle dos atos estatais exsurge como elemento fulcral, sobretudo quando se observa a evolução do constitucionalismo, que busca assujeitar a atividade do Estado aos parâmetros da constituição. É assim que se pode pensar a ideia de um Estado Constitucional em que a Constituição, como documento político, assume o papel de baliza civilizacional<sup>84</sup> (NERY JR.; ABOUD, 2019).

No caso brasileiro, está assente uma preocupação quanto à temática, sendo acentuada, evidentemente, com a Constituição de 1988 e diferentes criações normativas que se seguiram (conforme foi possível perceber no quadro evolutivo das competências atribuídas aos tribunais de contas, ou outros órgãos igualmente incumbidos do controle). Sob esse prisma, aliás, Celso Antônio Bandeira de Melo refere uma multiplicidade de controles a que a administração pública está submetida, seja o controle que ocorre internamente, seja por órgãos outros -

---

<sup>84</sup> “Portanto, a Constituição é essencial para a vida do Estado, porque sem ela não se saberia quais os órgãos supremos de um Estado, como se formam, como expressam sua vontade e que limites possuem e, por fim, como se situam os particulares nessa organização política, quais são seus direitos diante do Estado. Daí, atualmente, ser impensável um Estado sem Constituição, bem como uma Constituição sem Estado” (NERY JR.; ABOUD, 2019, p. 87).

externos e independentes, como o Ministério Público, os tribunais de contas, o Legislativo e o Judiciário (MELLO, 2015).

Sobre o controle interno especificamente, a constituição de 1988 expressamente preceituou a necessidade de um sistema de controle dessa natureza sobre a atividade administrativa de todos os Poderes. Nesse contexto, esse sistema de controle interno, que deve funcionar de forma integrada, tem o papel relevante de apoiar o controle externo. Portanto, é possível compreender a preocupação do Constituinte em desenhar uma estrutura ampla de controladoria da atividade da administração pública. Nesse ponto, importa lembrar que a implementação dessa rede que compreende o controle interno surgiu em decorrência da mudança de paradigma que ocorreu com a Constituição de 1967, a qual acabou por extinguir o controle prévio como uma competência dos tribunais de contas e passou a prever o controle posterior, sendo adotado, em contrapartida, entre outros mecanismos, as controladorias internas<sup>85</sup>.

Embora o tema controle possa ser entendido sob uma perspectiva ampla, é possível definir, para os termos do controle externo objeto desta Tese, a perspectiva em que este controle se dá na seara financeira-administrativa, em que, diante dos critérios atribuídos pelo texto constitucional (art. 70), compreende o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. É sob esse prisma que o controle externo, no desenho constitucional de 88, é atribuído ao Congresso Nacional e que será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

Necessário atentar para o fato que as atribuições do TCU conferidas pela Constituição - órgão que desempenha o papel de espelhar as competências dos demais tribunais de contas da federação brasileira -, são bastante amplas, a demonstrar, pois, uma tendência de consolidação das Cortes de contas no desenho

---

<sup>85</sup> Na mesma ordem, o conhecido Decreto-lei 200 entre os administrativistas, de 1967, que trata da organização da administração, teve a preocupação de disciplinar, ao longo de seu texto, o controle administrativo. Veja-se, nesse sentido, Capítulo próprio que trata do controle, com os seguintes textos legais: “Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.” “Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco” (BRASIL, 1967).

institucional do Estado de Direito brasileiro<sup>86</sup>. Afora isso, há que ser considerado que o conceito de gasto público (o qual notadamente atrai a atuação do controle) deve ser interpretado no contexto em que ocorre<sup>87</sup>, ou seja, diante da nova ordem que se instaura com a Constituição de 88 e, diante das novas atribuições que são alcançadas a essa instituição, naturalmente suas competências são ampliadas quanto ao objeto de controle.

Atualmente, o TCU conta com uma série de instrumentos de fiscalização, tais como: “levantamento”<sup>88</sup>, “auditorias”<sup>89</sup>, “inspeções”<sup>90</sup>, “acompanhamentos”<sup>91</sup> e “monitoramentos”<sup>92</sup>, que proporcionam uma gama ampla de formas de fiscalização sobre os órgãos auditados. A área de auditoria propriamente dita é um campo

---

<sup>86</sup> Outra vez, é possível atribuir esse diagnóstico às capacidades acumuladas no decorrer da história da instituição, com um quadro especializado, sendo cada vez mais protagonista no controle da coisa pública. Nesse sentido, após o advento da Constituição de 88 e a consequente reforma administrativa, em especial com o novo desenho intencionado na década de 90 com a incorporação das agências reguladoras, é possível vislumbrar a ação do TCU como controlador desse novo fenômeno, inclusive com o papel de traçar parâmetros para o novo Estado regulador. Nesse sentido, conferir (BRUNET, 2019).

<sup>87</sup> No ponto, cabe anotar que: “Essa premissa nos parece um dos pontos centrais para entender o papel do Tribunal de Contas da União no contexto atual, na medida em que o exercício da função que lhe foi atribuída, ainda que tenha as suas principais características definidas pelo texto constitucional, não é estanque, haja vista que a própria interpretação constitucional é mutável. Isso quer dizer que o controle somente será efetivo se acompanhar as mudanças de seu objeto, e não há dúvidas de que o Estado pós Constituição Federal de 1988 é outro. Conquanto a função primordial do Tribunal de Contas da União – controle orçamentário e fiscal – tenha se mantido majoritariamente a mesma desde sua origem, o próprio conceito de gasto público se modificou, de forma que os deveres prestacionais dos órgãos e entidades públicas passam a ser mais exigíveis do que em outros cenários, assim como os parâmetros de atendimento dessas prestações são outros” (LEONI, 2021, p. 10).

<sup>88</sup> *Levantamento* é um instrumento de fiscalização que o TCU utiliza para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração, bem como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, assim como também serve avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações – conforme art. 238 do Regimento Interno do TCU.

<sup>89</sup> *Auditoria* é outro instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, bem como avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, e dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Utilizada também para subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro – de acordo com art. 239 do Regimento Interno do TCU.

<sup>90</sup> A *Inspeção*, por sua vez, consiste num instrumento de fiscalização para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição – consoante art. 240 do Regimento Interno do TCU.

<sup>91</sup> O *Acompanhamento* serve para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, assim como avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados – de acordo com art. 241 do Regimento Interno do TCU.

<sup>92</sup> Utiliza-se o *Monitoramento* para verificar o cumprimento de suas deliberações e os seus resultados - conforme art. 243 do Regimento Interno do TCU.

próprio de preocupação da Corte, sendo também objeto de contínuos estudos pelas instituições de controle, com normativas que são estabelecidas em nível internacional e absorvidas pelas instituições legitimadas no nível nacional<sup>93</sup>.

Com o advento da Constituição de 1988, as auditorias operacionais, em especial, ganharam destaque pela instituição. Elas estão diretamente relacionadas ao contato da instituição com a ação governamental em seu sentido finalístico: é principalmente por intermédio delas que a instituição faz análises sobre políticas públicas e regulação.

Por outro lado, é interessante também notar a existência de instrumentos que permitem instituições externas, e mesmo a sociedade em geral, noticiar irregularidades ocorridas no âmbito da administração pública. Além das Ouvidorias, que recebem demandas da sociedade e as transformam em matérias a ser fiscalizadas pelos setores competentes da instituição, o Regimento Interno do TCU dispõe da “Denúncia”<sup>94</sup> e da “Representação”<sup>95</sup>, formas de comunicar irregularidades à Corte, e são tratadas, quando admitidas, como processos que seguem trâmite próprio e são submetidas, ao final, a julgamento pelos Membros daquele tribunal.

Em verdade, a Constituição de 88 preservou muito da tradição que configurou a estrutura dos tribunais de contas, mantendo competências típicas de julgar contas e realizar fiscalizações de conformidade sobre os recursos públicos. Mas, paralelo a isso, a Constituição igualmente inovou ao estabelecer mecanismos de fiscalização, tal qual as auditorias operacionais, as quais permitem uma fiscalização qualitativa do desempenho da administração, assim como promoveu inovação nos critérios de fiscalização, ao estabelecer a legitimidade e a economicidade como parâmetros constitucionais a serem considerados nas auditorias realizadas. Somados – auditorias operacionais e parâmetros de legitimidade e economicidade – configuram um novo paradigma de controle pós 88, e têm impacto diretamente na abordagem do controle sobre a atividade-fim da administração.

É bem verdade que tais inovações não puderam ser implementadas de imediato nem mesmo pelo Tribunal de Contas da União após outubro de 88,

---

<sup>93</sup> Além disso, “Auditoria Governamental” é um tema que faz parte da grade curricular das faculdades de Contabilidade (Contabilidade Pública).

<sup>94</sup> “Art. 234. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

<sup>95</sup> Também serve para apresentar irregularidades ao Tribunal de Contas da União pelas autoridades elencadas no artigo 237 do RITCU.

porquanto faltava-lhe capacidade institucional para tanto<sup>96</sup>. Como consequência lógica, isso é ainda mais destacado para os demais tribunais de contas da federação, que acabam tendo capacidades mais limitadas que o congênere federal. Contudo, no decorrer dos anos seguintes o TCU buscou criar uma gama de ações para capacitar a instituição no sentido de dar uma resposta para esse novo tipo de competência. Portanto, fator que se mostra central nesse debate e que deve ser refletido a partir das premissas até aqui referidas, diz respeito ao manejo das formas pelas quais os tribunais de contas podem se valer para realizar o controle da gestão pública – da atividade-fim da administração pública. Vê-se, aqui, um tema que gera diferentes abordagens, dada a amplitude dos referidos conceitos e, inclusive, a possibilidade de abertura para aproximação de abordagens propriamente econômicas, cabendo o debate, portanto, com base no paradigma da *Autonomia do Direito*, tendo como objeto a atuação das Cortes de contas.

A partir de então, busca-se desenvolver uma forma de ler esses conceitos com base numa normatividade constitucional e, nesse sentido, definir parâmetros jurídicos para o enfrentamento da matéria. Sem dúvida, neste ponto se mostra providencial a defesa de uma leitura normativa dos conceitos referidos, sob pena de abrir um campo a decisionismos com base em análises puramente econômicas, o que não deve ser referendado, sob pena de inconstitucionalidade no agir do controle.

Ainda, sobre esse mesmo fenômeno, cabe o enfrentamento sobre a força das decisões tomadas pelas Cortes de contas a partir desses parâmetros. Isso porque existe entendimento no sentido de que, sob esse viés, as decisões emanadas dos tribunais de contas não teriam força sancionatória, porquanto, quando ocorre a fiscalização apenas de critérios de legitimidade e economicidade, em atos que não forem contrários ao Direito, estes não seriam capazes de impor determinações aos

---

<sup>96</sup> Segundo Speck (2000, p. 78), “Esses recentes critérios abriram novos caminhos para o Tribunal, e suscitaram um amplo debate sobre a sua implementação. Ficou transparente que a Constituição, nesse sentido, tinha um caráter programático, ultrapassando as capacidades atuais da instituição e mostrando os rumos para o futuro. Para a avaliação da economicidade de determinados programas, seria necessário um controle que ultrapassasse os procedimentos de registrar determinados atos, ou de verificar a prestação de contas, na base de documentações fornecidas pela administração. Somente investigações e auditorias próprias do órgão de controle – que levantassem não somente a contabilidade e a adequação orçamentária, mas aspectos da implementação administrativa, alternativas para determinados programas e resultados alcançados – poderiam fundamentar uma avaliação desse tipo. Em relação a essas investigações, o Tribunal de Contas, naquele momento da promulgação da Constituição de 1988, não dispunha nem de recursos disponíveis nem de qualificação para a sua realização.”

órgãos auditados (comandos com obrigatoriedade - cogência), podendo apenas trabalhar num nível de recomendação/opinião.

Creio, contudo, que compreender os critérios constitucionais da legitimidade e economicidade do ato, por intermédio de uma leitura normativa constitucional, permite afastar decisionismos embasados em fundamentos tipicamente consequencialistas, ao mesmo tempo que, com base em decisões que busquem respostas adequadamente constitucionais, e devidamente fundamentadas, também possam legitimar os tribunais de contas a construir decisões com maior peso e compromisso para os entes auditados.

Não se quer aqui afastar o papel consensual e colaborativo a ser exercido pela Corte, sobretudo em auditorias operacionais, âmbito em que são largamente utilizados os critérios da legitimidade e economicidade (aliás, esse aspecto merece, mesmo, ser incentivado). Evidentemente, a participação dos tribunais de contas com recomendações aos órgãos auditados tem sido uma via adequada na perspectiva do controle. Mas isso é diferente de se excluir, *a priori*, qualquer força vinculante de suas decisões quando foram concebidas com base nos critérios da legitimidade e economicidade, ou seja, quando o controle se dá de uma forma mais qualitativa, por meio da auditoria operacional, sobretudo. Por isso, reputa-se necessária a leitura desses conceitos sob a perspectiva da normatividade constitucional.

Isso não deve ser percebido apenas sob perspectiva da sanção, mas sim com base na força das conclusões apresentadas pelo órgão controlador, as quais, dentro do campo de sua competência, e se forem técnica e juridicamente fundamentadas, ganham uma presunção que, para serem afastadas, necessitam de uma contradição embasada em critérios técnicos no mesmo sentido. Acredito que, muito mais que uma discussão acerca da possibilidade de sanção, os posicionamentos do controle, afiançados em critérios como legitimidade e economicidade, são muito melhor entendidos a partir da sua capacidade de demonstrar a constitucionalidade do ato controlado, na perspectiva de fundamentação de uma resposta constitucionalmente adequada. Esse é o seu papel fundamental.

Não se pode deixar de registrar que, nesse contexto, desenvolveu-se, também, apoio e críticas à atuação do tribunal. Em verdade, pode-se dizer que as duas últimas décadas têm sido marcadas por disputas sobre o papel do tribunal de contas, cujo debate estabelecido está nitidamente marcado por essa expansão de sua atuação. Para alguns, em muitos casos a ampliação da ação de controle estaria

indo além dos parâmetros constitucionais. Em muitas partes desta Tese pontuo manifestações críticas e contrárias ao papel desempenhado pelas Cortes de contas, sobretudo em relação à atuação do TCU. Por exemplo, mais adiante, destacarei o amplo ataque que a literatura que trabalha com o tema *controle e regulação* desfere contra a ação do TCU. Inclusive, destaco que as críticas tecidas nesse tema da atividade-fim da regulação são muito importantes para refletir sobre o tema aqui tratado e permitem dialogar a partir de uma série de pontos que essa literatura tem colocado à mesa em relação ao tema.

Veja-se, numa concepção mais ampla sobre o papel do controle, o trabalho de Rodrigo Valgas dos Santos, com o livro *Direito Administrativo do Medo*, que trabalha a partir do ponto de um *controle disfuncional* e o impacto que isso tem para o desempenho do administrador. Conquanto não trate apenas dos tribunais de contas, mas também do controle exercido na seara da improbidade administrativa e da justiça eleitoral, o autor apresenta argumentos interessantes acerca da importância desse tema para todo o Direito Administrativo. A temática desenvolvida pelo autor não está centrada no mesmo objetivo desenvolvido nesta tese (sua preocupação está mais ligada à responsabilização do agente público e os reflexos disso para a “fuga da responsabilização” em razão da disfuncionalidade do controle). Embora não tenha pertinência direta com o tema da tese, as considerações são relevantes para ilustrar as reflexões sobre a atuação dos controles na nova ordem que configura o Direito Administrativo. Detidamente sobre as considerações mais gerais do controle exercido pelos tribunais de contas, o autor destaca, como positivo, a capacidade institucional para o enfrentamento de temas como licitação, regime de pessoal, entre outros, além de destacar um importante aspecto que diz respeito a serem uma das instituições mais deferentes em relação à administração pública. Contudo, o autor registra que o cenário deferencial nem sempre ocorre e que haveria uma crescente interferência da instituição em relação à administração pública<sup>97</sup>. Portanto, há diferentes atribuições hoje colocadas no âmbito dos tribunais de contas, e diversas formas de olhares em relação à sua atuação. Todas elas devem ser levadas em consideração numa abordagem sobre o controle da atividade

---

<sup>97</sup> Nessa perspectiva: “Mas esse cenário mais deferencial do controle exercido pelos tribunais de contas nem sempre acontece. Nos últimos anos assistimos a uma crescente interferência dos tribunais de contas no exercício de função administrativa, especialmente com seu poder geral de cautela, o que passa a gerar considerável risco e medo no gestor público, de modo que doravante iremos elencar quais aspectos que parecem mais relevantes como produtores de insegurança jurídica, disfunções, e, conseqüentemente, medo” (SANTOS, 2021, p. 200).



administrativa. Tais considerações comprovam que com a Constituição de 88 o paradigma do controle sofreu grande modificação. Hoje a concepção de controle se desenvolveu para muito além da conformidade, e a busca pelo entendimento da sua possibilidade e suas balizas é um dos grandes temas que pontuam o debate sobre o direito público.

Assim, a partir da próxima seção procurarei estabelecer alguns parâmetros teóricos para tentar melhor entender o que são, afinal, os tribunais de contas.

### **3 COMPREENDO OS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DOS CONTRIBUTOS DO *ADMINISTRATIVE STATE***

Para um melhor entendimento da natureza e do próprio papel dos tribunais de contas no arranjo institucional brasileiro, entendo que se mostra adequado o manejo dos contributos do fenômeno conhecido como *administrative state* americano, porquanto essa discussão que é enfrentada nos Estados Unidos mostra-se capaz de apontar para questões essencialmente desafiadoras quanto ao próprio papel do Estado e às tensões próprias ao antigo e permanente tema da separação de poderes, tudo isso dentro de uma discussão mais ampla, que envolve a própria ideia de democracia. Dessa feita, o objetivo proposto é aproximar a racionalidade subjacente às discussões sobre a existência do *administrative state* ao exercício de entender a natureza dos tribunais de contas.

Na seção anterior busquei traçar as principais formas pelas quais os tribunais de contas são estruturados em diferentes países. Demonstrei, em resumo, que há dois grandes sistemas principais que representam a formatação desses órgãos de controle. Ademais, apresentei quais as principais características que as Cortes de contas brasileiras assumem a partir da normatividade própria do ordenamento jurídico brasileiro, tendo a Constituição um papel relevante no traçado da organização e competência próprias dos tribunais de contas.

Agora, nesta presente seção, pretendo expor os debates acerca do *administrative state* americano, tendo como objetivo extrair elementos capazes de auxiliar o entendimento acerca da legitimidade e limite de atuação das Cortes de contas no Direito brasileiro.

#### **3.1 Estado Administrativo e a complexidade da sociedade contemporânea**

No que se refere ao Estado Administrativo e, no caso, uma aproximação das noções do *administrative state* para se entender o *locus* dos tribunais de contas no contexto pátrio, por óbvio, não se trata de querer comparar dois sistemas que são muito distintos. Não é esse o propósito, pois. Aliás, é sabido que a formação

histórica das agências nos Estados Unidos é evidentemente diversa do que ocorreu na Europa Continental e na América Latina<sup>98</sup>.

Na verdade, o que proponho é uma compreensão de como podemos pensar a atuação das Cortes de contas a partir de elementos que podem ser encontrados nos debates sobre as agências reguladoras americanas, e que podem ofertar subsídios para analisarmos o seu papel na estrutura institucional brasileira. Este é o ponto. Como será visto adiante, há significativas aproximações que podem ser estabelecidas entre essas instituições, não obstante suas diferenças próprias e inequívocas. Entendo que essa aproximação - feitas as ressalvas que forem necessárias -, mostra-se capaz de enriquecer o debate sobre o papel das Cortes de contas, sobretudo em questões como o controle da atividade finalística da administração pública, tema principal dessa tese.

Desse modo, o que buscarei realizar é uma aproximação dos aportes desse instituto com a intenção de possibilitar uma apropriação do quanto possa ser adequado para os propósitos deste trabalho e, nesse sentido, fazer a discussão dentro dos contornos da própria ideia de jurisdição constitucional<sup>99</sup>.

O *administrative state*, ou Estado Administrativo, conforma uma maneira própria da atividade administrativa por intermédio de agências, que teve início já no século XIX nos Estados Unidos, como é amplamente propalado pela doutrina. Pode-se dizer que o desenvolvimento do *administrative state*, nesses termos, ocorreu por intermédio de um processo em que as agências reguladoras passaram a agregar

---

<sup>98</sup> Como informa Oliveira (2009, p. 160): “A formação histórica das agências nos EUA difere daquelas da Europa Continental e da América Latina. Enquanto nos E.U.A., a adoção do modelo de agências reguladoras independentes foi justificada pelo crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, na Europa Continental e na América Latina as agências foram criadas para a regulação das atividades desestatizadas.”

<sup>99</sup> Lembro aqui a conhecida e emblemática disputa entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a legitimidade para a guarda da Constituição. Isso porque, em última análise, está-se a falar de quem detém o poder último para as questões atinentes a assuntos sensíveis do Estado. O debate até hoje oferece motivos para observações sobre o tema. Gilmar Ferreira Mendes, em texto de apresentação ao livro *O Guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*, de Schmitt (2007), sublinha a importância desse sempre vívido debate: “A controvérsia sobre a jurisdição constitucional, ápice de uma disputa entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX, mostra-se relevante ainda hoje. O debate sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos na vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e, inequivocamente, as reflexões de Kelsen) a propósito do tema.” Além disso, o autor destaca a importância e as imbricações com temas outros de relevante estatura: “Como se sabe, tais controvérsias manifestam-se sob formas diversas, referindo-se aos limites da jurisdição constitucional, à jurisdição constitucional e democracia, à jurisdição constitucional e política, à jurisdição constitucional e divisão de poderes, para ficarmos em alguns exemplos que têm ocupado a moderna teoria constitucional” (MENDES, 2007, p. xv). Conferir também Vermeule (2009).

competências próprias para interferir em questões estatais, muitas vezes exercendo atividades legislativas e de decisão (atividades judicantes), podendo ser concebidas como um poder independente – o *regulatory branch* (ACKERMAN, 2000)<sup>100</sup>. Seguramente, tal fato não ocorreu à revelia de críticas. Ao contrário disso, esse fenômeno é capaz de atrair até os dias de hoje uma gama de questionamentos, seja em razão de suposta violação à doutrina da separação de poderes, seja em relação à própria omissão constitucional quanto ao tema nesse sentido – no particular, omissão da Constituição Americana.

Mais adiante buscarei demonstrar as principais características dessas críticas direcionadas ao *administrative state*, e como alguns autores lidam com elas. Autores como Adrian Vermeule e Cass Sustein, por exemplo, têm desenvolvido uma série de raciocínios sobre a legitimidade do Estado Administrativo. Estes autores aproximam a ideia de Lon Fuller sobre a moralidade interna do Direito com o Direito Administrativo. No seu entender, uma abordagem fulleriana, em verdade, seria capaz de colocar as críticas apontadas contra o *administrative state* em sua melhor luz (SUNSTEIN; VERMEULE, 2018)<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> “Chegou o momento de transcender a perspectiva patológica e enfrentar os maiores desafios constitucionais criados pelas ambições reguladoras expansivas do Estado moderno. Presumo que há muito superamos o entendimento da regulamentação burocrática baseado na teoria da “correia de transmissão” da legitimidade democrática, segundo a qual os “especialistas” burocráticos se limitam a especificar normas legislativas encontradas nas leis. Reguladores criam leis, e nós não queremos que seja de outra forma. Considere, por exemplo, os problemas regulamentares colocados pela proteção ambiental. Embora a legislação democrática possa fornecer princípios orientadores, os parlamentos não têm tempo nem perícia para filtrar os dados científicos em mudança em busca de soluções regulamentares responsáveis. De fato, em situações em que os parlamentos tentaram tomar decisões ambientais específicas, os resultados foram, por vezes, flagrantemente contraproducentes. Precisamos de uma estrutura constitucional que aceite a necessidade de a iniciativa regulamentadora vigente criar legislação burocrática suplementar, mas que questione conscientemente os graves problemas de legitimação envolvidos” (ACKERMAN, 2017, p. 693). “It is time to transcend the pathological perspective and to confront the larger constitutional challenges raised by the expansive regulatory ambitions of the modern state. We have, I take it, long ago moved beyond an understanding of bureaucratic regulation based on the “transmission belt” theory of democratic legitimacy, under which bureaucratic “experts” merely specify legislative norms found in the statute. Regulators make law, and we would not want it any other way. Consider, for example, the regulatory problems posed by environmental protection. Although democratic legislation can provide guiding principles, parliaments have neither the time nor the expertise to sift the changing scientific data in search of responsible regulatory solutions. Indeed, when parliaments have tried to make specific environmental decisions, the results have sometimes been egregiously counterproductive. What is required is a constitutional design that accepts the need for supplementary bureaucratic lawmaking in the ongoing regulatory enterprise but that self-consciously confronts the serious legitimation problems involved” (ACKERMAN, 2017, p. 693).

<sup>101</sup> Esse tema também é tratado pelos autores na recente obra *Law and Leviathan* (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020).

A questão é que o *administrative state* tem se mostrado como um fato inconteste que é capaz de afetar diretamente a vida das pessoas, não obstante todos os questionamentos e críticas existentes advindos de um núcleo intelectual que busca esgrimir contra seus fundamentos. Com efeito, bem compreendido, o *administrative state* apresenta-se como uma realidade que atravessa a história americana e tem efeitos diretos nos mais diferentes âmbitos e desenhos institucionais, ao tempo que sublinha o papel da burocracia independente na condução de temas caros à sociedade. A sua compreensão, nesse sentido, pode contribuir para refletirmos sobre essa lógica de atuação quando nos deparamos com instituições como o tribunal de contas, no caso brasileiro especificamente, que possui como característica uma atuação técnica e especializada, e que acaba por desempenhar atividades próprias que podem impactar outras funções estatais, tendo, ao final, reflexos sociais.

Há que se ter em conta, assim, que o *administrative state* não pode ser confundido com a burocracia clássica e tradicional que compõe o Poder Executivo. A acepção assumida pelo Estado Administrativo americano, na verdade, traduz-se numa forma de autonomia, constituída por um conjunto de regras e estruturas próprias, tendentes a regular determinada área de atuação ou específicos setores ou nichos de competências (VILE, 1998).

O entendimento da natureza e estrutura do *administrative state*, na realidade, propicia uma compreensão de maior complexidade e completude acerca das funções estatais na quadra atual, uma vez que não se mostra mais adequada uma visão tradicional que classifica as funções estatais apenas em três ramos (*branch*) como legislativo, executivo e judiciário. Sob esse aspecto em particular, aliás, é possível entendermos que aquela função classicamente atribuída ao Poder Executivo pode ser compreendida de acordo com as características próprias em que são *efetivamente* desenvolvidas suas atribuições. É dizer, em outras palavras, que aquilo que se identifica tradicionalmente como Poder Executivo pode ser estruturado a partir de funções distintas. Em verdade, pode-se claramente observar uma função com atributos próprios de uma liderança política, o que pode ser identificado como um ramo político (*policy branch*), e outra estrutura - de envergadura técnica, administrativa, burocrática -, que seria um ramo pertinente à estrutura típica da máquina administrativa, ou seja, da própria burocracia. Nesses termos, Vile faz um claro diagnóstico no sentido de que podemos compreender quatro diferentes

funções no Estado democrático: “the legislature, the government, the administrative machine, and the judiciary”. O autor considera inadequado o termo “executive”, nessa concepção, e vislumbra como mais apropriado o entendimento em dois tipos de funções: o “government”, que pode ainda ser melhor entendido como “policy branch”, e a ideia de um ramo com autonomia na execução das políticas pela “administrative machine”, classificação essa que representaria com maior rigor a realidade das instituições. Nas palavras do Cientista Político:

O termo ‘executivo’ há muito perdeu a sua conotação original, pois os líderes políticos à frente do aparelho estatal, seja a presidência ou o gabinete no sistema parlamentar, tornaram-se profundamente envolvidos na formulação e iniciativa de políticas e da legislação, assim como na sua implementação.

Atualmente o rótulo ‘executivo’ é ainda menos apropriado, porque é a máquina administrativa, influenciada mas não controlada pela liderança política, que implementa a legislação.

Seria menos confuso se conseguíssemos abandonar completamente o termo ‘executivo’, uma solução relativamente fácil na Grã-Bretanha, onde o termo ‘governo’ é normalmente usado, mas uma solução muito difícil nos Estados Unidos, onde o ‘Poder Executivo’ tem sede na Constituição.

Para fins analíticos, contudo, seria mais adequado evitar a utilização do termo ‘executivo’, e vamos tentar fazê-lo. Da mesma forma, o termo ‘governo’ é ambíguo, e por isso concebemos a liderança política como o ‘poder político’ (VILE, 1998, p. 400)<sup>102</sup>.

Essa forma de vislumbrar as funções estatais significa, em última instância, a possibilidade de uma melhor clareza sobre o papel das instituições contemporaneamente, e permite compreender que há duas funções bem distintas dentro do ramo que classicamente é atribuído como sendo do Poder Executivo<sup>103</sup>. É

<sup>102</sup> The term "executive" long ago lost its original connotation, because the political leaders at the head of the state machinery, whether the presidency or a cabinet in a parliamentary system, became deeply involved in the formulation and the initiation of policy and legislation as well as their implementation. Now the label "executive" is even less appropriate, because it is the administrative machine, influenced but not controlled by the political leadership, which carries the laws into effect. I would be less confusing if we were able to drop the term "executive" altogether, a solution relatively easy in Britain, where the term "government" is normally used, but a very difficult solution in the United States, where the "Executive Power" is embedded in the Constitution. For analytical purposes, however, it would be more satisfactory to avoid using the term "executive", and we will attempt to do so. Equally the term "government" is ambiguous, and we will therefore designed the political leadership as the "policy branch" (VILE, 1998, p. 400).

<sup>103</sup> Essa compreensão é bastante discutida na teoria política norte-americana, como ficará claro neste trabalho. Sobre um olhar da ciência política, para fins de tecer um panorama sobre o assunto, Menezes (2012, p. 111) ressalta que: “A relação entre os políticos eleitos e a burocracia especializada a quem os primeiros delegam poderes para a implementação de políticas públicas é um tema em aberto na teoria política. A longa tradição do sistema político estadunidense de delegar autoridade às agências reguladoras resultou em um amplo debate acadêmico nesse país, com a produção de uma vasta literatura sobre a relação entre os políticos eleitos e a burocracia. A literatura americana argumenta na direção de que, em democracias modernas representativas, a delegação de poderes é inevitável (Kiewiet & McCubbins, 1991; Przeworski, 2003). Os eleitores,

nessa estrutura própria do âmbito técnico que tenho particular interesse para os propósitos dessa tese<sup>104</sup>.

Conquanto o *administrative state* tenha iniciado ainda no século XIX, é possível observar, de forma bastante clara, a acentuada criação de agências durante o período do *New Deal*<sup>105</sup>, o que representa uma considerável modificação no próprio tamanho e magnitude do Estado americano, que buscava dar conta das emergências típicas do período, em razão dos acontecimentos que levaram à crise que teve repercussão global (HOBBSAWM, 1995). Esse fenômeno, conhecido como Estado regulador, que está diretamente ligado às demandas sociais, terá impacto também a partir da década de 60 (SUNSTEIN, 1989) - marcada pela revolução dos direitos, tais como direitos do consumidor e meio ambiente -, período no qual serão tecidas muitas das doutrinas respeitantes ao moderno *administrative state*, com influentes decisões do Poder Judiciário sobre o assunto. Enfim, um período de profundas e profusas mudanças em todo o mundo que se seguiu ao final da

---

por meio das eleições, delegam autoridade aos seus representantes. No caso de regimes presidencialistas, a representação ocorre por meio de dois poderes independentes: o poder Legislativo e o Poder Executivo. A rede de delegação continua: o presidente delega poderes aos seus ministros e à burocracia e, ao mesmo tempo, o Congresso incumbe, internamente, funções às suas comissões especializadas e aos líderes partidários e, externamente, à burocracia. Nesse contexto de delegação do sistema político, a execução da política pública é realizada por meio da ação coletiva dentro de cada poder e entre eles (Kiewiet & Mccubbins, 1991). O Congresso precisa organizar-se para o aperfeiçoamento da legislação e supervisionar a burocracia, a quem ele delega poderes. Para implementar sua política de governo, o poder Executivo deve coordenar seus ministros junto à burocracia, que também é subordinada aos membros do Congresso Nacional. Por fim, ambos, poder Executivo e Congresso, devem considerar o Poder Judiciário em suas ações, quando este possui poder revisor, cujo objetivo normativo é prevenir abusos de poder público, praticados pelos políticos eleitos ou pela burocracia”.

<sup>104</sup> Como exemplo, no contexto da América Latina, cita-se o entendimento de alguns autores que entendem ser essa diferenciação fundamental para garantir a autonomia da administração pública frente às investidas de diferentes governos. Nesse sentido, tal ideia surge no contexto da construção da nova constituição chilena, em que se possa institucionalizar essa forma de autonomia. No sentido de evitar abalos institucionais provados por líderes políticos, Carrasco e Olivares (2022), em artigo publicado na Folha de São Paulo, sustentam que a administração pública deveria ganhar uma certa blindagem. Sob esse aspecto, os autores referem que: “Um dos pilares que a administração precisa é ter autonomia suficiente para cumprir adequadamente seu mandato legal e os valores promovidos pela administração pública, salvaguardando seu trabalho de líderes políticos que desejam instrumentalizá-lo.” Em conclusão, aduzem que: “Assim, uma nova Constituição deve incorporar princípios orientadores que garantam que a administração pública tenha a autonomia, a flexibilidade e a capacidade necessárias para resolver adequadamente os problemas públicos, independentemente do governante em exercício” (CARRASCO; OLIVARES, 2022). Esse exemplo demonstra como é atual a discussão sobre a diferenciação entre dois ramos diferentes – um político e outro técnico – na configuração do Poder Executivo, nos moldes do *administrative state* forjado na América do Norte.

<sup>105</sup> Sunstein (1989) relata que no período compreendido entre 1930 e 1940 houve a criação de 17 agências, o que não tinha ocorrido em todo o período entre a criação da Constituição americana e o final do século XIX.

Segunda Grande Guerra e que tem repercussões fortemente acentuadas nas instituições.

De fato, é possível notar que o Estado Administrativo nasce com o propósito de dar conta das necessidades de um período histórico regido por transformações importantes da sociedade e, ultimamente, acabou se tornando um instrumento para tentar responder às demandas incessantes de uma então sociedade marcada por processos tecnológicos, comunicativos e sociais jamais experimentados. Nesse sentido, a preocupação centra-se em saber como fazer para o Direito conseguir acompanhar essas transformações. Afinal, mesmo que na atualidade exista uma profunda transformação capaz de envolver o papel do Estado, é preciso raciocinar dentro da esfera de um grau de autonomia do Direito. De outra margem, é preciso ter em consideração que essa autonomia precisa ser afirmada em meio a esse processo de mudanças.

Imperioso considerar, sob essa perspectiva, que muitas das razões que são subjacentes ao processo de criação e de desenvolvimento do *administrative state* não são restritas ao caso americano, podendo ser utilizadas como premissas para se pensar a complexidade própria que atravessa as relações sociais atuais, o que acaba tendo impacto indubitável nas relações desempenhadas pelo Estado.

Essa forma de compreensão certamente abre uma nova possibilidade em se diagnosticar o papel das instituições na solução de conflitos, que são frutos das inarredáveis controvérsias que se manifestam diuturnamente nas mais diversas áreas. A questão é que, atualmente, ninguém está imune às transformações que se estabelecem nas mais variadas dimensões do social, tendo-se experimentado uma gama de deslocamentos de arranjos consagrados e mudanças que desafiam os próprios Estados-Nacionais.

Com efeito, desde os desdobramentos que culminaram no estabelecimento do Estado Moderno, e com isso o reconhecimento de uma soberania própria para fins de organização estatal, as discussões sobre o papel e os limites desse novo Ente são incessantes. Deveras, sobretudo quando pensamos na relação entre Estado e Sociedade ou, numa perspectiva ainda mais marcante, entre Estado e indivíduos/cidadãos, os questionamentos acerca da legitimidade e finalidade das ações estatais são incontestes. Isso tem sido, em verdade, o que animou e anima teorias que buscam compreender esse fenômeno central em nossas vidas. Constituição, políticas públicas, eleições, partidos políticos, direitos fundamentais,



enfim, há um sem-número de questões que perpassam a relação que estabelecemos com o Estado. Nas precisas palavras de Stolleis (2018, p. 31) “[...] O Estado é o substrato real não apenas dos meios orçamentários, das disposições legais, do serviço público, dos prédios e demais coisas públicas; também o é do pensamento e da ação de todos nós”. Significa dizer, pois, que passamos a ter de viver não apenas com todos os benefícios advindos dessa aposta na construção desse Ente, mas também com todos os problemas que inexoravelmente exsurtem dessa aposta.

Se, de um lado, foi possível observar uma ruptura paradigmática entre o Estado Liberal com o surgimento do Estado social, é preciso ter presente que o estágio atual demanda outra forma (modelo) de Estado para fazer frente aos novos desafios ora demandados. Com efeito, já com o surgimento do Estado social foi possível observar uma ampliação das suas atribuições, sendo reveladas, indubitavelmente, pelo protagonismo de um Executivo forte incumbido de realizar as mais diversas tarefas, a fim de dar conta das novas reivindicações advindas de uma sociedade que surgiu no contexto de insurgências oriundas dos mais diversos matizes.

No âmbito do Direito em particular, são muitas as consequências advindas na esteira desse fenômeno. Porquanto emblemático, tivemos uma verdadeira reviravolta quanto às próprias fontes do Direito, com uma mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição e, na prática, o controle jurisdicional de legalidade (estricto) é substituído pelo controle de constitucionalidade, sendo que isso ocorre num caldo de cultura cercado pela própria erosão do princípio da legalidade e o surgimento de múltiplas formas de intervenção normativa do Estado (PÉREZ LUÑO, 2011)<sup>106</sup>.

Em verdade, o Estado social atua prioritariamente por intermédio da ação administrativa, tendo no Executivo uma força preponderante; afinal, espera-se do

---

<sup>106</sup> Ademais, sob essa perspectiva de transição entre essas duas formas de atuação estatal, Pérez Luño explica que: “Esta situación experimenta un notable cambio con el tránsito desde el Estado Liberal al Estado Social de Derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos em diferentes sectores de la sociedade civil. Pero la satisfacción de esa <procura existencial> (Daseinvorsorge), a través de las conseguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* há tenido su coste en terminos de erosión de l principio de legalidade. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las vezes, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (Rechtsgesetze) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por las, ya mencionadas, leyes medida (Massnahmegesetze” (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 78-79).

Estado uma intervenção<sup>107</sup>. Nesse contexto, identifica-se que simultaneamente à manutenção das conquistas advindas com as revoluções que fizeram acontecer o Estado Liberal, o Estado social almeja ampliar os direitos individuais e passa a intervir diretamente para concretizar novos direitos surgidos, agora de cunho social (numa acepção clássica da doutrina dos direitos fundamentais, tem-se uma configuração de direitos ligados a uma ideia de direitos de *segunda dimensão*). Merece registro que Georges Abboud e Nelson Nery (2019) alertam, com razão, para o fato que tal divisão se presta apenas para fins didáticos, porquanto, em verdade, os fatos não estão plasmados perfeitamente em períodos estanques.

Mas a questão que hoje se impõe mais premente, mais aflitiva, é o cenário de permanente modificação e ruptura, de novas roupagens, isso tudo num ritmo demais acelerado, enfim, um turbilhão de processos de descontinuidades e de incertezas. Uma nova (des)ordem se apresenta como pano de fundo das nossas relações em sociedade. O próprio Estado, na sua feição tradicional, não é mais o mesmo. Basta observar as mais diversas expressões de fenômenos que, de uma forma ou outra, acabam desconstituindo a unidade de soberania que outrora era natural aos Estados-nacionais. Nesse aspecto, há o diagnóstico de que existem relações importantes que são estabelecidas paralelamente ao Estado Nacional, isso representado por grandes grupos ou conglomerados que atravessam as relações em nível global, em que energias são “descarregadas” “produtiva” ou “destrutivamente” para espaços que estão além daquele ocupado tradicionalmente pelo então Estado erigido na modernidade (TEUBNER, 2016). Isso tudo, ao fim, encerra esse quadro de mutações que devemos encarar na perspectiva do Direito.

Em verdade, já pensado nas décadas iniciais do Século XXI, tem-se que essa profusão de transformações abarca uma revolução tecnológica e, em decorrência disso, uma reviravolta de comportamentos – em última análise, uma revolução cultural. E, para além disso, nos tempos mais recentes, é verificada uma crise

---

<sup>107</sup> A emergência desse Estado Administrativo está em volta com muitas questões que a ele são submetidas. Assim, pode-se dizer que, nessa forma de configuração estatal, “O Executivo maneja dinheiro, executa serviços, constrói obras públicas, controla o câmbio e a emissão de moeda, negocia títulos públicos para arrecadar fundos ou para controlar a economia, fiscaliza as instituições bancárias, financeiras, de seguro, os fundos de pensão, oferece créditos subsidiados a esta ou àquela atividade econômica, cria empresas estatais, nacionaliza empreendimentos ou privatiza atividades do Estado, vigia o mercado acionário, promove campanhas de vacinação compulsória de doenças epidêmicas. Ou seja, o Estado age mais por meio da administração (atos administrativos e contratos administrativos) do que propriamente por meio da lei, embora esta seja mais utilizada do que antes, tendo, por isso, sofrido um processo de acentuada banalização” (CLÈVE, 2020, p. 48-49).

própria das instituições e, sobretudo, da democracia. As crises são diferentes, de acordo com cada lugar que ocorre, mas é também possível perceber uma corrosão em nível macro acerca dos fundamentos básicos das democracias. E tudo isso ocorre “ao mesmo tempo agora”, evidenciando processos de descrença e insegurança. Pensando sobre “o que está acontecendo” e afirmando que não quer convencer ninguém sobre nada, mas apenas “dar motivos para refletir”, Przeworski (2020) destaca alguns fatos atinentes ao processo de crise, como o declínio dos sindicatos, desgaste dos sistemas partidários tradicionais e o pessimismo das pessoas quanto ao futuro dos seus filhos.

Esses fatores todos trazem novos desafios para o Direito e, sobretudo, para o Direito Administrativo. Stolleis (2018, p. 215-216), ao apresentar um panorama do direito público na Alemanha, observou que “A administração e o direito administrativo também se transformaram nas últimas décadas, paralelamente aos novos arranjos configurados entre Estado e Sociedade.” Concluiu o historiador e jurista alemão que vivemos, na seara técnica e social, uma fase em que é ressaltada, como característica, a aceleração dos fenômenos.

De fato, atualmente, as relações sociais são atravessadas por discursos e fenômenos de velocidade e transitoriedade sem precedentes. Sobre isso, também já escrevi sobre o fato de que, nessa quadra, resta evidenciada uma nova configuração das estruturas estatais, não sendo mais possível trabalhar com elementos fixos que compunham o conceito de Estado. A sociedade como um todo tem sido um espaço de transformações consistentes, em que as novas tecnologias foram agregando novos contornos às relações sociais, ao passo que esse novo desenho apresenta marcas deixadas pelo acúmulo tecnológico que vai condensando-se na sociedade e tem impacto profundo nas relações cidadão-Estado, apresentando-se como uma forma de *rugosidade tecnológica*<sup>108</sup>, que se assenta no tecido social de maneira inexorável (CRESTANI, 2020a). Ademais disso, destaquei que:

Nada obstante essa constatação acerca do intuito de normatizar esse novo fenômeno, o fato é que esse sistema tramado de teias digitais é caracterizado justamente por uma expansão e modificação de ordem exponencial. Segue-se daí que as formas tradicionais do direito trabalham em outro tempo, distinto da dinâmica ofertada pelas relações tecnológicas e digitais, razão pela qual é necessário agregar ao disciplinamento da matéria

---

<sup>108</sup> A respeito da ideia de adaptação do conceito do geógrafo Milton Santos, aqui utilizada - *mutatis mutandis* -, conferir o trabalho de Pimenta (2016) intitulado *As rugosidades do ciberespaço: um contributo teórico aos estudos dos web espaços sociais*.

as mutações no campo do direito quanto às suas fontes, em que é possível vislumbrar a redução da importância do papel da lei como único signo capaz de impor a regulamentação estatal.

[...]

Consequência inafastável disso é a superação das formas tradicionais jurídicas, sendo requerido um novo olhar sobre a relação entre sociedade, novas tecnologias e regulamentação por parte do Estado. Mas isso não pode obstar todas as inovações positivas que as tecnologias vieram alcançar aos cidadãos, sobretudo no que diz respeito ao objeto ora em exame: o controle proporcionado sobre a atuação da administração pública. Se, como já dito anteriormente, na modernidade é salientada a figura da soberania dos Estados-Nação como elemento estruturante da sociedade, associada à centralidade da lei como fonte estatal dotada de autoridade para regular as relações sociais, hodiernamente a complexidade dos fenômenos evidencia certo esmorecimento da força estatal e a descentralização das fontes do direito. Todo esse caldo de novas tendências deve ser colocado em evidência quando tratamos da tentativa de regulamentação da nova administração pública, que deve estar de acordo com as transformações ocorridas, as quais, acima de tudo, são capazes de aproximar sociedade e Estado.

Sob uma perspectiva sociológica, para referir outra forma de reflexão que também identifica as modificações latentes na sociedade e no direito, Teubner trata do constitucionalismo social que se constitui com o fenômeno da globalização, do qual podemos extrair, como produto, a ideia de fragmentos constitucionais. Isso significa entender, antes de tudo, que a visão clássica de constituição como Carta normativa que estabelece a organização dos poderes e confere direitos aos cidadãos merece ser revista, porquanto, sob o ponto de vista da nova ordem mundial, hoje, é possível falar em fragmentos de constituição (na expressão de Teubner – fragmentos constitucionais), fenômeno este que expressa com maior rigor a realidade observada. Sem dúvida, tal constatação está ligada à própria fragmentação da sociedade em nível mundial, em que surgem novas formas de realidades que de certa forma atravessam a soberania dos Estados Nacionais, criando novos cenários de observação em que o Direito, ao lado de sistemas relevantes igualmente, como a economia e a segurança, são fortemente influenciados. Nesse sentido, o autor trata a questão da eficácia horizontal dos direitos humanos, tendo como pano de fundo uma abordagem transnacional, partindo do pressuposto acerca da existência de regimes especializados em nível global, que compõem sistemas parciais sociais dentro de uma sociedade fragmentada e que reflete, inexoravelmente, constituições fragmentadas, que buscam dar uma resposta na linguagem do direito (a importância da comunicação)

para esses novos desafios que se abrem a partir dessas relações fragmentárias, mas socialmente relevantes e em nível transnacional<sup>109</sup>.

Nessa esteira, Abboud (2021), apresenta um interessante panorama representativo dessa mudança, evidenciando que, presentemente, vivemos na era das redes (sociedade de plataformas, conforme prefere o Jurista), a qual foi precedida pela sociedade das organizações<sup>110</sup> e, anteriormente a esta, pela sociedade de indivíduos.

Nessa concepção, importante advertência é referida por Abboud (2021) acerca da necessidade de sabermos lidar com essas modificações que caracterizam o contemporâneo. Nessa medida, há que se trabalhar a partir de instrumentos capazes de lidar com esse novo fenômeno, sob pena de as ações empreendidas serem insuficientes e até mesmo errôneas. Significa dizer, em outras palavras, que não é mais possível enfrentar as demandas dos novos tempos com ferramentas ultrapassadas. Impõe-se, dessa forma, uma nova maneira de diagnosticar e enfrentar o problema<sup>111</sup>.

A questão, bem trabalhada pelo autor, é que nem o liberalismo clássico, nem o Estado regulatório, conseguiram aplacar os problemas criados por eles mesmos, havendo ciclos de preponderância entre essas duas tendências, fazendo com que os problemas experienciados entre eles sejam capazes de ensejar a ascensão de um outro modo de buscar a sua superação. Mas isso seria apenas uma “disputa cíclica” entre esses modelos, sendo que, ao certo, essa crise de paradigmas deveria ser questionada em outros termos. Afinal,

[...] coloca-se em xeque a aptidão e a função do direito e do Estado para continuar ordenando a sociedade em tempos pós-modernos, devendo produzir uma racionalidade jurídica e regulatória reflexiva para além da formalização e da materialização (ABBOUD, 2021, p. 537).

Assim, é possível concluir que há diferentes formas para se enfrentar tal desafio<sup>112</sup>. No caso particular dessa tese, procurarei buscar na racionalidade do

---

<sup>109</sup> Sobre este ponto específico, ver Crestani (2020b).

<sup>110</sup> Com base nos estudos de Karl-Heinz Ladeur, Abboud (2021) refere que a sociedade das organizações é marcada pelo fato de que o conhecimento social relaciona-se com grupos representativos e organizações.

<sup>111</sup> Nesse sentido, Abboud (2021, p. 507) chama a atenção para o fato de que, se persistirmos nessa obsolescência, “[...] o direito torna-se presa fácil de discursos céticos e relativistas em relação a sua autonomia.”

<sup>112</sup> Veja-se, nesse sentido, o contributo de Abboud (2021) para a adoção de um direito proceduralizado, como forma de enfrentar a complexificação própria da sociedade

*administrative state* ferramentas para enfrentar a questão atinente ao controle externo da administração pública, um terreno que, acredito, tenha papel relevante para as ações estatais e, em última análise, para o fortalecimento da democracia, sobretudo se levarmos em conta a possibilidade de um controle substancial e qualitativo sobre a própria performance do Estado. Creio que, diante das inúmeras dúvidas sobre a natureza e competência dos tribunais de contas, os aportes do *administrative state* possa contribuir para melhor aclarar o papel das cortes de contas nessa sociedade contemporânea.

Cabe, pois, densificar mais essa problemática.

### **3.2 O argumento das capacidades institucionais – limites, críticas e possibilidades**

Nesse contexto, exsurge como uma questão relevante para debate o papel que as instituições recebem numa perspectiva das teorias da interpretação. Esse ponto é manifestamente interessante para esta tese, porquanto introduz na discussão o grau de importância a ser conferido às instituições na tomada de decisão. Aliás, não é por outra razão que as agências reguladoras são, de certa forma, o próprio impulso para que um autor como Sunstein iniciasse ensaios sobre uma visão própria acerca da interpretação jurídica, isso porque o fenômeno do recrudescimento do papel das agências manifestara-se, naquele momento, como uma mudança institucional importante nos Estados Unidos da América (LOPES, 2020a). Nesse sentido, é possível afirmar que as preocupações de Sunstein, no espectro institucional, referem-se, logicamente, a uma nova realidade das instituições na América. De fato, tem-se que o próprio sistema jurídico americano pode ser observado a partir de uma partição em duas fases, ou seja: num primeiro momento - da sua instituição ao final do século XIX teríamos o que Manuel Ballbé lembra ser um “Estado individuocêntrico o Estado-comunidade” -, ao passo que, daí em diante, os Estados Unidos convivem com o Estado Administrativo<sup>113</sup> (BALLBÉ,

---

contemporânea - não como substituto do espaço da decisão, mas sim como forma de complementar o paradigma da decisão.

<sup>113</sup> “Em primeiro lugar, cabe dizer que as mudanças importantes que se produziram nos Estados Unidos no princípio do século XX – impulsionadas principalmente pelo movimento progressista idealizado, entre outros, pelo professor e posterior Presidente W. Wilson – fez com que deixasse de ser um Estado liberal sem administrações públicas nem regulações intervencionistas para ser um potente ‘Estado Administrativo’. Criaram-se importantes agências administrativas e se produziu

2022). Aliás, também merece ser salientado que no artigo “El futuro del derecho administrativo em la globalización: entre la americanización y la europeización”, Ballbé discute bem a diferença entre ambos os modelos (Estados Unidos e Europa), que possuem, evidentemente, características próprias. Inclusive, é destacada a influência religiosa católica e protestante na diferente configuração dos Estados nestes dois modelos<sup>114</sup>.

Verdade é que o catolicismo teve aquela imanente função de proteção, com toda forma de regulação, o que acabou gerando, posteriormente, o nascimento de um sistema marcado predominantemente pelo centralismo da administração pública na Europa. Diferentemente, nos Estados Unidos a ideia de revolução protestante conduz a um modelo organizacional em que se pauta pela preponderância em torno do indivíduo e da comunidade, trazendo a reboque o rechaço pela forma de organização hierárquica e centralizada. Como salientado, tem-se, de um lado, uma visão “individuo-cêntrica” e, na outra margem, a ideia de “administratocêntrica” (BALLBÉ, 2022). Esse *path dependence*, então, bem demonstra as diferenças marcantes de modelo.

Sobre tais diferenças, Ballbé, retomando as características próprias de cada modelo, a partir de uma perspectiva crítica, também lança um questionamento sobre o futuro do Direito Administrativo no bojo do processo de globalização jurídica, “[...] entre la americanización y la europeización.” (BALLBÉ, 2022). O autor, por exemplo, demonstra um retrato detalhado sobre as diferentes formas de lidar com a questão da segurança pública na Europa (um agir preventivo, sobretudo) e nos Estados

---

um forte intervencionismo no campo econômico e social, que deveria ser a base institucional e legal da gênese dos Estados Unidos como grande potência federal no plano internacional.” “En primer lugar, cabe decir que los importantes cambios que se produjeron em los EE.UU. a principios del XX – encauzados primordialmente por el movimiento progresista ideado, entre otros, por el profesor, y posterior Presidente de los EE.UU. W. Wilson – hicieron que pasara de ser un Estado liberal sin administraciones Públicas ni regulaciones intervencionistas a ser um potente ‘Estado Administrativo. Se crearon importantes agencias administrativas y se produjo um fuerte intervencionismo em el campo económico y social, que sería la base institucional y legal de la génesis de EE.UU. como gran potencia federal em el plano internacional.” (BALLBÉ, 2022, p. 19).

<sup>114</sup> Não há como deixar de referir aqui a grandiosa obra de Max Weber “A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo”, que disseca as razões religiosas na conformação de uma moral capitalista atrelada ao protestantismo na América (do Norte). Sobre a importância da religião para se entender processos históricos, Weber aduz que: “Toda uma gama de relações possíveis se ergue perante nós, ainda obscuras, tão logo levantamos a questão nesses termos. A missão há de ser, então, a de *formular*, com a máxima nitidez possível em meio à inesgotável multiplicidade que se aloja em cada fenômeno histórico, o que aqui vislumbramos assim, sem nitidez. Mas para chegar a tanto teremos que necessariamente abandonar o terreno das vagas representações gerais com que operamos até aqui e tentar penetrar a peculiaridade característica e as diferenças desses vastos mundos de pensamento religioso que se oferecem a nós, historicamente, nas diversas manifestações da religião cristã.” (WEBER, 2004, p. 39).

Unidos (uma quase anomia do Estado nesse sentido). Portanto, é preciso que se ressalte que a diferenças nítidas entre modelos ao redor do mundo quanto à matéria tratada.

De qualquer forma, essa nova realidade imposta pelas agências reguladoras no *administrative state* moderno suscita, portanto, um novo esforço de entendimento sobre a própria atividade estatal, que atua diferente da ideia tradicional de separação de poderes. Nessa perspectiva, as agências reguladoras, nos Estados Unidos, congregam competências dos demais poderes, o que impõe a necessidade de uma nova forma de interpretar tais atividades. Por certo, sob essa perspectiva, a legitimidade do poder decisório deve considerar as próprias condições e limitações de cada instituição, de acordo com sua natureza. Por um lado, isso é promissor, mas também se mostra contestável, razão pela qual o *administrative state* possui apoiadores e opositores. De qualquer forma, tendo como fato a existência incontestada das agências reguladoras, é preciso aceitar que essa realidade necessariamente afeta a forma de entender a relação entre os poderes. Conforme Lopes (2020a, p. 100), tal cenário é capaz de tornar necessário “[...] repensar o que o Judiciário deveria decidir, e como deveria decidir, nesse novo desenho institucional”.

Na Europa há também influência desse novo arranjo institucional, porquanto, antes, o modelo administrativo-organizacional estava baseado na ideia de concentração no Governo, sendo este o topo da hierarquia estrutural no que se refere à administração pública; e, em decorrência disso, o Governo estava investido no poder gerencial sobre todo o corpo administrativo e, ao mesmo tempo, era quem respondia perante o parlamento politicamente (OTERO, 2019). Porém, mesmo estes países foram testemunhas do surgimento do fenômeno de “autoridades administrativas independentes”, a exemplo e sob influência do modelo de agências independentes americanas.

De fato, tal fenômeno pode ser visto, conforme Paulo Otero, como uma resposta aos problemas próprios de uma administração pública dominada por uma “politização descontrolada”. Essa observação, por outro lado, ilustra bem a diferença que surge com o crescimento desse Estado Administrativo em relação ao caráter político do governo. Na verdade, formam-se estruturas diferentes: uma que segue a lógica do político, enquanto o setor composto pelas agências independentes busca sua legitimidade em exercer suas atividades de forma técnica, imparcial e objetiva.



Certamente, em que pese haver críticas mesmo em outros países em que as agências foram surgindo<sup>115</sup>, não se pode negar que, de qualquer forma, parece ser perceptível a sua presença na constituição organizacional em muitos Estados na atualidade<sup>116</sup>. Veja-se o caso de Portugal<sup>117</sup>, por exemplo, conforme Otero (2019, p. 321):

Não obstante se afirmar que a criação destas autoridades administrativas independentes nunca se poderá transformar num princípio geral da organização administrativa de um Estado de Direito baseado na legitimação democrática de todo o poder político, o certo é que os últimos anos têm permitido observar a proliferação de tais estruturas administrativas, fazendo-se já duvidar do seu carácter verdadeiramente excepcional, tanto mais que a revisão constitucional de 1997, procurando obviar à inconstitucionalidade de todas as autoridades administrativas independentes com poderes decisórios que não se pudessem extrair da Constituição, veio consagrar no seu artigo 267, n. 3, uma habilitação genérica para serem criadas por lei 'entidades administrativas independentes': o princípio da tipicidade

<sup>115</sup> Exemplo disso seria o fato de que a proliferação de autoridades independentes provocou, em Portugal, a partir de 1977, uma quebra da unidade do sistema administrativo e no sistema político, além de gerar uma crise na própria ideia de organização administrativa (OTERO, 2019).

<sup>116</sup> Sobre a França, por exemplo, Aragão expõe que: “O fenômeno das agências reguladoras independentes, que implica um pluricentrismo administrativo, alcançou até mesmo a França, país que tradicionalmente sempre zelou pela unidade e organização hierárquica da sua Administração Pública. Na França, esses centros competenciais autônomos de regulação adotaram a denominação de “autoridades administrativas independentes”, possuindo algumas peculiaridades em relação aos demais países, entre as quais destaca-se a ausência de personalidade jurídica, o que nos leva a constatar a prescindibilidade desta para a concepção de organismos autônomos dado o próprio relativismo da importância da personalização jurídica no Direito Público. A doutrina gaulesa costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir dos seus próprios termos, ou seja, seriam (a) autoridades, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas, “exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as ‘regras do jogo’ entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando”; e (c) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central. “Apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas às estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela. Os únicos limites à sua autonomia consistem na obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e no controle exercido sobre certas decisões suas pelo juiz, normalmente do contencioso administrativo, e às vezes do Poder Judiciário” (ARAGÃO, 2002, p. 301).

<sup>117</sup> Conforme informativo do Parlamento Português (Assembleia da República): “Junto da Assembleia da República funciona um conjunto de entidades administrativas independentes, criadas por lei, com ou sem personalidade jurídica, providas ou não de poderes de autoridade, dotadas de independência e com competências de fiscalização, consulta, regulação, controlo ou outras compreendidas na função administrativa do Estado. Nestes termos, sendo administrativas, pois asseguram a prossecução de tarefas administrativas de incumbência do Estado, são também independentes, uma vez que, no exercício das suas atribuições e competências, não estão sujeitas a poderes de hierarquia, superintendência ou tutela por parte de qualquer outro órgão. Legitimadas pelo n.º 3 do artigo 267.º da Constituição, a sua intervenção desenvolve-se, essencialmente, no âmbito de setores sensíveis ou estratégicos ou no quadro da garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, como os relativos à informação, à transparência, à proteção de dados ou à boa administração.” São exemplos de entidades dessa natureza: *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos*, *Comissão Nacional de Proteção de Dados*, *Comissão Nacional de Eleições*, *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, entre outros (PORTUGAL, 2022).

transformou-se numa cláusula aberta permissiva da criação de autoridades administrativas independentes.

Em verdade, essa experiência e, via de consequência, os debates que a conformam, podem muito bem ser frutíferos para compreender como, afinal, pode ser estabelecida a legitimidade e os parâmetros para a atuação dos tribunais de contas, e como isso se acomoda dentro da ideia própria de democracia no cenário brasileiro.

Quando trato do modelo americano de agências, ou mesmo pensando em outros ambientes, não busco estabelecer uma comparação com o sistema brasileiro diretamente, pois não possuem simetria estreita. O objetivo, ao revés, é uma apropriação desse fenômeno como paradigma, assim também a ideia de abnegação do direito que exsurge daí, para compreender o papel das Cortes de contas nesse âmbito. O fato é que, embora não tenham simetria direta, há muitas influências do modelo americano para outros sistemas. Nesse sentido, conferir Guerra (2015). A propósito, o autor refere que “Somente por essas características verifica-se que o paradigma estruturante das agências reguladoras brasileiras é a *Independent Regulatory Commission* estadunidense (GUERRA, 2015, p. 292). Nesse aspecto, por exemplo, citando Jean-Jacques Daigre, menciona que também as agências reguladoras francesas “[...] tiveram como paradigma as agências norte-americanas” (GUERRA, 2015, p. 292). É sabido que no Brasil o Estado Administrativo não compartilha o mesmo grau de evidência que nos Estados Unidos. O próprio autor citado refere, em outro texto, que, no Brasil, “[...] trata-se de uma reprodução do Estado Administrativo estadunidense, **apenas parcial** [...]” (GUERRA, 2017, p. 149). (grifo nosso).

Todavia, é preciso reconhecer que em cada país o sistema adotado acaba tendo nuances próprias. A diferença de regime de governo, por exemplo, ou de estruturação da separação de poderes ou da tradição jurídica adotada é capaz de interferir na sistemática escolhida para o modelo de agências reguladora de cada país. Portanto, é no paradigma mais geral deste Estado Administrativo que tenho interesse, e não em especificações de cada Estado em que ocorre<sup>118</sup>. Nessa medida, são conceitos importantes extraídos desse sistema em que busco uma apropriação

---

<sup>118</sup> Sobre a diferença dos processos históricos no âmbito administrativo, o trabalho citado de Ballbé (2020) é um guia para o entendimento das diferenças existentes entre, por exemplo Europa e Estados Unidos.

para pensar a situação do tribunal de contas no desenho institucional, sendo importante, aqui, a noção de deferência, capacidade institucional, diálogos entre os poderes, abnegação, entre outros.

Sobre este ponto, em tese de doutoramento intitulada *Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, Manuel Enrique Ventura Rodriguez externa o seguinte comentário sobre a possibilidade de conceitos desenvolvidos particularmente nos Estados Unidos serem apropriados para a Espanha, que possui uma tradição diferente: “Apesar disso, e sem a intenção de os importar diretamente para o regime jurídico espanhol, já foi reconhecido, por autores como Luciano Parejo e a jurisprudência do “Tribunal Supremo”, que é possível utilizar certos tipos de conceitos jurídicos administrativos do direito americano; e, entre eles, encontra-se a deferência<sup>119</sup>” (VENTURA RODRÍGUEZ, 2010). Oportuno referir que isso sempre deve passar por um filtro (adiante discuto como a noção de *Autonomia do Direito* é importante para tanto). O autor, no ponto, fundamenta a possibilidade nesse sentido, ao mesmo tempo que impõe as ressalvas necessárias:

Assim, pode ser notada a compatibilidade destes sistemas jurídicos que procuram reforçar os valores democráticos e a proteção dos direitos dos indivíduos. Por conseguinte, pode se considerar válido efetuar uma análise de elementos jurídicos importantes presentes no controle judicial das administrações públicas e de que forma podem influenciar estes outros sistemas jurídicos. Desta forma, será possível estudar as soluções que foram oferecidas a este controle, e como estes critérios poderão ser utilizados nas esferas espanhola, europeia e latino-americana.

Mais uma vez, é de salientar que o objetivo não é procurar uma aplicação direta destes elementos numa área específica, mas sim estudar como uma série de soluções da esfera norte-americana poderia ser construída ou desenvolvida em relação à Constituição espanhola e a outros sistemas jurídicos em geral. Precisamente, que os mesmos fundamentos sustentam os mesmos sistemas jurídicos, a sua compatibilidade, respondendo obviamente às particularidades de cada sistema jurídico, deve ser considerada válida<sup>120</sup> (VENTURA RODRÍGUES, 2010, p. 8).

---

<sup>119</sup> “A pesar de esto, y sin la intención de importarlos directamente al régimen jurídico español, sí se ha reconocido, por autores como Luciano Parejo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es posible la utilización de ciertos tipos de conceptos jurídicos administrativos del Derecho norteamericano; y, entre ellos se encuentra la deferencia.”

<sup>120</sup> “Así, puede notarse la compatibilidad de estos sistemas jurídicos que buscan el fortalecimiento de valores democráticos y de la tutela de los derechos de los particulares. Por ende, puede considerarse válido llevar a cabo un análisis de elementos jurídicos importantes, presentes en el control judicial de las Administraciones Públicas, y cómo pueden influenciar estos otros sistemas jurídicos. De esta forma, se podrá estudiar las soluciones que se le han brindado a este control, y cómo podrían utilizarse dichos criterios en el ámbito español, europeo y latinoamericano. Nuevamente, es necesario enfatizarlo, no se buscaría una aplicación directa de dichos elementos

Mostra-se oportuno, então, retomar o que Vile (1998, p. 387) expõe em *Constitutionalism and the separation of power*, ao considerar que: “Longe de sua questão central ter mudado fundamentalmente, a natureza do problema político que preocupava escritores anteriores sobre separação de poderes manteve-se exatamente a mesma: como controlar o poder do governo<sup>121</sup>.” Mas, conforme o autor, é possível ler os novos fenômenos, tais como o crescimento do *administrative state*, de uma forma que seja uma nova preocupação que se traduz, no entanto, como variação do velho tema, porque sempre há a preocupação com o controle do poder, em última análise<sup>122</sup>. E, no caso dos Estados Unidos, a Suprema Corte tem atuado para buscar conciliar os problemas naturalmente advindos das vicissitudes próprias do Estado, na sua concepção contemporânea, com o que fora, de certa forma, formatado pelos *Founding Fathers* (VILE, 1998, p. 392).

O autor pontua que não é possível entender o Estado, na sua estrutura atual, a partir do controle global da administração por parte do líder do Poder Executivo, tal qual colocado de uma forma clássica nas funções do Poder Executivo. A complexidade atual demonstra que, no caso dos Estados Unidos, há uma expansão das competências entre outros níveis de estrutura, que está difundida na própria organização de um Estado ramificado numa engenharia administrativa de natureza mais complexa. Nesses termos, o diagnóstico de Vile é no sentido de que a doutrina da separação de poderes, numa acepção clássica, não dá conta de explicar razoavelmente esse novo retrato das relações entre as funções do Estado, já que é na empiria que a separação de poderes deve ser compreendida pois, do contrário, não seria possível vislumbrar as nuances da transformação do Estado e *Administrative State* no século XX<sup>123</sup>.

---

en un ámbito concreto; más bien, estudiar cómo una serie de soluciones del ámbito norteamericano podrían construirse o desarrollarse, en relación a la Constitución Española, y a otros ordenamientos jurídicos en general. Precisamente, dado que son los mismos fundamentos los que sostienen ambos sistemas jurídicos, la compatibilidad de los mismos, obviamente respondiendo a las particularidades de cada ordenamiento, debe de considerarse válida” (VENTURA RODRÍGUES, 2010, p. 8).

<sup>121</sup> “Far from its central issue having changed fundamentally, the nature of the political problem that concerned earlier writers on the separation of power has remained exactly the same: how to control the power of government” (VILE, 1998, p. 387).

<sup>122</sup> “A ascensão do estado administrativo, o enfraquecimento do poder efetivo do legislativo, e o problema do controle democrático - essas são as novas preocupações, mas elas são variações sobre o velho tema.” (VILE, 1998, p. 387). “The rise of the administrative state, the weakening of the effective power of legislatures, and the problem of democratic control - these are the new concerns, but they are variations on the old theme” (VILE, 1998, p. 387).

<sup>123</sup> “Houve dois grandes desenvolvimentos na natureza dos sistemas políticos dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha no século XX. Primeiro, a estrutura do governo sofreu uma mudança

Assim, considerar a realidade permite, sob essa perspectiva, poder estabelecer mecanismos de controle. Uma atitude simplesmente cética quanto ao impacto do Estado Administrativo nas sociedades modernas apenas dificultaria esse trabalho. Nesses termos, ao tratar do desenvolvimento do direito administrativo nos Estados Unidos, Vile, acertadamente, ressalta que “A autonomia da administração deve ser reconhecida, mas ao mesmo tempo deve estar sujeita a um controle eficaz<sup>124</sup>” (VILE, 1998, p. 411).

Nesses termos, pois, é preciso trazer ao debate a reflexão sobre a teoria das capacidades institucionais.

Numa observação primeira, necessário registrar que questionamentos acerca de qual instituição está em melhor posição para decidir sobre determinadas matérias não é novidade, dado que desde os debates sobre competências e poderes sobre questões atinentes ao Estado Moderno já existiam disputas para saber qual instituição seria adequada para exercer esse papel (LORENZETTO; CLÈVE, 2016). E esse debate parece não ter cessado; ao contrário disso, ele faz parte da nossa agenda atual. Por certo, o tema em destaque refere-se à incontestável expansão da atuação do Poder Judiciário nas democracias ocidentais, em cujo ambiente o debate sobre o papel desse Órgão tem despertado discussões incessantes; assim, a teoria das capacidades institucionais surge como uma forma de crítica às teorias normativas acerca do papel do Poder Judiciário.

Ao desafiar teorias normativas sobre o modo de atuação dos membros do Poder Judiciário, autores adeptos de uma teoria institucionalista propuseram uma análise que fosse capaz de abarcar a natureza e as capacidades das instituições para a tarefa de decisão sobre certos casos. Nesse sentido, essas teorias

---

fundamental: as estruturas administrativas se desenvolveram a ponto de o seu impacto na vida do cidadão comum ser mais significativo, e potencialmente mais opressivo, do que as ações dos poderes governamentais tradicionais. Entretanto, isso não invalida a análise da teoria da separação de poderes. Significa que a análise tem de ser atualizada e aplicada à nova situação. A preocupação que sempre esteve por detrás da teoria da separação dos poderes continua válida, qual seja, a preocupação de proteger o indivíduo contra o poder autoritário do governo.” (VILE, 1998, p. 409). “There have been two major developments in the nature of the political systems of America and Britain in the twentieth century. First, the structure of government has undergone fundamental change: administrative structures have developed to the extent their impact upon the life of the ordinary citizen is more significant, and potentially more oppressive, than the actions of the traditional tradition of governmental powers. But this does not invalidate the analysis of the separation-of-powers theorist. It means that the analysis has to be brought up to date and applied to the new situation. The concern which always lay behind the doctrine of the separation of powers is still valid, namely, the concern to protect the individual against the overbearing power of government” (VILE, 1998, p. 409).

<sup>124</sup> “The autonomy of the administration should be recognized, but at the same time it should be subject to effective control” (VILE, 1998, p. 411).

pretendiam um olhar mais pragmático sobre a própria composição das instituições, para se determinar, então, quais delas estariam em melhores condições para decidir sobre determinada matéria.

O emblemático artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and Institution*, de 2003, trouxe a discussão para o centro do debate. Nele são questionados os limites de debates abstratos por parte do Poder Judiciário, sendo sugerido pelos autores uma atenção até então negligenciada pelas demais teorias, porém importante, no que diz respeito à capacidade de diferentes instituições (*institutional capacities*). Em vista disso, os autores sugeriram um “giro institucional” para lidar com esses desafios<sup>125</sup>. Em outras palavras, os juristas americanos citados sustentam que a interpretação jurídica deve contemplar elementos atinentes às questões institucionais. Com efeito, Sunstein e Vermeule entendem como errônea uma pergunta do tipo “*What would you do, when faced with a problem of this sort?*”, sem levar em conta questões que deveriam ser primeiro abordadas, como a capacidade institucional, ou seja, quem deveria tomar a decisão, por reter capacidades próprias para tanto. Ao lado da questão atinente às capacidades institucionais, surge também, no “giro institucional” referido, uma preocupação com a ideia de “efeitos sistêmicos”<sup>126</sup>, ou seja, “[...] nossa observação mínima é que a alegação de interpretação apropriada está incompleta se não levar em conta questões de administrabilidade, capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, além das

---

<sup>125</sup> “Ao chamar a atenção tanto para as capacidades institucionais como para os efeitos dinâmicos, estamos sugerimos a necessidade de uma espécie de mudança institucional na reflexão sobre questões interpretativas” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886). “By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

<sup>126</sup> Para uma reflexão sobre o fenômeno dos *efeitos sistêmicos*, ver Bolonha, Almeida e Rangel, 2013). Por oportuno, o seguinte excerto: “As atividades interpretativa e deliberativa, desta maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como o quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem. Estes aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima. Capacidades institucionais representam um fenômeno de natureza institucional relacionada às possibilidades de o agente levantar recursos e informações que balizem seu entendimento. Da mesma maneira, a especialização é um fator que conjuga maiores capacidades institucionais à atuação, representando um conhecimento aprofundado sobre os debates teóricos e empíricos em torno dos fatos conexos à sua atividade. Efeitos sistêmicos, por sua vez, relacionam-se à predição de que a atividade, em primeiro lugar, não atingirá de maneira negativa pessoas, instituições públicas e instituições privadas. Em segundo lugar, os efeitos sistêmicos representam os reflexos da atividade e das capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios efeitos sistêmicos. Portanto, de acordo com esta perspectiva, a atividade institucional deve se propor a promover interpretações e deliberações, afastando-se dos termos estritamente normativos, quando se encontram acompanhados de questões institucionais favoráveis no atendimento a demandas sociais” (BOLONHA; ALMEIDA; RANGEL, 2013, p. 156-157).

habituais alegações imponentes sobre legitimidade e autoridade constitucional<sup>127</sup>” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 950).

No ambiente jurídico brasileiro, a teoria citada tem aparecido com mais frequência após o artigo dos autores americanos. Importante notar que a teoria das capacidades institucionais não se limita a proporcionar uma saída para decisões específicas que o Poder Judiciário deve adotar, mas tem relação, e busca dar repostas, para a questão da interação entre os poderes (LORENZETTO; CLÈVE, 2016). Porém, há quem aponte a falta de uma verdadeira compreensão do tema, o que acaba contribuindo para uma confusão sobre a sua própria natureza, não bastassem as próprias críticas que são diretamente direcionadas para a análise institucional.

Nessa orientação, análise realizada sobre a temática identificou o uso do conceito como sendo *banal*, *redundante* ou *absurdo*:

Corre-se o risco de que a ideia de ‘capacidades institucionais’, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – **um uso banal**; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de ‘capacidades institucionais’ traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – **um uso redundante**; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – **um uso absurdo** (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 09, grifo nosso).

Em contrapartida, os autores identificam premissas e uma estratégia que é básica ao raciocínio subjacente à teoria. São consideradas como premissas (i) algum grau de especialização funcional; (ii) que há um grau de incerteza na tentativa de atingir os fins pretendidos; e (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências. Como estratégia, asserem os autores que

[...] não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a ‘segunda melhor’ solução’ (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 11).

<sup>127</sup> “[...] our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 950).

A preocupação é que, sob o pretexto de utilizar a teoria das capacidades institucionais, ocorra sua utilização como álibi teórico (“mantra”, conforme os autores) para sustentar o agir de outras instituições, porém de forma incorreta (ARGUELHES; LEAL, 2011).

Após exporem o problema da utilização do argumento das capacidades institucionais como banais, redundantes e absurdas, os autores, em novo estudo sobre o tema, apresentam dois problemas da teoria, problemas esses que só ocorrem quando se pretenda utilizá-la de forma apropriada, ou seja, de maneira não-banal, não-redundante e não-absurda<sup>128</sup>.

Em síntese, os dois problemas citados são nominados como “problema da informação” e “problema da observância”. Aquele, refere-se ao papel desempenhado por elementos empíricos sobre o tipo de análises institucionais comparadas. Este, por seu turno, relaciona-se a um caráter excessivamente exigente de argumentação (LEAL; ARGUELHES, 2016).

De chofre, antes de analisar melhor os dois problemas sugeridos pelos autores, quero destacar um ponto respeitante ao uso tido como problemático pelos autores, que diz respeito ao emprego redundante do termo capacidades institucionais. Sobre esse significado, a sua utilização redundante estaria relacionada a formas já aplicadas para se fazer uma análise de um desenho institucional formalmente, como uma análise de regras de competências institucionais, afastada de qualquer elemento empírico. Nesses termos, os autores

---

<sup>128</sup> “Em um trabalho anterior, discutimos três usos do argumento de “capacidades institucionais” (CIs) que, embora apresentados sob o mesmo rótulo, são na verdade coisas muito distintas. São usos da expressão – e da típica referência ao artigo seminal de Cass Sunstein e Adrian Vermeule – em sentidos que identificamos como banais, redundantes ou absurdos. Embora possam gerar argumentos válidos sob critérios quaisquer, esses usos não podem ser reconduzidos ao que esses autores chamam de análises de “capacidades institucionais”. Nossa preocupação ali não era terminológica, mas sim conceitual e substantiva. Menos importante do que o rótulo que se usa – se “capacidade institucional”, “separação de poderes”, “expertise técnica” ou “papel institucional” – é saber que tipo de ônus de justificação aquele argumento pressupõe, já que esse ônus explica e determina tanto a força, quanto as limitações de argumentos jurídicos que apelam para análises institucionais comparativas. Nesse sentido, nossa reconstrução de Sunstein e Vermeule servia para mapear e enfatizar o que os dois autores poderiam trazer de útil – e não banal, nem redundante, nem absurdo –, por trás do rótulo de “capacidades institucionais”, para discussões sobre alocação de poder entre instituições a partir de debates sobre a seleção de métodos e estratégias de decisão. Neste breve trabalho teórico, partimos das considerações resumidas acima para tentar atingir um objetivo distinto e complementar: o que acontece quando se tenta de fato utilizar o argumento nos termos descritos por Sunstein e Vermeule? Vamos apontar e discutir dois desafios relativos à operacionalização efetiva do argumento das “capacidades institucionais”. São problemas que só podem surgir uma vez que o argumento seja utilizado de maneiras não-banais, não-redundantes e não-absurdas – ou seja, uma vez que o intérprete procure de fato aplicar uma teoria como a de Sunstein e Vermeule (ou, ao menos, a nossa reconstrução dela)” (LEAL; ARGUELHES, 2016, p. 195).



defendem que “[...] a expressão ‘capacidade institucional’ poderia ser substituída por ‘competência’ sem prejuízo (ou acréscimo) ao que se quer defender” (LEAL; ARGUELHES, 2016, p. 200). Seria, sob esse aspecto, realizada apenas um exame do desenho normativo de competências para se chegar a um resultado em que, de acordo com esse desenho, fosse possível afirmar que uma instituição tem mais capacidade que outra.

Essa análise puramente formal seria contrária a um dos méritos do argumento das capacidades institucionais, que deveria levar em conta critérios empíricos, a fim de ser possível, contextualmente, relacionar e comparar instituições de forma mais confiante e segura. De fato, sob essa perspectiva última, tem-se a genuína virtude do argumento.

Pois bem, voltando aos dois problemas sugeridos pelos autores, é possível identificar no “problema da informação” uma “empíria insuficiente” na comparação entre instituições. Aqui, podemos pensar que o problema está relacionado ao uso redundante do argumento. Ou seja, para não se ter um argumento redundante sobre capacidades institucionais, seria necessário agregar aspectos empíricos, a fim de se efetuar uma análise mais rigorosa contextualmente. Além disso, um outro problema diagnosticado seria a idealização dos aspectos de uma das instituições comparadas (sob esse aspecto, destaco o argumento da *falácia do nirvana*, pertinente ao tema, em outro momento desta Tese). Dessarte, no ponto, haveria um nítido problema de operacionalização do argumento das capacidades institucionais, pois seria preciso, para se garantir maior confiança na comparação pretendida, a demonstração empírica, e não idealizada, acerca das capacidades institucionais das instituições envolvidas.

Sobre este enfoque envolvendo o problema de informação, no particular, entendo como possível sua superação, porquanto, em verdade, não existe um impedimento completo ao juízo de deferência quando demonstrada de forma suficiente a preferência de uma instituição para lidar com determinada matéria. Assim, não deveria ser requerido um juízo exaustivo sobre as diferenças entre as instituições, mas sim que fosse justificada a escolha com elementos capazes de demonstrar a primazia de determinada instituição (BOLONHA; ALMEIDA; LUCAS, 2019)<sup>129</sup>. Ou seja, não se busca uma conclusão absoluta em termos comparativos,

---

<sup>129</sup> Este argumento é enfrentado por Bolonha, Almeida e Lucas (2018, p. 335), para quem: “[...] a exigência excessiva de uma operacionalização do argumento das CIs que exige todas as

senão a demonstração de que, dentro do que for possível, uma instituição tenha maior projeção do que outra. Pensando no caso dos tribunais de contas, mais adiante busco demonstrar cenários em que tal instituição agrega diferentes formas de informação para sua capacitação no enfrentamento das matérias atinentes à sua área de atuação, por excelência, o controle.

A rigor, a crítica acima citada serve muito bem para desconstruir um tipo de doutrina idealizadora do desempenho dos tribunais de contas, que vislumbra neste um poder redentor e imaculado. Contudo, parece possível a superação dessa crítica com a demonstração de atributos empíricos de capacitação da instituição. É o que pretendo realizar mais adiante.

De outro giro, critica-se também a falta de uma resposta, por parte da teoria, sobre qual instituição estaria mais apta a decidir sobre determinada matéria<sup>130</sup>. Além disso, uma outra insuficiência apontada por Lorenzetto e Clève (2016) diz respeito ao “*design* institucional”. Sob esse ponto, os autores destacam que, havendo deferência, a instituição será demandada e, com isso, “[...] não é possível ter garantias de que a resposta advinda de outra instância irá ser resguardada pelo conjunto de princípios que orientam a jurisdição, como a própria legalidade ou o devido processo legal” (LORENZETTO; CLÈVE, 2016, p. 158). Ou seja, sob essa perspectiva, a teoria das capacidades apenas transferiria a atuação com erros para outras instituições, deixando de ofertar uma teoria capaz de diminuir, efetivamente, tais erros (LORENZETTO; CLÈVE, 2016).

Este último argumento, de fato, deve ser levado em conta, porquanto não há como impedir a transferência de erros para outras instituições. Essa variável sempre estará presente, sendo acertada a crítica dos autores quanto ao ponto. Não obstante, mesmo tendo-se presente o acerto da crítica, creio que seja possível – sem afastar a importância das teorias normativas e do papel do Judiciário – conciliar

---

informações como forma de justificar a deferência judicial pode ser superada pela concepção de que há vantagem em um processo decisório dinâmico, aberto a reavaliações contínuas pelas instâncias subordinadas à metaescolha institucional de ser deferente quando outra instituição apresente um ‘nível de especialização tal’ ou uma ‘posição favorável tal’ que seja recomendável reconhecer essa instituição como legítima intermediária entre um conjunto de bons motivos substantivos subjacentes (complexos e, portanto, difíceis de alcançar) e a solução baseada nos dados disponíveis que levou todas as circunstâncias em consideração (a decisão administrativa) e mesmo assim sofreu a tentativa de impugnação.”

<sup>130</sup> Essa é uma lacuna levantada por Lorenzetto e Clève, para quem “Se há, de fato, uma idealização do papel do Judiciário a ser criticada nas teorias normativas, de outra sorte, o argumento de que a baixa operacionalidade do Judiciário irá diminuir a possibilidade do cometimento de erros pelo poder é um discurso que pode ser estendido, nos mesmos moldes, para os outros poderes” (LORENZETTO; CLÈVE, 2016, p. 157).

essa perspectiva com a possibilidade de revisão por parte do Judiciário desses critérios. No decorrer do trabalho pretendo enfatizar que o exercício de deferência por parte do Judiciário não deve significar uma completa abstenção da sua atuação. Ao contrário disso, tendo sobretudo como parâmetro a Constituição, cabe ao Judiciário rever decisões em contrariedade à legalidade constitucional e ao devido processo legal, assim como quando estiver em questão qualquer violação a direito fundamental. Aprofundo mais adiante esse ponto tendo como objeto a atuação dos tribunais de contas.

Mostra-se interessante a advertência de Bolonha sobre este ponto quando destaca que não é suficiente saber *quem* deve ser reconhecido como autoridade sendo que “*Como decidir o caso?*” exsurge como questão fulcral no debate, porquanto, no entender do autor, “[...] é essa pergunta que permite avaliar, na dinâmica entre os poderes, qual o tipo de autoridade que está em jogo” (BOLONHA; ALMEIDA; LUCAS, 2019)<sup>131</sup>. Esse é um ponto de vista interessante no âmbito da discussão de capacidades institucionais, pois requer uma justificação por parte da Instituição no sentido de demonstrar que atendeu aos valores do Direito na sua atuação.

Dessa feita, retomando o debate, acredito que as ideias trazidas pelas teorias institucionais não podem ser recebidas em sua completude e sem as críticas necessárias. Elas não têm, obviamente, o condão de afastar o exercício de legitimação das decisões judiciais, uma vez que o Poder Judiciário, acredito, tem a capacidade de realizar discussões densas sobre os mais variados temas, afinal, ainda podemos concordar que se trata do “fórum dos princípios”, na acepção dworkiniana<sup>132</sup>. Nesse sentido, as reflexões críticas de Lorenzetto e Clève (2016) são

---

<sup>131</sup> Exemplificativamente, o autor utiliza a relação entre o judiciário e agências administrativas. Nesse sentido, destaca: “Por exemplo, no exercício do poder administrativo sobre o particular, a agência possui autoridade prática para determinar como o particular deve se comportar. Quando não há judicialização, a decisão administrativa funciona como a última palavra, o produto final de um processo que por si só legitima sua exequibilidade. É o inconformismo do particular que abala essa autoridade, e provoca o deslocamento da autoridade de última palavra para o Poder Judiciário. **Se a agência for capaz de responder à pergunta “como decidir o caso?” em termos procedimentais, ou seja, se for capaz de demonstrar que a questão judicializada é o resultado da aplicação de um procedimento formalmente instituído segundo os valores do Estado de Direito, então o Poder Judiciário tem poucas razões para revisar a decisão administrativa cuidadosa e qualificável como opinião de uma autoridade teórica**” (BOLONHA; ALMEIDA; LUCAS, 2018, p. 332, grifo nosso).

<sup>132</sup> “Minha visão é que o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as

valiosíssimas para o debate, no sentido de não se aceitar, acriticamente, as considerações fornecidas pelas teorias institucionais.

Retomo, nesse sentido, o esteio na *Crítica Hermenêutica do Direito*, conforme realizado pelos autores, em que destacam as considerações de Streck sobre o fato de que a Constituição é o resultado de sua interpretação. Isso significa que deve ser afastada qualquer tentativa de expungir a competência interpretativa no ato de decidir. Por isso que a *Crítica Hermenêutica do Direito* é fundamental para não nos deixar adotar irrefletidamente uma concepção pura de uma teoria institucional. A leitura da teoria por Lorenzetto e Clève (2016), neste ponto, lança luz sobre os problemas em se seguir puramente uma teoria das capacidades institucionais.

Diante do exposto, ainda acredito que seja possível, para os fins desta tese, salientar alguns pontos da análise institucional que possam ser úteis para entender o papel dos tribunais de contas, sem que seja necessário afastar a vastíssima contribuição das teorias normativas. Creio que exista algo das teorias institucionais que possa ser relevante para enfrentar questões próprias das sociedades contemporâneas, permeadas pela complexidade, como o fato de poderem ajudar a destacar competências diferentes entre instituições – mesmo que para tanto deva existir demonstração empírica. E isso poderia ser incorporado sem a exclusão de teorias normativas, que fornecem elementos hermenêuticos sofisticados para a atuação das instituições.

Nesse contexto, entendo como pertinente lembrar a aproximação realizada por dois excelentes trabalhos acadêmicos que discutiram o diálogo Dworkin-Sunstein, e que, cada um a seu modo, identificaram a possibilidade de compatibilidade entre um projeto normativista como proposto por Dworkin (o interpretativismo Dworkiniano) e questões institucionais.

Consoante Paschoalini (2015), seria possível fazer uma leitura de Sunstein como um Dworkiniano, e não como um pragmatista cético, embora possam ser encontradas objeções à teoria de Dworkin, como o fato de haver um “ponto cego” na sua teoria, porquanto despreocupada com questões atinentes às capacidades institucionais. Mas, neste ponto, Paschoalini esclarece que a questão do “ponto

---

peçoas como iguais. Se estou certo a respeito disso e do que isso significa, são questões para a teoria jurídica e política, e são essas questões que devemos tentar responder.” (DWORKIN, 2019, p. 101).

cego” será devidamente compreendida de acordo com a leitura que se dê à obra de Sunstein.

Se o autor americano for lido como um pragmatista, a crítica do “ponto cego” estaria direcionada para a desqualificação da teoria Dworkiniana<sup>133</sup>. No entanto, uma outra leitura (adotada pelo autor) considera Sunstein como alguém que pressupõe o interpretativismo Dworkiniano, sendo sua teoria algo como complementar à teoria de Dworkin, mas que oferta ajustes (PASCHOALINI, 2015).

Por outro lado, o autor examinou se a obra de Dworkin teria realmente um “ponto cego” ou se, em vez disso, é receptiva a influxos institucionais. Destaco, a seguir, a conclusão do autor:

Ao final do capítulo, examinei os pontos principais do direito como integridade e examinei se a obra de Dworkin teria mesmo um ponto cego ou seria aberta para considerações empíricas e para as questões sobre capacidades institucionais. O argumento que defendo, baseado em Stephen Guest, é que o conceito de integridade pode fornecer duas pistas para solucionar essa relação. Conforme sugere Guest, na teoria Dworkiniana o conceito de integridade é um ‘conceito corretivo’, que serve para construir um sistema judicial no qual os juízes podem barganhar uma concepção de justiça ideal por outros fatores do mundo real. **O conceito de integridade, nesse sentido, incorpora a sensibilidade das teorias ajustadas ao mundo real. Isso indica que Dworkin nunca esteve em uma ‘torre de marfim’, incauto em relação aos problemas do mundo real. Ao meu ver, isso também indica que um juiz que adota a teoria do direito como integridade pode ser sensível a considerações institucionais** (PASCHOALINI, 2015, p. 185, grifo nosso).

Neste frutífero debate, Lopes (2020a) também admite a possibilidade de aproximação entre os autores, uma vez que Sunstein pode ser lido a partir de uma base dworkiniana, o que seria proveitoso para as discussões atinentes ao raciocínio jurídico. Sob esse viés, Ziel oferta um esboço sobre uma “pequena hermenêutica institucional”, que congrega “questões de legitimidade do raciocínio jurídico” ao lado de “capacidades do judiciário”, com base nessa possível aproximação. Dessa forma, sustenta um “modelo combinado”, tendo como um “campo básico” a teoria do direito como integridade, desenvolvida com base em três pontos propostos por Sunstein: desenvolvimento da doutrina da prioridade local; defesa de um modelo de decisões colegiadas; atenção para a realidade, que indica o surgimento de novos desenhos institucionais (LOPES, 2020a).

---

<sup>133</sup> “Essa visão considera que o debate entre Sunstein e Dworkin seria um capítulo do debate entre Dworkin e os pragmatistas céticos” (PASCHOALINI, 2015).

Destaco, em específico, este último ponto, o qual diz respeito ao surgimento de novos desenhos institucionais. Neste aspecto exsurge mais nitidamente a relação entre teorias da interpretação e capacidades institucionais. E deve-se atentar para o fato de que, se pensarmos no papel das agências reguladoras dentro da ideia de *Administrative State*, conforme observa Lopes ao analisar Sunstein, e que também é um ponto referido por Vermeule em *Law's Abnegation*, há um silêncio de Dworkin sobre o tema.

No ponto, concordo plenamente com Ziel Lopes quando adverte que um institucionalismo radical à la Vermeule acaba por afastar os pontos interessantes sustentados por Sunstein para o debate. Contudo, tendo como premissa que não se pode cair num institucionalismo radical, é possível aceitar interações entre questões institucionais e interpretativas, sobretudo para pensarmos em modelos de desenhos institucionais, que muito podem contribuir para termos um sistema mais adequado. Não conferir ao judiciário uma centralidade monumental, ou seja, possibilitar um olhar sobre capacidades de outras instituições, sem excluir qualquer violação de direitos, pode contribuir nesse sentido.

Uma leitura dworkiniana de Sunstein, assim como incorporações de legados da obra de Sunstein para o integracionismo de Dworkin, conforme exposto por Lopes, parece ser um arranjo adequado para se integrar teorias interpretativas e razões institucionais<sup>134</sup>.

Nesse contexto, entendo que não se pode ignorar os méritos de uma teoria interpretativa para o Direito, tendo o Poder Judiciário como instituição central e como fundamento a ideia tão difundida pelo autor americano acerca da integridade e coerência. Uma teoria normativa, nos modos propostos por Dworkin, deve ser o guia para a interpretação jurídica.

Contudo, é possível que seja feita uma leitura do papel dos tribunais de contas tendo em conta algo próprio das capacidades institucionais (sem o apego

---

<sup>134</sup> “Numa apropriação criativa dos legados de Dworkin e Sunstein, defendo que a melhor maneira de ler suas contribuições seria compatibilizar suas ideias, assumindo como campo básico a teoria do direito como integridade, porque essa é a leitura que produz maior avanço no conhecimento. Nos marcos desse debate, o integracionismo demonstra dar conta satisfatoriamente dos vários problemas em jogo no direito, ao menos de maneira mais sólida do que seu rival, o pragmatismo jurídico e a anti-teoria em geral. Contudo, existem lacunas importantes no integracionismo sobre sua colocação em prática. Aqui as contribuições de Sunstein têm muito a acrescentar, desde que filtradas em seu “consequencialismo de direitos superficiais”. Portanto, é mais produtivo ler as contribuições de Sunstein como uma continuação da série teórica inaugurada por Dworkin, mantendo seu núcleo duro e reorganizando seu cinturão de hipóteses auxiliares” (LOPES, 2020a, p. 195).

pela integralidade da teoria), reconhecida a relevância das teorias interpretativas (normativas) para o direito.

Se por um lado o Judiciário tem um papel fundamental e central, sobretudo em democracias tardias como a brasileira, é preciso atentar para o fato exposto por Souza e Bolonha (2014, p. 179), no sentido de que

[...] em sociedades complexas e pluralistas não se pode atribuir estaticamente a apenas um Poder Constitucional a definição do sentido da constituição, bem como desconsiderar a dimensão prática do funcionamento e do comportamento das instituições políticas, seus processos decisórios e seus rebatimentos em outras esferas de interesse.

Creio que ter em conta o diagnóstico de Vermeule acerca do *Administrative State*, em que se pode observar uma espécie de abnegação do Direito (questão tratada na próxima seção), possa ser produtivo para enfrentarmos questões caras aos estudos sobre legitimidade, competências e limites na atuação das Cortes de Contas.

O que pretendi realizar nesta seção foi: apresentar a teoria das capacidades institucionais; apontar críticas à referida teoria; aduzir que há pontos ressaltados pela crítica que são inafastáveis, como exemplo a necessidade de persistir, em primeiro plano, a importância de teorias normativas para o Direito. Mas, de acordo com o exposto, busquei indicar que é possível assumir elementos institucionais para darmos contas de algumas questões que se colocam atualmente na pauta do Direito. No caso do Estado Administrativo, que assume uma dimensão tamanha atualmente, e sendo os tribunais de contas uma instituição inserida nesse âmbito, com a função de controlador, entendo que os contributos dos debates sobre a autonomia de instituições próprias do *Administrative State* possa conferir uma visão capaz de realocar os papéis institucionais de forma mais adequada, sem que se olvide de questões fundamentais, como a Autonomia do Direito e a necessidade de decisões constitucionalmente adequadas, conforme indica a *Crítica Hermenêutica do Direito*.

O objeto de estudo desta tese não tem por escopo aprofundar o debate sobre capacidades institucionais, ou mesmo chegar a uma conclusão sobre o assunto. A discussão acima realizada se propõe como um convite para passarmos ao próximo tópico, com essas informações em mãos, a fim de raciocinarmos a partir da lógica subjacente ao *administrative state*, que identifica um papel importante em outras

instituições, dentro de uma concepção fluida de separação de poderes. Partir de uma perspectiva que concebe a convivência de teorias interpretativas com a possibilidade de influências institucionais é um passo importante para o que será discutido adiante.

### 3.2.1 A autonomia do Estado Administrativo e o Império do Direito – o caso da abnegação

Surge, neste contexto de desafios ao Estado, uma nova forma de enfrentar as questões, como busquei demonstrar anteriormente, sendo necessário e adequado, igualmente, pensar a partir da ideia de capacidades institucionais. Cumpre, agora, tratar de um fenômeno evidenciado por Vermeule, que diz respeito à abnegação do Direito sob o prisma do *Administrative State*, em que são questionados os próprios limites e, também, a abrangência do Império do Direito nessa seara.

Evidentemente, o *administrative state* não pode ser ignorado como fato existente. Significa, na esteira dos acontecimentos que levaram ao aumento do papel das funções estatais na sociedade contemporânea, a consolidação de um atuar, por parte de entidades independentes, para fazer frente à complexa rede de demandas que foram surgindo ao longo do tempo. Isso significou, com efeito, o próprio fortalecimento da presença do Poder Executivo com o exercício de suas funções por intermédio dessas instituições (da burocracia, como um ramo independente). Em outros termos, o braço técnico-burocrático se espalhou de forma notável nos últimos tempos, amalhando, com isso, competências que desafiaram a ideia tradicional da doutrina da separação de poderes, criando um âmbito próprio de atuação<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> No Brasil, como informam Dantas, Caldas e Martins (2021, p. 13): “[...] o advento do Estado regulador manifestou-se de maneira mais intensa entre 1995 e 2003, sob a ideia de que o Estado deveria assumir um papel meramente regulador sobre alguns setores e deixar de dirigir a economia, passando a acompanhar de perto certos fenômenos com a intenção de preveni-los ou mitigar-lhes os efeitos. Com a criação das agências reguladoras, determinados setores da economia passaram a ser regulados por órgãos técnicos e com independência em relação ao governo central. O Estado regulador não desempenha somente as funções estatais clássicas de intervenção direta, serviço público, fomento e poder de polícia: a função regulatória congrega em si parcelas de competências decorrentes de cada uma dessas funções, sob configuração própria e específica para cada setor. A função principal de regulação é, portanto, a de atuar de maneira eficiente, moldando o comportamento dos agentes do mercado de forma a produzir o melhor resultado possível para a sociedade. Faz-se isso por meio de ferramentas intercambiáveis, que variam de acordo com o caso concreto.”



Desse modo, insta reconhecer que essas considerações devem ser colocadas à luz de um protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito a uma jurisdição constitucional e sob a perspectiva do Império do Direito.

Sob esse viés, e fundamentando suas conclusões na evolução da própria jurisprudência americana, Vermeule apresenta considerações acerca de uma paulatina abnegação do Direito em face da lógica inerente ao *administrative state*. Seria possível, de certo modo, enxergar aqui também uma forma de *rugosidades* miltoneanas, evidenciadas pelo processo histórico marcado pelas idas e vindas quanto à afirmação da legitimação deste Estado Administrativo constituído paralelamente ao desenho organizacional forjado originalmente pela Constituição americana – o arranjo intuído a partir do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esse processo tem sido de há muito debatido, mas, de acordo com o jurista americano, pode-se dizer que o caso que remete ao início do processo de consideração sobre a independência das agências, a partir de uma deferência por parte do Judiciário, é o famoso caso *Crowell v. Benson*, do início da década de 30 do século passado. Para se ter uma verdadeira dimensão do ocorrido, a decisão aqui tomada significou uma baliza sobre a relação Judiciário e agências e, para além disso, serviu como parâmetro para a relação entre agências independentes e o Judiciário em relação ao período que antecedeu o *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, o qual buscou regram (normativamente) o campo de atuação das agências, prevendo duas formas de procedimento: *rulemaking* e *adjudication*. Nesse aspecto, a não observância desses procedimentos poderia acarretar invalidades por parte do Poder Judiciário no controle da atuação dessas instituições.

Podemos notar que em *Law's abnegation: from law's empire to the Administrative State* Adrian Vermeule busca demonstrar que, no que diz respeito ao Estado Administrativo, o Direito rendeu-se voluntariamente ao complexo campo desse Estado burocrático formado por instituições dotadas de independência. De fato, a fotografia que se pode ter desse fenômeno é que “A abnegação do Direito tem sido essencialmente voluntária, um trabalho livre de imperativos legais internos, ou isso é o que eu procurarei demonstrar. O maior triunfo do Direito tem sido o de se subordinar, de se apagar no interesse de trabalhar a sua própria lógica”<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> “Law’s abnegation has been essentially voluntary, a working pure of internal legal imperatives, or so I will aim to demonstrate throughout. Law’s greatest triumph has been to subordinate itself, to efface itself, in the interest of working out its own logic” (VERMEULE, 2016, p. 16).

(VERMEULE, 2016, p. 16). Além disso, é possível observar que Vermeule está dialogando com o trabalho de Ronald Dworkin, sobretudo com a sua relevante obra de 1986, o *Império do Direito*. Vermeule refere que, curiosamente, o *Administrative State* é ignorado por Dworkin em seus trabalhos. O ponto é profundamente relevante e central para entendermos as adversidades do *Administrative State* no seu processo de formação e consolidação.

Vermeule, ao expor sua conclusão sobre a abnegação do Direito - e nesse sentido fazer referência ao fato de que Dworkin não se propôs a dar uma resposta para o fenômeno da deferência judicial – formula sua tese a partir do ponto de vista interno do Direito. Refere, nesse contexto, que Dworkin acabou ignorando o *administrative state* e que há razões então para suspeitar que tal fato se deu por uma “cegueira intencional” (*willful blindness*)<sup>137</sup>.

As razões expostas em *Law’s abnegation* são no sentido de que, embora na visão dworkiniana o Judiciário seja o coração do direito, isso não ocorre no caso do *administrative state*, em que o próprio Direito se abnegou da autoridade de forma unilateral e voluntária<sup>138</sup>.

É possível extrair das considerações do constitucionalista americano que a história do *administrative state* deslocou a centralidade única do Judiciário sobre a interpretação constitucional, ao que se pode concluir que capacidades institucionais importam no tocante a novas possibilidades de decisão, uma vez que a composição do Judiciário é, de certa forma, limitada, frente a temas complexos e técnicos, que

---

<sup>137</sup> “O enigma é que Dworkin essencialmente ignorou o Estado Administrativo de forma tão absoluta que se suspeita que tenha sido um caso de cegueira intencional. Lendo a obra de Dworkin, dificilmente saberíamos que o Estado Administrativo existia.” (VERMEULE, 2016, p. 03). “The puzzle is that Dworkin essentially ignored the administrative state, so thoroughly that one suspects it had to be a case of willfull blindness. Reading Dworkin’s corpus one would hardly know that the administrative state existed” (VERMEULE, 2016, p. 03).

<sup>138</sup> Conforme Vermeule (2016, p. 219): “A história e a lógica do direito administrativo dos EUA sugerem que, em nosso sistema, o império da lei – no sentido de Dworkin, que faz do Judiciário o coração do Direito – não pode coexistir com o Estado Administrativo. Repito, isso não quer dizer que o Direito aplicado pelo Judiciário e o Estado Administrativo não possam coexistir, apenas que ambos não podem ser simultaneamente primordiais. Apenas um pode ser mestre; e o Direito decidiu ceder. As razões do Direito, entendidas por meio do ajuste e da justificação, têm apontado o caminho para a abnegação do Direito diante do Estado Administrativo.” “The history and logic of U.S. administrative law suggest that, in our system anyway, law’s empire — in Dworkin’s sense that makes courts the heartland of law — cannot coexist with the administrative state. Again, this is not to say that law- enforced- by- courts and the administrative state cannot coexist at all, just that both cannot si mul ta neously be paramount. Only one can be master; and law has deci ded to give way. Law’s reasons, understood through fi t and justifi cation, have pointed the way toward law’s abnegation in the face of the administrative state.”

são próprios desse novo fenômeno protagonizado por agências independentes que compõem a burocracia estatal.

Cabe reconhecer, por conseguinte, que essa tendência a respeito de uma deferência por parte do Judiciário em direção à administração é fato, hoje, inconteste. Se é verdade que há âmbitos em que o Judiciário tem competência própria, deve-se reconhecer, por outro lado, que na seara do Estado Administrativo há a efetivação de políticas públicas, de ação executiva tendente a concretizar ações reais para que o Poder Executivo cumpra seu verdadeiro papel. Se atentarmos, por outra via, para a atuação dos tribunais de contas, será possível então observar que sua atividade ocorre nesse polo de ação e, embora seja órgão estatal vocacionado ao controle, atua com independência e a partir de especialização, e está posicionado nesse âmbito próprio em que a gramática parece requerer a deferência advinda do Judiciário. Afinal, a tendência de deferência é, em verdade, uma característica global do direito administrativo, que pode ser observável em muitos sistemas, ou seja: em última análise, é possível observar que o arco do Direito se curva em direção à deferência (VERMEULE, 2016). Isso não significa afastar o Judiciário do seu papel de controle sobre possíveis violações ao direito, mas sim de permitir uma autonomia a instituições independentes, em razões de sua especialização quanto aos temas tratados. Como já observado anteriormente, *Crowell v. Benson*, em 1932, já lançara as primeiras referências para esse debate que vai se seguir até os dias atuais.

Oportuno aduzir que talvez um dos pontos mais instigantes e centrais no debate sobre o *Administrative State* seja o respeitante à sua constitucionalidade. É notória a crítica de alguns autores sobre as bases constitucionais acerca das competências das agências reguladoras, sobretudo pelo fato de que existiria uma violação ultrajante aos postulados da doutrina pura da separação de poderes. Como resposta a questionamentos dessa natureza, o jurista americano oferta os seguintes argumentos, os quais merecem ser examinados em consonância com a história do Estado Administrativo:

Com efeito, o estado administrativo é inteiramente resultado das instituições constitucionais de 1789. É uma criação do Congresso, por meio dos processos legislativos constitucionais; do Presidente, quer como participante no processo legislativo, quer como chefe do poder executivo; e do Judiciário, que analisa e (quase sempre) aprova a atribuição de competência legislativa ao Presidente e às agências. Esse processo é convencionalmente chamado 'delegação' às agências, mas é uma

delegação de competência legislativa, não do poder legislativo próprio do Congresso. As agências federais, com algumas exceções relacionadas aos poderes constitucionais típicos do Presidente, são inteiramente criações legais; elas são criadas pela legislação, têm seus poderes conferidos pela legislação, e são limitadas pela legislação - incluindo limitações que aparecem não só na lei orgânica da agência, mas também na Lei Federal Americana de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act - APA*) (VERMEULE, 2016, p. 43).<sup>139</sup>

Entendo que a resposta apresentada por Vermeule demonstra um argumento robusto, que tem correspondência com os fatos, e aponta para a necessidade de se examinar as nuances do Estado Administrativo não com os olhos tomados por uma ideia imóvel sobre a separação de poderes, mas à luz das modificações existentes sobre as próprias configurações do Estado na contemporaneidade.

Não obstante a possibilidade de apropriação dos elementos ofertados por Vermeule - sobretudo para pensarmos sobre a natureza da atividade dos tribunais de contas -, creio que a advertência referida por Abboud sobre a leitura do autor americano a respeito do fenômeno deve ser observada. É que, como bem alerta Abboud (2021, p. 560), “[...] partilhar do seu diagnóstico não significa defender um agir administrativo alheio a qualquer sindicância ou controle. Pelo contrário, significa cultivar uma postura mais sensível e humilde face às complexidades do mundo contemporâneo.” Noutro momento, o autor deixa claro algo com o qual plenamente concordo, no sentido de que “É preciso notar, mais uma vez, que não compartilhamos das conclusões de Adrian Vermeule, e, sim, do seu diagnóstico” (ABBOUD, 2021, p. 563).

Feitas essas considerações, impõe-se a abordagem que se segue.

### **3.3 Os tribunais de contas dentro de uma nova visão de Separação de Poderes**

Como primeiramente referido, o presente tema fomenta o debate que adentra um espaço de considerações centrais para o Constitucionalismo, porquanto mobiliza

---

<sup>139</sup> “In fact the administrative state is entirely the product of the constitutional institutions of 1789. It is a creature of Congress, acting through the constitutionally prescribed processes of lawmaking; of the President, both as participant in the lawmaking process and as head of the executive branch; and of the courts, who review and (almost always) approve grants of statutory authority to the President and agencies. This lawmaking process is conventionally called “delegation” to agencies, but it is delegation of statutory authority, not delegation of Congress’s own legislative powers. Federal agencies, with a few exceptions related to the President’s core constitutional powers, are entirely creatures of statute; they are brought into being by legislation, given their powers by legislation, and constrained by legislation — including constraints that appear not only in the agency’s organic statute, but in the APA” (VERMEULE, 2016, p. 43).

argumentos – contrários e a favor – acerca do possível impacto causado pelo *administrative state* nas bases fundantes que consagram a doutrina da separação de poderes.

Claro que para se iniciar o debate sobre o significado da separação de poderes nos tempos atuais, temos, de certa forma, estabelecida uma referência mínima em que o Estado está submetido ao império da lei. Essa ideia de Estado de Direito nos transmite a presença de uma “juridicidade estatal”, podendo ocorrer de formas diferentes em distintos ordenamentos jurídicos concretos<sup>140</sup>, mas que, ao fim e ao cabo, referem-se a uma concretização do “Estado Constitucional de Direito”. Como se pode perceber, isso é, em suma, uma tradução da “domesticação do domínio político” pelo Direito, nas palavras de Canotilho (2003).

Parece ser essa a premissa sob a qual devemos entender a relação entre os Poderes, já que o próprio Estado está submetido ao Direito, o que confere à análise das relações entre os poderes um ponto de partida claro, no sentido de que as limitações de cada um deles, na dinâmica de suas interrelações, realimenta a própria legitimidade do Estado. É por isso que a doutrina da separação dos poderes é ao mesmo tempo antiga e atual, razão pela qual merece sempre ser examinada à luz de suas referências históricas, mas com um viés contemporâneo. Eis uma nítida questão hermenêutica, dessarte.

Sobre a separação de poderes e a questão atinente à sua origem, em regra, são referidas, na antiguidade, as obras de Cícero e Aristóteles, ao passo que, na modernidade, os trabalhos de John Locke e de Montesquieu ganharam notoriedade. Aquele, com o *Segundo Tratado sobre o Governo*<sup>141</sup>, e Montesquieu<sup>142</sup> com o *Espírito*

---

<sup>140</sup> Há diferentes formas em que esse fenômeno ocorre, tais como *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État Légal* entre outros, conforme doutrina Canotilho.

<sup>141</sup> Locke pensou nos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo. O Poder Legislativo, aqui, surge como soberano em relação aos demais, submetendo-se, todavia, ao poder do povo: “Embora uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar contra a intenção do encargo que lhe confiaram” (LOCKE, 2005, p. 109). Sem dúvida, aqui, o esforço do filósofo em afastar a ideia de um poder absolutista, no sentido de buscar evitar o abuso. Para Locke, ao lado do Legislativo e Executivo, o Poder Federativo teria a função de zelar pelas questões internacionais, embora não necessariamente tivesse que estar em mãos diferentes. “Embora, como vimos, os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas. Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que,

das Leis, obra que de certa forma acaba sendo tomada como o trabalho sistematizador da prefalada doutrina<sup>143</sup>. Nota-se, contudo, que o desenvolvimento dessa formulação comprometida com a limitação do poder pode já ser vislumbrada no ambiente inglês do século XVII, estando diretamente associada à ideia do *rule of law*<sup>144</sup>. O princípio, como base, contudo, diz respeito à necessidade de limitação do poder, em última instância<sup>145</sup>. De fato, não se pode esperar do conceito de

---

em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres” (LOCKE, 2005, p. 107-108). Clève (2020) anota que seriam 4 os poderes enumerados por Locke – Legislativo, Executivo, Federativo e Discricionário – sendo que, na verdade, resumiam-se apenas ao Poder Legislativo e ao Executivo, tendo em conta que o Federativo deveria ser conjugado ao Executivo, assim como o Legislativo estaria ligado ao Poder Executivo.

<sup>142</sup> “Novamente, não há liberdade se o poder de julgar não for separado do Legislativo e Executivo. Se se unisse ao Legislativo, a vida e a liberdade dos cidadãos seriam expostas a um controle arbitrário, pois o juiz seria legislador. Caso se juntasse ao Poder Executivo, o juiz poderia comportar-se com violência e opressão.” “Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression” (MONTESQUIEU, 2001).

<sup>143</sup> “Montesquieu foi um dos grandes filósofos políticos do Iluminismo. Insaciavelmente curioso e mordazmente engraçado, ele elaborou um relato naturalista das várias formas de governo, e das causas que as tornaram o que eram e que impulsionaram ou restringiram seu desenvolvimento. Ele usou esse relato para explicar como os governos poderiam ser preservados da corrupção. Ele viu o despotismo, em particular, como um perigo permanente para qualquer governo que ainda não fosse despótico, e argumentou que a melhor forma de o prevenir seria por meio de um sistema em que diferentes órgãos exercessem os poderes legislativo, executivo e judiciário, e no qual todos esses órgãos estivessem submetidos ao princípio da legalidade. Essa teoria da separação de poderes teve um enorme impacto na teoria política liberal e sobre os constituintes americanos” (BOK, 2018). “Montesquieu was one of the great political philosophers of the Enlightenment. Insatiably curious and mordantly funny, he constructed a naturalistic account of the various forms of government, and of the causes that made them what they were and that advanced or constrained their development. He used this account to explain how governments might be preserved from corruption. He saw despotism, in particular, as a standing danger for any government not already despotic, and argued that it could best be prevented by a system in which different bodies exercised legislative, executive, and judicial power, and in which all those bodies were bound by the rule of law. This theory of the separation of powers had an enormous impact on liberal political theory, and on the framers of the constitution of the United States of America” (BOK, 2018).

<sup>144</sup> Impende salientar, nesse sentido, que “É nesta atmosfera conturbada, importando notar que os antagonismos entre monarquia e parlamento guardam variadas motivações (políticas, econômicas, religiosas), que é gestado o princípio da separação de poderes. É mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal” (STRECK; OLIVEIRA, 2018, p. 145).

<sup>145</sup> Numa visão a partir de um fenômeno mais amplo acerca do surgimento da divisão de poderes, Abboud e Oliveira referem que há que se ter em conta uma interação, um *eixo histórico*, que relaciona as revoluções inglesa, francesa e americana. Dessa forma: “Do ponto de vista global, é possível afirmar que as revoluções inglesas e francesas tiveram que lidar, guardadas as peculiaridades de cada uma das realidades históricas, com o problema das guerras civis religiosas no contexto da conformação do governo estatal; ao passo que, nos Estados Unidos, a revolução está mais ligada ao desligamento das colônias com relação à metrópole e a necessidade de afirmação de um governo autônomo, desvinculado do rei e do parlamento inglês. Essa constatação não descarta a influência que cada um destes movimentos exerceu entre si. Pelo contrário, é certo que há uma mútua influência na construção dos ideais constitucionalistas.

separação de poderes algo natural, no sentido de ser revelado apenas como uma separação tripartite de funções; ao contrário, deve ser apreendido como um conceito dinâmico, não estático (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014). Nesse aspecto, merece ser reconhecido como um conceito *histórico-político*, pois é marcado pela mutação ao longo do processo da história (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014).

Isso significa que conceber a ideia de separação de funções entre os Poderes dentro de uma noção histórica e política atrai a necessária reflexão sobre democracia e constitucionalismo no que tange aos desafios impostos ao republicanismo nos nossos dias. Aliás, respeitante a este último ponto em particular, tem-se que, sob a ideia de república, as próprias demandas da sociedade foram se modificando ao longo da história, impactando as próprias formas políticas (ARAUJO, 2013)<sup>146</sup>.

Nessa perspectiva, as instituições merecem ser analisadas com base no contexto em que se inserem. Obviamente, devemos levar em consideração a tradição do instituto – fato, a propósito, elementar, ainda mais quando se está diante da compreensão de um fenômeno histórico como este – mas não se pode olvidar que é necessário examiná-lo à luz do seu tempo. Observando, por exemplo, a divisão de competências normativas entre Legislativo, Executivo e reguladores, nesse novo cenário, Guerra (2015) propugna pela redefinição daquela separação clássica.

Colho, nesse sentido, a relevante reflexão de Clémerson Merlin Clève sobre a complexa tarefa de conciliar este fenômeno na atualidade, porquanto: “A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre,

---

Todavia, cada uma dessas realidades irá criar mecanismos muito específicos para o controle do exercício do poder” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p. 04).

<sup>146</sup> “Vale insistir, nesse sentido, que a república contemporânea, conforme se a entendeu aqui – isto é, como Estado e como democracia -, está comprometida até seus alicerces com certas ideias-chave, que são a base de sua legitimidade. Entre as quais: que o homem é um ser dúctil e moldável; que a sociedade é um processo, cujo motor é o conflito social, através do qual se autocria e autodesenvolve; que as hierarquias sociais admitidas nela são fluidas na mesma razão em que se tomam os homens como seres dúcteis e moldáveis; que o processo social pode ser penetrado de valor graças à agência humana, e é só nessa medida que a própria ideia do progresso torna-se um valor; e que, enfim, a sustentação política da sociedade democrática depende que o conflito por ela reconhecido estimulado resulte em progresso efetivo” (ARAUJO, 2013, p. 339-340).

por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los mais intensos, seguros e eficazes” (CLÈVE, 2020, p. 42).

Essa exposição, como ficará claro ao longo do trabalho, é acertada e de uma atualidade ímpar, porquanto reconhece a mutabilidade das relações sociais e, via de consequência, a possibilidade de entendermos, no arranjo institucional, novas competências ao próprio Poder Executivo, executor de políticas públicas, mas que, com isso, também se mostra necessário um controle efetivo de sua atuação. O autor, ao formular a conclusão acima transcrita, não parte de um ponto zero, mas, ao contrário, reconhece a transformação da sociedade e vislumbra na mudança a necessidade de ressignificar o próprio princípio da separação de poderes, já que, nas suas palavras, “No século XX, muita coisa mudou.” Em verdade, “O tempo mudou”. E arremata: “Um tempo que exigiu do Estado a assunção de renovadas tarefas de tal modo que se agigantou. O bem-estar dos cidadãos está nas mãos do Estado, mas, paradoxalmente, a liberdade de todos pode também ali residir, presa nas mãos do poder” (CLÈVE, 2020, p. 41).

Como pôde ser observado anteriormente, a existência do *administrative state* desafia posicionamentos tradicionais sobre a separação de poderes e, nessa medida, quando aproximamos a atuação dos tribunais de contas da lógica própria do *administrative state*, isso também acaba sendo aplicado às Cortes de contas. Além disso, esse debate acaba por atravessar as discussões acerca do fenômeno numa perspectiva da jurisdição constitucional, em que os tribunais estão no centro do debate. Ocorre que, não obstante possa existir uma incompatibilidade entre as noções de jurisdição constitucional e *administrative state*, a existência do Estado Administrativo, que não tem seu lugar apenas na América do Norte, mas se espalha por outros países ocidentais, acarreta um repensar acerca do papel do judiciário em uma democracia<sup>147</sup>.

Mas, como já visto também, o que chama a atenção é o caráter dinâmico e não estático da doutrina da separação de poderes, marcado pela mutação ao longo da história (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014). Nesse sentido, o *administrative state* é um fenômeno que nos empresta uma gama de exemplos para refletir essas

---

<sup>147</sup> Sob esse viés, Abboud refere que “A pergunta que de imediato nos assombra é a seguinte: deve o judiciário resolver todas as matérias que são postas *sob judice*? Cuida-se de questionamento que nos leva intuitivamente a perquirir se, para além disso, o Judiciário é capaz de fornecer todas as respostas. Ou, ao menos, se o judiciário consegue nos oferecer respostas juridicamente satisfatórias” (ABBOUD, 2021, p. 563).



modificações que podem ocorrer dentro da própria concepção de separação de poderes. Aliás, essa mutação acerca do entendimento da separação de poderes ou, por outro lado, a existência de fenômenos históricos que atuaram em uma margem fora daquela estipulada pela tradicional doutrina pode ser encontrada em outros ambientes<sup>148</sup>.

A questão é que, hoje, a teoria da separação de poderes passa por um novo filtro e a sua dinamicidade, como característica essencial, deve ser a base para se compreender o papel dessas novas agências e, no particular, a atuação dos tribunais de contas.

Na próxima seção trato das críticas direcionadas ao *administrative state* e das possíveis formas de sua superação, quando compreendido tal fenômeno como fato incontestemente atualmente e à luz de uma leitura contemporânea da teoria da separação de poderes<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Assim, ainda na esteira do Direito Administrativo, sabe-se que na própria origem deste ramo do Direito, na França, por conta do trabalho jurisprudencial do Conseil d'Etat, é possível vislumbrar uma atitude que se desencontra dos postulados clássicos do "dogma" da separação de poderes (OTERO, 2019). Nesse aspecto, os achados dão conta de que houve um verdadeiro protagonismo do Conseil d'Etat, formulando normas para conformar o Direito Administrativo Francês, como se legislador fosse. Esse panorama do surgimento do Direito Francês demonstra um viés que não acompanha a doutrina clássica de Montesquieu. É interessante notar, igualmente, conforme Paulo Otero, que a atuação do Conseil d'Etat se deu em companhia da intervenção presente e marcante do Poder Executivo, que detinha a última palavra sobre aquele Tribunal administrativo. Tal fato levou a uma situação tal de o Poder Executivo "colocar" o próprio Direito Administrativo, construindo uma legalidade própria, à margem do Direito. Em verdade, esse fenômeno significou "[...] uma forma sui generis de o poder executivo se substituir ao legislativo na criação de Direito e, talvez ainda mais importante, abriu-se aqui um amplo espaço de construção pelo executivo de uma legalidade derogatória do Direito Comum" (OTERO, 2019, p. 271). Justamente nesses termos é que o Direito Administrativo Francês demonstra uma subversão da ideia clássica da separação de poderes, sendo a "legalidade" administrativa construída à revelia do Poder Legislativo e, por isso, desvinculada da lei, extraindo do próprio Poder Executivo sua força (OTERO, 2019). Portanto, aqui, um exemplo de flagrante distanciamento dos postulados da doutrina da separação de poderes. Claro que não se está defendendo a atuação, até mesmo muitas vezes ativista, do Conseil d'Etat, mas apenas se busca mostrar como muitas vezes o paradigma da separação de poderes não foi seguido, em realidades diversas, na sua expressão tradicional. Veja-se, nesse sentido, inclusive, que "A impregnação pelo Direito Comunitário da ordem jurídica dos Estados-Membros da União Europeia vem hoje conferir uma assimilável actualidade ao relevo de uma normatividade de formação pretoriana" (OTERO, 2019, p. 273). É curioso, porquanto paradoxal, que nos países de tradição do common law o processo foi o aposto, havendo submissão das ações do Poder Executivo à lei. Sobre esse tema, Binembojm refere que "Cabe aqui fazer o registro deste que é o paradoxo da origem do direito administrativo nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente: embora surgido em um país vinculado à tradição romano-germânica, sua elaboração deu-se por construção do juiz administrativo - processo típico do *common law*; enquanto isso, nos países anglo-saxônicos, o reconhecimento da autonomia do direito administrativo, já em momento avançado do século XX, ligou-se sobretudo à legislação escrita (processo característico do sistema romano-germânico)" (BINENBOJM, 2014, p. 16).

<sup>149</sup> Em verdade, a crítica direcionada ao *administrative state* não se mostra uníssona. Conforme destacam Sunstein e Vermeule (2020, p. 18), algumas delas são *originalistas*, outras *libertárias* (o *administrative state* colocaria em perigo o ideal de liberdade), e também há a crítica *democrática*

### 3.3.1 The New Coke

Dentre os críticos do Estado Administrativo nos Estados Unidos há um discurso que prega um abuso por parte desse Quarto Poder, e essa manifestação é nominada, como movimento, *The New Coke* (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020). Essas considerações dizem respeito, em verdade, ao pano de fundo teórico que anima os debates sobre a legitimidade do *Administrative State*.

Impende compreender, nesse contexto, o que significou o papel desenvolvido por *Coke* para a separação de poderes na Inglaterra do século XVII:

Vale recordar que Edward Coke (1552-1634) defendeu a sujeição do Estado à *common law*. Vez que os pronunciamentos dos juízes, incumbidos de dizer a *common law*, ostentavam a potencialidade de repercutir ou vincular a atividade governativa, a cargo basicamente do rei, em conjugação com a tese da submissão do parlamento ao direito comum, evidente que a celeuma escapava da dicotomia entre monarquia e parlamento para incluir a tarefa a tarefa jurisdicional e seus agentes, exercício este consideravelmente presente no cotidiano dos indivíduos. De lembrar que William Blackstone (1723-1780) sustentou, diversamente, de Coke, a soberania ou ascendência parlamentar (STRECK; OLIVEIRA, 2018).

Dessa forma, o certo é que exsurge um novo grau de autonomia do Judiciário frente ao poder do Soberano com a doutrina de Edward Coke fundada na importância do *common law*<sup>150</sup>. De fato, para *Sir Coke* a figura do juiz encarnava uma

---

(o Estado Administrativo colocaria em xeque o próprio controle democrático). No entanto, apesar das diferenças, todas, ao fim, acusam que o *administrative state* é contrário ao *rule of law*.

<sup>150</sup> De fato, "Na Inglaterra, os advogados acrescentaram uma nota distinta e importante ao debate. Seu grande momento veio no século XVII, quando uma disputa entre o absolutismo de Stuart e o Parlamento dividiu o país. Entre as vozes mais importantes ouvidas no conflito estavam as de Sir Edward Coke (falecido em 1634), possivelmente o advogado mais erudito de todos os tempos, Francis Bacon (falecido em 1626), John Selden (falecido em 1654) e Matthew Hale (falecido em 1676). Uma de suas alegações marcantes sustentava que ninguém - certamente não a coroa, mas nem mesmo o Parlamento - estava acima das normas jurídicas (jurisprudência vinculante), e que cabia aos juízes decidir se um determinado Ato do Parlamento era contrário aos seus princípios fundamentais. Em sua luta contra a "soberania" real, apelaram para a história, alguns evocando a lenda de uma Inglaterra anglo-saxônica livre que havia sido conquistada e oprimida pelos normandos, submetida ao "jugo normando" e privada de suas antigas leis e tradições. Outros, como Coke, limitaram-se a argumentos estritamente jurídicos e buscaram, para sustentar sua tese, precedentes judiciais medievais, como decisões que declaravam novas leis nulas por serem incompatíveis com a jurisprudência" (CAENEGEM, 1995, p. 27). "In England the common lawyers added a distinct and importante note to the debate. Their great moment came in the seventeenth century, when the struggle between Stuart absolutism and Parliament divided the country. Among the most important voices heard in the conflict were those of Sir Edward Coke (d. 1634), possibly the most learned lawyer of all time, Francis Bacon (d. 1626), John Selden (d.1654) and Matthew Hale (d. 1676). One of their striking contentions maintained that no one - certainly not the crown, but not even Parliament - was above the common law, and that it belonged to the judges to decide whether a particular Act of Parliament was contrary to its fundamental principles. In their struggle against royal 'sovereignty' they appealed to history, some of them evoking the legend of a free Anglo-Saxon England which had been conquered and oppressed by the Normans, subjected to the

acumulação de conhecimento ao longo da história, o que lhe conferia legitimidade para realizar justiça. Há, efetivamente, um esforço de limitação do poder soberano<sup>151</sup>. Sobressai, ainda, desse período histórico, que é crucial para a compreensão da doutrina da separação de poderes – na sua genealogia – o fato que o poder Judiciário está no cerne do debate, o que significa dizer que a fixação do seu papel na dinâmica entre os poderes tem sido, desde sempre, elemento essencial para a compreensão da divisão de poderes<sup>152</sup>.

Em verdade, o *New Coke* compreende um conjunto de posicionamentos que identifica nesse fenômeno das agências da burocracia um afastamento do campo da constitucionalidade, porquanto estaria ele destituído de legitimidade, tendo em vista as bases fundantes da Constituição americana. Portanto, há um conjunto de doutrinadores (e de parte do próprio Judiciário) que criticam o *administrative state*, por entenderem que há uma violação direta à doutrina da separação de poderes, já que esse novo fenômeno teria pretensões de sobreposição às competências dispostas aos demais poderes constituídos. Assim, nitidamente, as características endereçadas às agências – e a todo o aparato administrativo burocrático -, tal como poderes de legislar e julgar (além da própria regulação), ensejariam um poder desmedido e potencialmente incontrolável, como é bem descrito por Sunstein e

---

'Norman Yoke' and deprived of her ancient laws and traditions. Others, like Coke, limited themselves to strictly legal arguments and looked for precedents in medieval court rolls, such as judgments declaring new laws null and void for being incompatible with the common law, to support their thesis" (CAENEGEM, 1995, p. 27).

<sup>151</sup> Nessa perspectiva, calha assinalar a ideia de "*artificial reasoning*", a significar um tipo de raciocínio artificial, utilizado por Coke para combater insurgência do soberano – à época James I – contra o Judiciário. Gilberto Morbach bem resume suas características: "Esse raciocínio 'artificial', alicerce do *common law* segundo as concepções dominantes à época, teria seis características típicas; seis dimensões que, além de caracterizá-lo, explicariam por que essa espécie distinta de razão do Direito seria um aperfeiçoamento da razão 'natural'. A *artificial reasoning* era (i) *pragmática* (focada na resolução de problemas práticos) e constituía (ii) uma *missão pública* (que conferia considerações voltadas à justiça a esse aspecto pragmático); era também (iii) *contextual* (no sentido de que o juiz do *common law* somente adquiriria sua capacidade especial de raciocínio e julgamento a partir da experiência, com anos de imersão na particularidade do direito comum); e (iv) *não sistematizada* (no sentido de que uma coerência *local*, seguindo a lógica pragmática, era mais importante que perspectivas teóricas sobre o corpo do sistema como um todo); (v) *discursiva* (isto é, construída oralmente; e, por isso, nas palavras de Sir Coke, a 'argumentação discursiva' era expressão da razão) e, por fim, era uma razão (vi) *comum, compartilhada* (superando, assim, enquanto prática compartilhada, a razão 'natural' – por sua vez, passível de ser exercida individualmente)" (MORBACH, 2019, p. 26-27).

<sup>152</sup> Certamente "O delicado contato orgânico-funcional revela que, desde a sua gênese, a divisão de poderes teve o poder judicial, à época denominado executivo, como questão capital, tanto no relacionamento com a monarquia quanto com o parlamento. A sistemática da divisão de poderes deu-se em muito por causa da percepção de que, a fim de garantir liberdades, igualdade, estabilidade social, imprescindível que o juiz não se confunda com o governante ou com o legislador" (STRECK; OLIVEIRA, 2018, p. 146).

Vermeule (2020), que esboçam um quadro dos principais aspectos referentes ao movimento *New Coke*.

O conjunto de críticos que congregam o *New Coke*, dessa maneira, está ligado à resistência judicial conferida por *Sir Edward Coke* e os *common lawyers* ao despotismo dos *Stuarts* na Inglaterra. Nessa medida, é possível constatar que os críticos que representam o *New Coke* defendem a aplicação de uma interpretação originalista<sup>153</sup> da Constituição americana, a fim de impor limites aos órgãos administrativos, pregando, ainda, que por parte do Judiciário deve existir um movimento de menor deferência às agências<sup>154</sup>. Conforme relatam Sunstein e Vermeule (2020, p. 19):

No início do século XXI, o direito público americano está sendo desafiado por um ataque fundamental à legitimidade do Estado Administrativo, geralmente sob a bandeira da 'separação de poderes'. Principalmente na doutrina, mas com algum apoio no Judiciário, os adversários frequentemente se referem ao espectro da tirania e do absolutismo. Às vezes mencionam o despotismo de Stuart e valorizam um (supostamente) heroico oponente do despotismo de Stuart: o juiz do sistema jurídico anglo-saxão (*common law*), simbolizado por Edward Coke<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> O originalismo apregoa uma forma de interpretação da Constituição que está ligada ao sentido original do texto, com base no que foi estabelecido pelos Pais Fundadores (*Founding Fathers*), ou outros pensadores da época. Antonin Scalia, um representante importante do Originalismo, explica as razões, no seu entender, para a defesa desse modo de interpretar o texto: "Eu vou consultar os escritos de alguns homens que por acaso foram delegados à Convenção Constitucional - os escritos de Hamilton e Madison em *The Federalist*, por exemplo. Faço-o, no entanto, não porque fossem *Framers* e por isso a sua intenção é impositiva e deve ser a lei; mas sim porque os seus escritos, como os de outras pessoas inteligentes e informadas da época, mostram como o texto da Constituição foi originalmente compreendido. Dessa forma, confiro o mesmo peso às peças de Jay em *The Federalist*, e aos escritos de Jefferson, apesar de nenhum deles ser um *Framer*. O que eu procuro na Constituição é precisamente o que procuro em um estatuto: o significado original do texto, não o que os escritores originais pretendiam" (SCALIA, 1997, p. 47). "I will consult the writings of some men who happened to be delegates to the Constitutional Convention — Hamilton's and Madison's writings in *The Federalist*, for example. I do so, however, not because they were Framers and therefore their intent is authoritative and must be the law; but rather because their writings, like those of other intelligent and informed people of the time, display how the text of the Constitution was originally understood. Thus I give equal weight to Jay's pieces in *The Federalist*, and to Jefferson's writings, even though neither of them was a Framer. What I look for in the Constitution is precisely what I look for in a statute: the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended" (SCALIA, 1997, p. 47).

<sup>154</sup> Pode-se observar que tais partidários dessa concepção crítica ao administrative state consideram como não democrática a ampla delegação de poder por parte dos legisladores para aqueles órgãos administrativos, sempre sublinhado uma possibilidade indesejada de arbítrio por parte desses órgãos. A ideia predominante aqui diz respeito à suposta violação à doutrina da separação de poderes, que busca afastar a delegação de poderes às agências, que constituem esse braço burocrático do Estado, porque isso consistiria em concentração de poderes, o que vai na direção diametralmente oposta à defendida pela doutrina citada.

<sup>155</sup> "In the early twenty-first century, American public law is being challenged by a fundamental assault on the legitimacy of the administrative state, usually marching under the banner of the 'separation of powers'. Mainly found in academia, but with some support on the bench, the challengers frequently refer to the specter of tyranny or absolutismo. Sometimes They speak of Stuart

Deveras, a ideia pressuposta à teoria da separação de poderes influenciou, notadamente, a construção da Constituição americana, consagrando-se em uma espécie de estofo teórico para a engenharia institucional engendrada pelos *founding fathers*, que buscavam à época, em última análise, o controle do poder. Mas isso não significa que a leitura do desenho da Constituição americana deva ser tomada de forma estreita, sem que seja possível identificar, na própria história daquele país, características próprias de construção de instituições que ameaharam, ao longo do tempo, importância e força institucional, como é o caso das agências que constituem o Estado Administrativo.

A Constituição estadunidense, em verdade, delimitou expressamente o Poder Legislativo, incumbido pela criação da legislação; o Poder Executivo encarregado de administrar e executar as leis; bem como o Poder Judiciário, na sua função precípua. Contudo, deve-se registrar que a feitura da carta Constitucional americana ocorreu sob a influência negativa da relação que as colônias tiveram com a Coroa britânica, o que acabou impactando na limitação das competências do Poder Executivo; todavia, a falta de uma estruturação analítica do Poder Executivo permitiu que se forjasse, ao longo do tempo, uma forma de governo que ficou conhecida como *administrative state*, que passou a atuar nas franjas das instituições tradicionais<sup>156</sup> (GUERRA, 2017).

E é justamente essa circunstância (as características das agências reguladoras - por acumularem funções diversas), que seus críticos apontam como uma discrepância. O fato é que, em solo americano, ainda não há uma solução para a referida celeuma. Tanto em âmbito acadêmico, bem como nos tribunais, as expectativas e opiniões sobre a legitimidade das agências é objeto de disputa, não obstante tratar-se de fato incontestado na institucionalidade do sistema americano. A propósito, o simples fato de existir tal discussão já atesta a existência irrefutável do fenômeno. Na hesitante atuação do Judiciário sobre o tema, fato é que quando este

---

despotismo, and They valorize a (putatively) heroic oponent of Stuart despotismo: the common-law judge, symbolized by Edward Coke” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 19).

<sup>156</sup> Sobre o processo paulatino de construção desse estado administrativo, Guerra (2017, p. 128) asseve que: “Considerando que a Constituição Federal norte-americana não disciplinou a estrutura do Poder Executivo para o desempenho de suas funções, essa questão foi desenvolvendo-se ao longo do tempo de forma diversa ao ocorrido na França. Construiu-se, pouco a pouco, um modelo de governança que denominou-se Estado Administrativo (*Administrative State*), também representado na doutrina pelas expressões: *bureaucratic state*, *capitalist state*, *corporatist state*, *postindustrial state*, *regulatory state* e *welfare state* contrapondo-se ao princípio do Executivo Unitário. O Estado Administrativo, portanto, é uma concepção tipicamente norte-americana e estruturada por meio de agências (executivas e reguladoras) externas ao Poder Executivo, que compõem a burocracia estatal estadunidense.”

se debruçou sobre a possibilidade ou não da delegação de funções às agências, na verdade, nunca proibiu por completo a atividade da burocracia<sup>157</sup>. Em outras palavras, esse é um debate que se espalha no Direito americano; todavia, ainda não é possível afirmar que o *administrative state* esteja sendo seriamente ameaçado (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020). Nesse sentido, não obstante votos dissidentes no âmbito da Suprema Corte, os julgados, via de regra, reconhecem a legitimidade quanto ao evento da deferência em direção às agências independentes. Além disso, como pretendi ressaltar aqui, uma visão atualizada da doutrina da separação de poderes é capaz de conferir legitimidade ao Estado Administrativo.

### 3.3.2 Doutrina *Chevron* ou *Chevron deference doctrine*

Desde seu início, ainda no século XIX, talvez não se imaginasse o grau de musculatura que as agências viriam a adquirir na sua evolução histórica, transformando-se em um aparato institucional estatal capaz de, em diferentes âmbitos, fazer frente às necessidades emergentes do Estado. Nessa circunstância, inexistem dúvidas de que a decisão emitida pela Suprema Corte Americana, no caso *Chevron U.S.A Inc. v. Natural Resources Defense Council*, em 1984, constituiu-se num paradigma central para o Direito Administrativo daquele país. De fato, por intermédio deste julgado, a *Supreme Court* acabou por estender maior deferência às agências, no sentido de uma autocontenção judicial, como também seria identificado em outros casos, tais como *Skidmore deference* e a doutrina *Auer*, por exemplo.

Na verdade, numa análise mais detida sobre o tema, percebe-se que existe uma diferença entre a lógica que ampara a doutrina *Chevron* – já que esta refere-se à deferência por parte do poder judiciário no tocante às interpretações das agências reguladoras sobre as normas de determinado setor – e aquela que suporta a doutrina *Auer*, uma vez que, neste último caso, a deferência dos tribunais leva em

---

<sup>157</sup> Em recente artigo acadêmico, Phillips (2021) argumenta acerca das considerações do *Justice Neil Gorsuch* em julgado da Suprema Corte Americana no caso *Gundy v. United States*, em razão de discussões que se sucederam à decisão, notadamente o que seria um Voto dissidente em direção ao retorno da doutrina da não delegação. Em seu estudo, o autor busca demonstrar que tal entendimento plasmado na decisão não teria um tom tão formalista e conservador, mas que seria no sentido de fazer um controle mais restrito às delegações do Legislativo às agências, embora muitos críticos entendam que se trata de um retorno à doutrina da não delegação. Em posição crítica, conferir Hall (2020). Note-se que na referida decisão a Suprema Corte, em 2019, decidiu que não houve violação direta à teoria da não delegação. De fato, em uma votação de 5-3, o tribunal manteve a disposição do *Sex Offender Registration and Notification Act* – SORNA -, o qual autorizava o *U.S Attorney General* decidir como a lei se aplicava aos condenados (UNITED STATES, 2019).

consideração as interpretações das agências sobre seus próprios regulamentos, quando esses se mostrarem ambíguos.

Com isso, o que se extrai do julgamento do caso *Chevron* é exatamente uma forma de teste levado a cabo pela Corte para consagrar ou não uma deferência em relação às agências. Isso significa que, se a lei for clara, não cabe à agência inovar no campo normativo; entretanto, havendo dubiedade (*if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue*, conforme referido na decisão), pode-se conferir deferência à agência para interpretação, cabendo apenas um controle por parte do Judiciário acerca da razoabilidade da decisão (um controle de segunda ordem, nesse sentido). Na expressa disposição do julgamento pela Suprema Corte:

Quando o Judiciário analisa a interpretação dada a uma lei pela agência competente, é confrontado por duas questões. Primeiro, sempre, está a questão de saber se o Congresso tratou diretamente da questão específica em discussão. Se a vontade do Congresso estiver clara, esse é o fim da discussão; pois tanto o Judiciário, [467 U.S. 837, 843], quanto a agência devem aplicar a vontade expressa inequivocamente pelo Congresso. Contudo, se o Judiciário decidir que o Congresso não abordou diretamente a questão, o Judiciário não impõe simplesmente a sua própria interpretação da lei, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Em vez disso, se a lei é omissa ou ambígua em relação à questão específica, ao Judiciário cabe decidir se a resposta da agência é fundamentada em interpretação aceitável da lei.<sup>158</sup>

O caso, especificamente, tratou de uma interpretação dada pela Agência Federal de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*) a um estatuto específico (*Clean Air Act*) que previa a necessidade de licença para novas fontes de emissão de poluição. Sobre o termo “*stationary sources*” (“fontes fixas”), no ponto, a agência passou a conferir uma interpretação mais flexível, ou seja, exigindo-se licença apenas se houvesse aumento da poluição, considerando-se um grupo industrial inteiro (*bubble*), e não para cada aparelho/máquina isoladamente. Dessa forma, o Conselho de Defesa de Recursos Naturais (*Natural Resources Defence Council*) judicializou a matéria, ganhando a causa no *D.C. Circuit Court of Appeals*, visando a uma maior proteção ambiental. Ato seguinte, o caso foi levado à Suprema

<sup>158</sup> “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, [467 U.S. 837, 843] as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute” (UNITED STATES, 1984).

Corte americana pela companhia Chevron (*Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*), ocasião em que a SCOTUS reverteu a decisão recorrida, inaugurando a doutrina Chevron, com um passo mais marcante em direção à deferência às agências (CHEVRON U.S.A., 2021).

Nesse caso, por tudo o que foi visto, nota-se que há duas variáveis em jogo: a deferência consiste em permitir dinamicidade aos procedimentos administrativos, tendo em vista a própria natureza das matérias correlatas aos diferentes setores representados pelas agências; por outro lado, como já exposto anteriormente, exsurtem as críticas quanto à interferência desse setor em funções como a legislativa e a judiciária.

Claro que, neste ponto, retorna a questão da vantagem institucional, acima debatida, quanto ao lugar ocupado pelas agências, sobretudo por reterem maior técnica e especialização (expertise) sobre os temas a elas submetidos. Mas o questionamento acerca da legitimidade da deferência concedida às agências sempre acompanha o fenômeno, sobretudo quanto ao fato de haver uma subversão dos fundamentos da separação de poderes. O hoje *Justice Gorsuch*, quando ainda era juiz na *Court of Appeals for the 10th Circuit*, expressou suas discordâncias com a Doutrina *Chevron* e como ela se afasta das bases da separação de poderes<sup>159</sup>. No julgamento do citado caso dentre os administrativistas americanos - *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*<sup>160</sup> – Gorsuch faz referência a Philip Hamburger, em seu *Is Administrative Law Unlawful?*, assim como remete suas considerações, nesse ponto, a James Madison (*The Federalist n. 47*), particularmente, quanto ao erro na concentração e excesso de poderes em apenas um órgão. Esse, afinal, um argumento sempre evocado pelos críticos do *administrative state*.

É interessante registrar que a doutrina *Chevron* foi referida em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que a Corte brasileira

---

<sup>159</sup> Gorsuch coloca a questão nos seguintes termos, no julgamento do caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*: “Há um elefante na sala conosco hoje. Nós cuidadosamente tentamos contorná-lo e até mesmo o deixamos despercebido. Mas o fato é que Chevron e BrandX permitem que as burocracias executivas engulam enormes quantidades de poderes típicos do Judiciário e do Legislativo e concentrem o poder federal de maneira que parece mais do que um pouco difícil de conciliar com a Constituição pretendida pelos constituintes. Talvez tenha chegado o momento de enfrentar a criatura.” “There’s an elephant in the room with us today. We have studiously attempted to work our way around it and even left it unremarked. But the fact is Chevron and BrandX permit executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers’ design. Maybe the time has come to face the behemoth” (UNITED STATES, 2016).

<sup>160</sup> United States (2016).



apreciou a ADI 4874/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber (julgado em 01/02/2018). Esse registro importa porquanto demonstra a utilização da doutrina *Chevron* no âmbito do Supremo Tribunal Federal ao analisar a natureza das agências reguladoras, que buscaram espelhar, de certa forma, a partir da década de 90, o chassi estrutural das agências americanas, com diferenças próprias no caso brasileiro, evidentemente.

Com efeito, a ADI 4874 tratou da competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que é uma Agência Reguladora, para normatizar temas correlatos ao setor de atuação. Na referida ADI dois questionamentos foram levantados. O primeiro deles dizia respeito à própria permissão, na lei criadora da Agência (especificamente, os incisos III e XV do art. 7.º da Lei n. 9.782/99<sup>161</sup>), para que esta pudesse estabelecer normas sobre temas afetos ao seu setor de atuação. Além disso, questionou-se se poderia a ANVISA, diretamente, criar uma Resolução restringindo a comercialização de produtos (no caso telado, a ANVISA editou a Resolução 14/2012, a fim de proibir a comercialização de cigarros com sabor e aroma, sem lei preexistente oriunda do Legislativo). Claro, *in casu*, a Resolução editada pela mencionada Agência baseou-se na sua Lei de Criação – a Lei n. 9.782/99.

Foi com fulcro nesses fatores, portanto, que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou a mencionada ADI.

As questões envolvidas nesse julgado têm pertinência direta com a atuação das agências reguladoras, que acabam também, no Brasil, tendo um papel não tão ortodoxo no que diz respeito à doutrina tradicional da separação de poderes. Certo é que a estruturação da administração não é a mesma no Brasil e nos Estados Unidos; porém, de alguma maneira, há aproximações entre os sistemas.

No caso, por pertinente, cabe apresentar excerto da ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO

---

<sup>161</sup> Dispõe o texto legal: Art. 7º - Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: [...] III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; [...] XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde” (BRASIL, 1999).

TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

**Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).** 10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC nº 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. 11. Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999 (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Atentando-se ao debate americano sobre o tema, e a apreciação recente pelo STF sobre o caso, cabem algumas considerações que, posteriormente, serão válidas para se pensar o *locus* dos tribunais de contas no desenho institucional brasileiro. Até porque, no tocante ao poder normativo das agências, sempre vem à tona a tensão que se estabelece com o próprio princípio da legalidade (BINENBOJM, 2014).

Sem dúvidas, é possível observar uma manifestação de reconhecimento de atribuições/cometências importantes às agências reguladoras, na linha do que é pregado pelos defensores do *administrative state*. A rigor, no ponto, o Voto condutor da decisão citada do STF estipula que:

Não é demais ressaltar que, em face de ato normativo editado por agência reguladora com base em exegese do diploma legislativo definidor das suas próprias competências e atribuições, a tônica do exame de

constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo.<sup>162</sup>

A matéria, seguramente, é de tratamento complexo, com posicionamentos discordantes (inclusive no próprio julgamento do STF), mas é certo que deve (e tem de) ser enfrentada, porque diz respeito a uma questão cada vez mais presente na sociedade, precisando de uma resposta da comunidade jurídica<sup>163</sup>. Mas o caráter

---

<sup>162</sup> Ainda, porquanto absolutamente pertinente ao ponto em discussão, a decisão, além de fazer menção ao caso Chevron, busca extrair dele justamente a necessidade de deferência judicial em caso de decisões tomadas pelas agências reguladoras, quando ambígua a norma de regência: “A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto” (ADI 4874/DF, BRASIL, 2018).

<sup>163</sup> Também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em 2019, foi julgado pela Primeira Turma o RE 1083955 AgR / DF - Relator Min. Luiz Fux, que trouxe à baila o exame da deferência judicial em relação à ação de Órgãos independentes, além de uma discussão sobre capacidades institucionais em relação a esse tipo de matéria, fazendo menção a autores americanos que escrevem sobre a temática – Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Na ementa da referida decisão é possível verificar o tom do debate: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, 2006, p. 248–251). [...] 7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos [...]. As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, 1990, p. 2.090).” Cabe anotar que a referida decisão não afastou a possibilidade de controle do poder judiciário acerca das decisões dos órgãos independentes, até mesmo em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Todavia, a decisão ao menos demonstra que, em certos casos, é concebível e devida uma deferência em direção à decisão de órgãos administrativos.

inconteste dessa realidade nos ajuda a compreender a natureza dos tribunais de contas no Estado contemporâneo, já que expõe o caráter técnico da atuação de algumas instituições nesse novo desenho institucional. Nesse sentido, ajuda a compreender um pouco melhor a pergunta inicial: afinal, o que é isso, o tribunal de contas?

O ponto é que a atuação do Tribunal de Contas é diferente da Administração Pública, assim como também é diferente da atuação do Poder Judiciário. Ele fica, de alguma forma, “no meio do caminho” entre eles. Com efeito, ele tem uma peculiaridade, já que não pode atuar como o administrador (ele não pode, por exemplo, formular política pública), mas, de outro lado, o tribunal de contas não tem o mesmo papel que o Poder Judiciário. Por isso a racionalidade pressuposta do *administrative state* nos auxilia a pensar a sua atuação, mormente em razão das características de deferência e de tecnicidade, porquanto é possível imaginar uma linha de legitimidade que resta disputada pelas instituições, sendo que é na fundamentação sobre o seu atuar que muitas das respostas serão possíveis, tendo-se como objeto a atuação das Cortes de Contas.

### **3.4 Uma síntese parcial - o lugar dos Tribunais de Contas**

Assumo que a própria legitimidade do Estado Administrativo; o grau de seu desenvolvimento no âmbito brasileiro; e a natureza dos tribunais de contas ainda são questões (conceitos) em disputa. Em razão disso entendo como válido, no debate acadêmico, desenvolver uma tese que busque dar contornos próprios a essa temática, por intermédio da fundamentação e em diálogo com posicionamentos contrários existentes.

Como pretendo demonstrar neste trabalho, para fins de compreensão do lugar dos tribunais de contas no ambiente brasileiro há que se considerar esse eixo próprio da burocracia estatal caracterizado pela tecnicidade. Essa compreensão tem o condão de enquadrar essa Instituição não como um agente político, porquanto suas competências não fazem parte do código do político, evidentemente. Com efeito, dessa forma, entendo que a sua constituição enquanto órgão de controle está localizada no eixo da técnica e da expertise. Tal constatação é assaz relevante para caracterizar a legitimidade e os limites da instituição no quadro institucional, dentro

dos parâmetros da democracia brasileira e numa perspectiva de separação de poderes.

Manifestamente, não afirmo que os tribunais de contas devem ser reconhecidos como agências reguladoras, já que, em verdade, definitivamente, não são agências, no sentido estrito do termo. Não é essa a questão aqui discutida. O que intento estabelecer aqui é uma aproximação da noção advinda do *administrative state*, em que se estruturam, como visto anteriormente, dois eixos distintos de atuação, sendo que um destes eixos é composto por órgãos vocacionados para a profissionalização e tecnicidade no âmbito administrativo. Assim, diante dessa partição é que se faz oportuna a apropriação para fins de buscar entender a localização dos tribunais de contas em relação às demais instituições, tendo em vista a falta de uma resposta adequada pela doutrina sobre o seu verdadeiro *locus* institucional.

Os tribunais de contas correspondem a uma instituição com capacidade própria para, além de julgar as contas dos administradores públicos, exercer uma plêiade de ações e procedimentos de fiscalização e controle que implicam, em última análise, o manejo de recursos de conhecimento de alta complexidade, a partir de uma gramática própria<sup>164</sup>. Para tanto, são compostos (os tribunais de contas) por um quadro profissional que tem expertise em diferentes ramos do conhecimento, como Direito, Economia, Administração Pública, Contabilidade, Tecnologia da Informação, Engenharia, entre outros. Representam, de outra sorte, um nível de conhecimento experimentado e qualificado sobre a administração pública, porque convivem com a prática administrativa de forma mais direta e permanente (SANTOS, 2021). E, conforme a própria Constituição da República de 88, têm como competência a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional sobre toda a administração pública. Portanto, na esteira do que foi visto acima, tais instituições se habilitam como um eixo técnico da administração pública, com previsão constitucional expressa nesse sentido. Sob esse aspecto, é possível pensar que diante de decisões proferidas por órgãos com competência de ordem técnica, há que se reconhecer legitimidade quando tais decisões sejam concebidas dentro da área em que possuem competência para atuar, o que significa, em última instância, reconhecimento por parte das demais instituições.

---

<sup>164</sup> Na primeira parte desta tese busquei destacar as principais atribuições da instituição.

Embora não esteja refletindo a partir do arcabouço teórico aqui desenvolvido, cabe reproduzir a reflexão de Furtado sobre a relação entre a atuação da instituição de controle e o Poder Judiciário, posicionamento este que conforta a tese aqui esboçada:

Ainda que sujeitas ao controle judicial, as decisões dos Tribunais de Contas justificam a adoção de controle judicial menos invasivo, devendo o Poder Judiciário promover a sua anulação somente em casos de aplicação absurda do Direito ou por falhas formais do processo, de que seria exemplo a não observância do contraditório ou da ampla defesa. Admitir que matérias de fato ou de direito examinadas por Tribunais de Contas possam ser completamente reexaminadas, em todos os seus aspectos, pelo Poder Judiciário, além de importar em absoluta quebra de racionalidade do sistema – afinal, qual a utilidade desses tribunais se tudo o que eles decidissem pudesse ser revisto pelo poder judiciário? – transferiria para o Judiciário a competência para julgar contas, competência exclusiva dos Tribunais de Contas (FURTADO, 2016, p. 963).

A conclusão ajusta-se à ideia defendida neste trabalho, no sentido de compreender espaços próprios de atuação em razão da matéria em exame. De certa forma, é uma maneira também mais sofisticada de leitura sobre um sistema em que o Poder Judiciário poderia ser sempre acionado; uma posição do próprio Judiciário de autocontenção, quando for o caso, é uma forma também de aplicar a Constituição, porque esta estabelece competências para serem respeitadas. Por outro lado, igualmente existe o problema de haver apenas o deslocamento de possibilidade de erros de uma instituição para outra. Afinal, como é possível afirmar que o Poder Judiciário estaria em melhores condições de ofertar uma resposta adequada? (conforme visto alhures). Na verdade, conforme se está aqui tentando demonstrar, há razões para instituições com melhores capacidades adotarem decisões mais adequadas.

Assim, numa perspectiva de desenho institucional, sem dúvida que questões financeiras e orçamentárias podem ser objeto de análise pelo judiciário, sobretudo quando ligadas às respectivas questões jurídicas. O Judiciário pode muitas vezes desempenhar este papel. O Supremo Tribunal Federal, obviamente, ainda mais quando atua na sua função de Corte Constitucional, tem competência para enfrentar o controle da legislação nesse sentido. Ocorre que, numa forma bastante simples de tentar entender esse desenho, pode ser mais adequado para outras instituições – no caso os tribunais de contas – realizarem tais tarefas. Na verdade, já há um núcleo de funções – importantíssimas – que o Judiciário está vocacionado a resolver.

Permitir a resolução de questões específicas e técnicas por outras instâncias é também uma forma de qualificar o trabalho do Poder Judiciário sobre suas matérias próprias, porque permite concentração nessas áreas. De qualquer forma, algumas questões sempre devem ficar sob o espectro de atuação do Judiciário.

Nesse contexto, ao se defender o posicionamento dos tribunais de contas a partir da contribuição do *administrative state* é preciso ressaltar a necessária importância que deve ser conferida ao devido processo legal no âmbito desses órgãos de controle, por direta imposição constitucional, conforme o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição da República.

Em verdade, além da obrigação constitucional de respeito ao devido processo legal, esse mandamento acaba sendo elemento crucial para embasar a própria legitimidade das cortes de contas no seu mister de controle, de acordo com a lógica da deferência acima revisitada. Realmente, no âmbito do sistema normativo que cobre a atuação dos tribunais de contas, o devido processo legal acaba sendo um princípio fundamental para a sua atuação. Deve-se ressaltar que além da Constituição, esses órgãos são regrados por Leis Orgânicas e Regimentos próprios, havendo a previsão de aplicação do Código de Processo Civil subsidiariamente, além da própria Lei de Processo Administrativo<sup>165</sup>. Uma característica que merece ser referida diz respeito ao seguinte fato: em não havendo hierarquia entre o Tribunal de Contas da União e os demais tribunais da federação, cada Corte de contas tem competência para instituir suas próprias regras em seus regimentos. Claro que, a despeito dessa liberdade, todos eles devem garantir mecanismos para assegurar a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF/88), enfim, garantir os aspectos essenciais do devido processo legal.

Com toda certeza, esse ponto é necessariamente passível de controle por parte do Poder Judiciário. Uma vez que o Brasil adota a inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, CF88), toda matéria pode ser apreciada, em tese, pelo Poder Judiciário, salvo as próprias exceções constitucionais. Mas, de acordo com o que se buscou demonstrar até agora, não obstante a existência do princípio da inafastabilidade, há razões para o próprio Poder Judiciário estabelecer deferências

---

<sup>165</sup> A Lei n. 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, contempla a ressalva de que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, o que significa que, nesse caso, ela será aplicada apenas subsidiariamente (conforme art. 69). Nesse contexto, é possível também compreender, para o caso dos tribunais de contas, a aplicação subsidiária da norma.

aos tribunais de contas em determinadas matérias. Porém – e aqui entra a importância do devido processo legal no âmbito dos tribunais de contas – essa garantia constitucional do devido processo é o elemento que dá sustentabilidade para a tese da deferência e, por isso, deve ser devidamente respeitada pelos órgãos de controle.

Note-se que, no caso brasileiro, não há que se falar em dúvida quanto ao dever de os tribunais de contas obedecerem à cláusula do devido processo legal. De fato, essa questão está fora de discussão. Nesse ponto, portanto, não deve ser acatada a discussão que existe no direito administrativo americano acerca de deferência judicial inclusive para a escolha de procedimentos por parte das agências. Conquanto exista, nos estados Unidos, uma discussão sobre a possibilidade ou não de deferência quanto a este ponto às agências, entendo que, em verdade, a cláusula do devido processo legal é condição de possibilidade para as decisões tomadas no âmbito dos tribunais de contas, que estão constrangidos diretamente pela Constituição. Nesses termos, defendo que, no caso específico dos tribunais de contas, não há que se falar em abnegação quanto ao ponto do devido processo legal como, por exemplo, aponta Vermeule<sup>166</sup>.

Lembrando aqui que o *Mathews calculus* advém do precedente *Mathews v. Eldridge*<sup>167</sup>, de 1976, em que a Suprema Corte americana adotou uma tendência de flexibilização em relação à cláusula do devido processo legal<sup>168</sup>. De acordo com o precedente em *Mathews* passa-se a uma possibilidade de abrandamento das exigências referentes ao devido processo legal quando alguns requisitos são identificados (aqui a ideia de cálculo ou teste). Nesse sentido, este teste não deixa de ser casuístico, sendo que “[...] fornece diretrizes, mas não permite que se defina

---

<sup>166</sup> “Nas áreas do Direito atinentes ao devido processo legal em matéria processual, o Direito abdicou muito de sua autoridade sobre a escolha dos procedimentos a serem usados na tomada de decisões das agências. Não toda a sua autoridade, com certeza; o Judiciário ainda impõe comandos claros sobre procedimentos previstos em leis orgânicas e aplica as regras gerais de procedimento da APA. Mas o Judiciário cada vez mais enxerga procedimento como uma questão discricionária da agência, sujeita apenas aos limites legais. Na própria lei do devido processo legal, o Judiciário geralmente revisa a aplicação do cálculo de Mathews pelas agências, em vez de aplicar o cálculo por si mesmo” (VERMEULE, 2016, p. 123). “In areas of law abutting procedural due process, law has abnegated a great deal of its authority over the choice of procedures to be used in agency decisionmaking. Not all of its authority, to be sure; courts still enforce clear commands about procedure inscribed into organic statutes, and apply the general procedural rules of the APA. But courts have increasingly come to see procedure as a matter committed to agency discretion, subject only to statutory floors. In due process law itself, courts often review agencies’ application of the Mathews calculus, rather than apply the calculus for themselves” (VERMEULE, 2016, p. 123).

<sup>167</sup> United States (1976).

<sup>168</sup> Sobre uma visão crítica da decisão, ver Mashaw (1976).



com absoluta segurança, ex-ante, a dimensão dos elementos do devido processo em cada caso” (VITORELLI, 2019).

Embora, neste ponto específico, Vermeule (2016) entenda que a abnegação no campo do devido processo legal é apenas parcial<sup>169</sup>, já que o Judiciário é detentor da competência para revisar as decisões das agências quanto à sua racionalidade, no que diz respeito às garantias processuais, é necessário ressaltar que, por conta da previsão constitucional brasileira, e mesmo da própria importância do instituto, há que se pensar que qualquer possibilidade de violação à cláusula do devido processo deve ser passível de controle. Desse modo, em que pese a concordância com a existência, hoje, no Direito Administrativo, de uma abnegação do Direito, há que se ter em conta que, olhando-se para o caso brasileiro, é preciso haver filtragens, sobretudo nesse aspecto que envolve garantias constitucionais, ao passo que tal limitação se mostra como efetiva condição para a constitucionalidade da atuação dos tribunais de contas.

Aliás, o caso brasileiro apresenta uma postura por parte do Poder Judiciário indiscutível quanto a esta matéria, configurando-se num elemento imune a limitações. E essa postura está absolutamente correta, dado se tratar de cânone de envergadura constitucional e, consoante já salientei, trata-se de condição de possibilidade<sup>170</sup> para a própria legitimidade das ações dos tribunais de contas e, mais

---

<sup>169</sup> “A abnegação é apenas parcial porque os juízes mantêm autoridade para analisar as decisões procedimentais das agências quanto à racionalidade. As agências não podem estabelecer procedimentos arbitrariamente, mas gozam de uma margem razoável de discricão na aplicação do cálculo de custo-benefício de Mathews. Os juízes, em outras palavras, optaram por um regime de constitucionalismo administrativo parcial, pois perceberam, pela análise do Direito, que as decisões procedimentais das agências são decisões políticas e institucionais não sujeitas à legalização na sua inteireza. Em bases Dworkinianas, acredito que esse regime se adequa bem com as correntes convergentes da jurisprudência e é normativamente sensato. O império da lei, aqui como em outros lugares, voluntariamente contraiu suas fronteiras (VERMEULE, 2016, p. 124). “The abnegation is only partial because judges retain authority to review agency procedural decisions for rationality. Agencies may not arbitrarily set procedures, but they enjoy a margin of reasonable discretion in applying the Mathews cost- benefit calculus. The judges, in other words, have opted for a regime of partial administrative constitutionalism, because the judges themselves have realized, from within law, that agency procedural decisions are decisions of policy and institutional design, not subject to full legalization. On Dworkinian grounds, I suggest that this regime fits well with converging strands of caselaw and is normatively sensible. Law’s empire, here as elsewhere, has voluntarily contracted its frontiers” (VERMEULE, 2016, p. 124).

<sup>170</sup> Com efeito, é possível identificar a noção de devido processo na Magna Carta, de 1215, compreendendo uma garantia genuína das liberdades que paulatinamente foi sendo absorvida por diferentes ordens compromissadas com o constitucionalismo contemporâneo, estabelecendo-se como cláusula que compõe o núcleo de defesa da legalidade e das liberdades na tradição constitucional (MENDES, 2018). Embora a cláusula do devido processo legal, albergada no art. 5.º da Constituição Federal de 88, decorra principalmente da influência do direito americano, é curioso notar que a própria constituição americana não foi tão clara na sua conceituação. Na realidade, em que pese a Carta americana mencionar o *due process*, o fato é inexistir um maior

que isso, também é condição para a própria base teórica exposta neste trabalho, no sentido de lançar luz sobre o lugar do tribunal de contas no quadro institucional brasileiro.

Assim, os tribunais de contas não podem se desvincular do dever de observar, em todas as formas de atuação, as garantias fundamentais processuais aos entes auditados. Isso significa garantir, na sua máxima expressão, o contraditório e a ampla defesa; há que ser conferida publicidade dos atos e atentar para o dever de imparcialidade dos seus membros; é preciso que a manifestação das partes seja devidamente apreciada e, sobretudo, sendo condição de possibilidade para o exercício constitucional dos tribunais de contas, é inarredável o dever de fundamentação e justificação das decisões. Em outras palavras, não há como se sustentar a autonomia dos tribunais de contas, na forma descrita neste trabalho, sem que seja garantida a observância de um devido processo legal. É no constrangimento diuturno sobre as ações desses órgãos de controle que será reconhecida sua legitimidade para levar a cabo a função de controladoria e, assim, permitir o seu reconhecimento institucional.

Olhando mais de perto a atuação dos tribunais de contas no controle finalístico da administração pública (no caso, políticas públicas), percebe-se que a natureza do processo não está relacionada diretamente a outras atribuições da Corte, como no caso de processos de contas, em que potencialmente há a possibilidade de aplicação de sanções aos jurisdicionados, em que a cláusula do devido processo legal se torna invariavelmente imperiosa e deve se impor na sua inteireza<sup>171</sup>. Mas é preciso ressaltar as particularidades em fiscalização sobre o controle de programas, regulação e políticas públicas, por exemplo, em que a

---

detalhamento a respeito no corpo do documento, como também se percebe na Constituição brasileira. Com efeito, no direito americano, o significado do devido processo decorreu muito mais da atividade judicial. Não há dúvidas de que esse processo de formação da concepção do devido processo legal está no centro do Direito Constitucional como matéria de importância primeira. Importar referir, nesse sentido, que a cláusula do *due process* ganhou contornos tanto na área processual, quanto material (*substantive due process*). Assim o é porque, em razão da interpretação das Emendas V e XIV da Constituição americana, originou-se uma proteção de direitos, como direito de expressão e direito de crença, ou seja, na concepção do devido processo substantivo exsurge o reconhecimento de diferentes direitos materiais. Não obstante tal reconhecimento de direitos, o que inclusive acabou influenciando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fato é que, em verdade, é na acepção das garantias processuais, ou seja, na vertente processual, que se reconhece uma gama ampla de garantias aos participantes (MENDES, 2018).

<sup>171</sup> Veja-se, a propósito, o problema referente à prova testemunhal e pericial nos processos de responsabilização dos agentes públicos nos tribunais de contas, conforme destacado por Rodrigo Valgas (2021). Cabe ressaltar que, neste caso, a preocupação gira em torno de processos em que pode ocorrer a responsabilização dos jurisdicionados, individualmente.

atuação se mostra em uma natureza diferente. Contudo, aqui também deve imperar a garantia de um processo devido, embora, reconhecendo sua particularidade, alguns aspectos do devido processo sejam mais presentes, tais como: dever de publicidade, assegurar o contraditório, dever de fundamentação, permitir ampla participação das entidades interessadas e considerar suas razões para a construção das decisões do controle externo. Esse ponto é essencial para as considerações que na sequência serão feitas sobre o controle finalístico, com a análise de decisões do TCU, porquanto dizem respeito a processos com uma natureza um tanto diferente daqueles que tratam de responsabilização de agentes e, por isso, demandam uma forma diversa de considerações.

Mas uma função de especial atenção, sobretudo quando os tribunais de contas atuam na perspectiva do controle de atividades finalísticas da administração, tem relação com a necessidade de assegurar, por meio de processos próprios, que o controle ocorra a partir de critérios objetivos e sob o viés da tecnicidade, sendo capaz, então, de exercer seu mister por meio de contribuição da profissionalização de seu quadro de pessoal qualificado, devendo-se, aqui, reconhecer a importância do controle de prognose para suas conclusões (decisões), e exercendo a fundamentação de seus julgados como forma de legitimar sua atuação adequadamente à Constituição. Nesse sentido, lembro que o próprio texto constitucional refere o controle operacional, com base na legitimidade, economicidade e eficiência dos atos. Portanto, são parâmetros que orientam a atuação dos tribunais de contas, dentro da ideia de devido processo, a fim de garantir o resultado mais adequado. Mais adiante retomarei a questão e desenvolverei, especificamente, a noção de controle de prognose e da teoria da resposta adequada à constituição (na perspectiva da *Crítica Hermenêutica do Direito*), como fundamentos para a construção de decisões legitimamente democráticas. Além disso, embora consentâneo ao tema aqui tratado, deixo para a segunda parte do trabalho o desenvolvimento de um aspecto fulcral para o entendimento sobre o controle da atividade-fim administrativa, que diz respeito à noção de *diálogos constitucionais* e que, naturalmente, tem impacto na observância da participação do jurisdicionado na tomada de decisões da Corte. Nessa mesma via, anoto a atualidade e importância do tema da consensualidade na atuação mais democrática pelas Cortes de Contas. Sobre o tema, a propósito, Dantas (2020)

salienta o processo que vai da “atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo” dentro do paradigma surgido com a noção de Administração Pública Consensual<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Em “Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU”, Dantas (2020) destaca a promoção do pluralismo administrativo a partir da ideia do consensualidade.

#### 4 DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO

Mesmo com o novo Estado inaugurado pela Constituição de 88, ainda há muito a ser feito no que tange à implementação de políticas públicas, tanto por parte do Legislativo, como pelo Executivo, e isso pode ser facilmente observado na infundável judicialização da saúde, por exemplo, em que a não solução satisfatória por parte do Executivo acaba levando a uma procura exacerbada ao Poder Judiciário. Acontece que esse panorama desvirtua a fluidez de como os processos deveriam naturalmente ocorrer, tendo em vista que ao Poder Judiciário não caberia a resolução de muitas demandas que a ele são direcionadas. E mais: além de não competente, o Judiciário também não suporta a complexidade de muitas dessas demandas, por falta de expertise. Isso faz com que acabe decidindo matérias as quais não deveria decidir, e muitas vezes tal atitude acaba ensejando abertura para decisões ativistas, que, como muito bem mostrado por Lenio Streck, são deletérias em uma democracia<sup>173</sup>.

Enquanto a Constituição brasileira é um exemplo de avanço na seara de direitos, há que se ter em conta que a execução dos programas constitucionais precisa estar alinhada à possibilidade dos recursos públicos. É certo que, se de um lado há uma celebração com a nova Carta, por outro há a desconfiança de o Estado conseguir entregar tais direitos por intermédio das políticas públicas<sup>174</sup>.

De fato, concordo com o diagnóstico de Brasil e Capella (2016), quando afirmam que, em razão da natureza multidisciplinar das políticas públicas, que tem sido objeto de estudos em diversas áreas do saber, houve um crescimento pouco ordenado, sendo, portanto, de difícil consolidação ou mapeamento<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Não estou generalizando a questão. Muitas vezes o Judiciário é chamado para dirimir questões que, contingencialmente, lhe são submetidas, e não há problema quanto a isso. Aqui, nitidamente, a ideia de judicialização, que difere do ativismo. A diferenciação entre ativismo e judicialização são muito bem demonstradas por Lenio Streck e Clarissa Tassinari.

<sup>174</sup> Não se pode deixar de registrar, nesse sentido, as críticas que são feitas sobre o compromisso sem lastro ou a prodigalidade irresponsável (COELHO, 2018) que acompanha as promessas da Constituição de 1988 (deixa-se claro que este não é o posicionamento adotado neste trabalho, uma vez que entendemos que a Constituição tem força normativa para concretizar os direitos sociais previstos constitucionalmente).

<sup>175</sup> Na conhecida definição de Thomas Dye, “Política pública é aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer. Os governos fazem muitas coisas. Eles regulam o conflito dentro da sociedade; organizam a sociedade para manter o conflito com outras sociedades; distribuem uma grande variedade de recompensas simbólicas e serviços importantes aos membros da sociedade; e extraem dinheiro da sociedade, normalmente sob a forma de tributos. Assim, as políticas públicas podem regular o comportamento, organizar burocracias, distribuir benefícios e cobrar tributos – ou todas essas coisas ao mesmo tempo” (DYE, 2013, p. 3). “Public policy is whatever governments

Nas páginas que se seguem procuro estabelecer um esboço acerca desse tema, focado na relação Direito e Políticas Públicas.

#### **4.1 Políticas públicas e o que o Direito tem a ver com isso**

Os estudos seminais em políticas públicas datam da década de 50, nos Estados Unidos, tendo sido apenas aportado no Brasil como interesse de investigação, com maior ênfase, na década de 90, constituindo, inicialmente, uma área de investigação das Ciências Políticas (BRASIL; CAPELLA, 2016). Um texto que serviu como guia para muitos estudos foi o *Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas*, de Souza (2007), o qual almejou apresentar um panorama da literatura especializada sobre os principais aspectos ligados ao surgimento e à conceituação das políticas públicas, além de tratar de modelos de formulação e análise da referida temática. Desde então, portanto, os estudos na área sempre evoluíram, compondo um objeto comum em ramos como as próprias Ciências Políticas, mas também Direito e Administração, não deixando de chamar a atenção, igualmente, de pesquisadores das áreas da Saúde, Educação, Segurança, entre outros importantes campos do conhecimento.

Evidente que, no Brasil, há uma direta ligação com o processo de redemocratização e o surgimento dos estudos em políticas públicas. Num breve esboço histórico é possível perceber que, no Brasil, os estudos em políticas públicas surgem direcionados à análise das ações governamentais e ao processo de produção de políticas públicas, ou seja, um exame do que se conhece como “ciclo” das políticas públicas (formulação, execução, controle e avaliação), sendo que houve uma expansão dos estudos em direção ao próprio mérito da consolidação democrática a partir da execução dessas políticas, sendo que, hoje, o processo está em evidente evolução e alargamento dos campos de atuação, sendo caracterizado sobretudo pela multidisciplinariedade (BRASIL; CAPELLA, 2016).

---

choose to do or not to do. Governments do many things. They regulate conflict within society; they organize society to carry on conflict with other societies; they distribute a great variety of symbolic rewards and material services to members of the society; and they extract money from society, most often in the form of taxes. Thus, public policies may regulate behavior, organize bureaucracies, distribute benefits, or extract taxes - or all of these things at once” (DYE, 2013, p. 3). O conceito é simples e ao mesmo tempo amplo, enfatizando que política pública pode se dar por uma ação ou omissão do “governo”, tendo impacto em diferentes áreas da sociedade.

No campo do Direito, especificamente, desde a redemocratização igualmente há um interesse pelos estudos relacionados às políticas públicas. Nesse sentido, Marcus Faro de Castro, numa forma ampla de trazer à tona o estado da arte da relação Direito e Políticas Públicas<sup>176</sup>, aduz que “Um inventário de tendências recentes identificaria, entre tais perspectivas, trabalhos influenciados por várias orientações, abrangendo, ao menos e predominantemente: teorias jurídicas neoliberais na área do direito regulatório, a sociologia política derivada de Bourdieu, a literatura de Direito e Desenvolvimento, os Estudos de Direito Crítico e a ciência política estadunidense” (CASTRO, 2017).

Em trabalho mais recente sobre o tema no campo do Direito, em especial uma contribuição para a conceituação de políticas públicas sob o viés do âmbito jurídico, Mastrodi e Ifanger (2020, p. 04) fazem um alerta sobre o estado da arte:

Não obstante haver expressivos autores nacionais (SOUZA, 2006; FREY, 2000; COMPARATO, 1998; BUCCI, 1997) e estrangeiros (KINGDON, 2014; LÖWI, 1972) que tratam deste tema há tempos e de modo muito consistente, parece-nos relevante apontar algumas considerações no que respeita a conceituar políticas públicas.

Tais apontamentos nos parecem importantes tanto para entender políticas públicas no cenário brasileiro quanto para compreender o conceito de políticas públicas no campo da teoria geral do Direito. O tema se faz relevante, ainda, tanto porque são vários os programas de pós-graduação em Direito e Interdisciplinares que se debruçam sobre ele, quanto pela falta de textos de referência sobre o conceito de políticas públicas em revistas qualificadas nos últimos quatro ou cinco anos. Ou seja, não obstante haver

---

<sup>176</sup> Sem pretender esgotar a literatura, mas para apresentar uma pequena amostra, Castro (2017) cita as seguintes fontes: “COUTINHO, Diogo *et al.* O direito nas políticas públicas urbanas e habitacionais: o uso de instrumentos urbanísticos no município de Santo André. Cadernos gestão pública e cidadania, v. 19, nº 64; COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. A política como campo multidisciplinar; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico; CASTRO, Marcus Faro de; FONTES, Daniele Kleiner. Some new ideas on the role of legal analysis applied to the regulation of telecommunications services in Brazil. Revista de direito setorial e regulatório, v. 2, nº 1; ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso Brasileiro. Revista de sociologia e política, v. 21, nº 45; Koerner, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos CEBRAP, v. 96; ALMEIDA, Frederico de. Intelectuais e reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da justiça no Brasil. Revista brasileira de ciência política, nº 17; TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista de ciências sociais, v. 50, nº 2; VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. Direito econômico regulatório; FARRANHA, Ana Claudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira. Nova lei dos portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. Revista Direito GV, v. 11; SOUZA, Mateus Maia de; ALEM, Nichollas de Miranda. Direito à cultura e políticas públicas no Brasil: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República. Revista de estudos empíricos em direito, v. 3, nº 2; SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Org.). Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs.”

importante produção científica sobre o tema como um todo, não há precisão sobre o que políticas públicas significam<sup>177</sup>.

Mas o tom que parece conduzir a relação Direito e Políticas Públicas – isso pode ser encontrado nas obras de Maria Paula Dallari Bucci, Diogo Coutinho e Marcus Faro Castro, entre outros autores –, é que há uma aproximação entre Direito e Política<sup>178</sup>, no sentido de formação de uma agenda sob o viés do jurídico<sup>179</sup>. Aqui, busca-se sublinhar a visão sobre as políticas públicas a partir do código próprio do jurídico (lícito/ilícito), ao lado da natureza específica das discussões do âmbito das políticas públicas – do campo do Político, por assim dizer; daí o porquê de ser importante uma pesquisa que trabalhe com a percepção de *Autonomia do Direito* frente a todas essas questões que lhe são externas.

Nesse contexto, parece fundamental para o debate sobre a concretização das políticas públicas a observação de Streck, segundo a qual - apesar de argumentar a partir da natureza das decisões judiciais -, pode ser interessante para pensar na atuação dos tribunais de contas:

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do

<sup>177</sup> No mérito, a conclusão dos autores é no sentido de que políticas públicas, tecnicamente, estão ligadas à concretização dos objetivos do Estado, e não de promover direitos sociais, tão somente (MASTRODI; IFANGER, 2020). A razão, segundo os pesquisadores, é que “Tanto que Estados de tradição liberal, ainda que descomprometidos com a promoção de direitos, realizam políticas públicas.” (MASTRODI; IFANGER, 2020, p. 13). Cabe lembrar que o propósito não é adentrar na problemática sobre a conceituação de políticas públicas, porque não é diretamente o objeto desta pesquisa. A ideia é passar um panorama sobre a literatura pertinente.

<sup>178</sup> Anoto aqui interessante lembrança quanto ao fato de que há, também, verdadeira interdependência entre Direito e Política Pública, porquanto cada uma dessas expressões acaba interferindo e sendo condição para a existência da outra, embora com características distintas. Nesse aspecto, Clune (2021, p. 62) alerta para o fato de que: “Por definição, todo direito é Política Pública, na medida em que ele é a vontade coletiva da sociedade expressada em normas vinculantes; e toda política pública é direito, na medida em que depende de leis/atos normativos e instituições legislativas, pelo menos, para algum aspecto da sua existência.” Mas, como busco destacar ao longo da tese, o Direito deve ter um grau de autonomia, sendo tal aspecto importantíssimo no âmbito do controle.

<sup>179</sup> Uma forma de compreensão da abordagem que perpassa as políticas públicas por intermédio do Direito pode ser observada na seguinte apresentação da temática por Bucci (2013, p. 25-26): “O objetivo é compreender o fenômeno governamental por dentro do Direito, com base nas categorias próprias desse campo, com um instrumental analítico que auxilie na identificação e sistematização de condições, regras e instituições jurídicas necessárias a um Estado em desenvolvimento para formular e executar políticas públicas, criando canais e processos de organização de forças da sociedade. Trata-se de uma construção epistemológica a serviço de uma ‘tecnologia jurídica governamental’ para a democracia no desenvolvimento. Essa ‘tecnologia jurídica’, na feliz expressão de Diogo Coutinho, seria voltada a criar e replicar padrões jurídicos de organização da ação governamental, incorporando mecanismos institucionalizados para o exercício do contraditório, sem os quais a tecnologia corre o risco de degenerar em tecnocracia. Para isso são necessários bons modelos jurídicos, que não dispensem o aspecto da legitimidade das decisões e dos processos que levam à produção destas.”



respeito à autonomia do Direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social.

Em outras palavras, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas de *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o judiciário se substitui ao legislador com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais (STRECK, 2017b, p. 77).

Nessa linha, oportuno destacar o trabalho "(Autonomia do) Direito e desacordos morais", em que Streck e Morbach (2019) ressaltam a existência de discordâncias entre agentes em sociedades plurais, que constituem nossas democracias. Sob essa circunstância, em que pese as relevantes diferenças entre autores como Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre as respostas para essa questão, os autores registram como fulcral a relevância da autonomia do Direito<sup>180</sup> e, sobretudo, o fato de que não pode o emotivismo jurídico guiar as respostas (STRECK; MORBACH, 2019). Essa constatação é central para enfrentarmos a questão das políticas públicas sob a perspectiva do Direito. Não há dúvida que o ponto fundamental nessa discussão, tendo como evidente a ideia de desenvolvimento de políticas públicas e democracia, é a *accountability*, que significa, numa acepção larga, a necessidade de prestação de contas – a responsabilização pela prestação de contas. Não se pode descurar da importância do controle sobre o orçamento e sobre os programas sociais governamentais (políticas públicas) quando se está a tratar de uma Constituição como a de 88, que é um documento Dirigente e que expressamente veicula um significativo número de direitos sociais a serem contemplados pelo Estado, além da regulação de setores que buscam, em última análise, promover o atendimento de serviços públicos de

---

<sup>180</sup> Conforme concluem os autores: “Como deve, então, o Direito funcionar de forma a resolver nossos tão profundos desacordos? É evidente que não temos uma resposta final, exatamente porque o Direito é interpretativo e qualquer tese que pretenda colocar fim à questão falha ao não levar em conta o caráter eminentemente argumentativo do fenômeno. Ainda assim, é muito importante que se diga que, qualquer que seja a concepção interpretativa adotada, nenhuma resposta satisfatória pode vir do emotivismo jurídico. Se o discurso moral com o qual expressamos nossos desacordos parte do pressuposto de que não há qualquer racionalidade ou objetividade possível, e seguimos expressando meras preferências pessoais subjetivas, nossa democracia falha na medida em que a instituição responsável por solucionar nossos conflitos — o Direito — seja ela também baseada em uma perspectiva emotivista. Se não é possível um consenso em uma sociedade dominada pelo emotivismo, se há uma rejeição à objetividade moral domina a raiz dos desacordos, a resposta, objetiva, deve vir a partir da objetividade da tradição do próprio Direito” (STRECK; MORBACH, 2019, p. 284).

qualidade e equilibrar o mercado. Políticas públicas que recebem um controle desde sua criação até sua execução propiciam, ao final, a concretização de direitos constitucionais. Nesse sentido, os tribunais de contas têm um papel fundamental nesse processo.

Ressalta-se que as políticas públicas são forjadas num cenário de desacordos, à evidência<sup>181</sup>. Assim, nesses arranjos atravessados por discordâncias naturais em sociedades plurais e complexas, próprias de democracias, em que as discussões sobre políticas públicas são um campo fértil para o desenvolvimento desses desacordos, tem-se que “[...] alguma racionalidade jurídica é necessária para sustentar o projeto de democracia que perseguimos até aqui” (LOPES, 2020). Com efeito, em sóbrio ensaio sobre a importância do Direito como parâmetro balizador mínimo para nossas discordâncias, Lopes estabelece uma base racional para o debate em democracias<sup>182</sup>. Isso ainda se faz mais necessário em modelos democráticos como o brasileiro<sup>183</sup> (LOPES, 2020).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi lançado um pacto por valores importantes, como a aposta em uma sociedade democrática, além da configuração de um Estado capaz de oferecer um mínimo de serviços sociais. Tratou-se, em verdade, de um marco no processo histórico, em que se fez ressurgir instituições democráticas que tinham sido afastadas por um período caracterizado pelo autoritarismo. Bonavides alertara, ao escrever sobre direitos sociais e a Constituição de 88, para o papel do Estado, o qual deve cumprir uma “tarefa

---

<sup>181</sup> Sobre os problemas naturais em democracias recentes, que agregam diferentes interesses e dificuldade de consenso, bem como a questão referente à função das instituições nesse cenário, conferir Tello (2020).

<sup>182</sup> Nesse sentido, Abboud (2019, p. 1260-1261) traça algumas premissas que precisam ser estabelecidas para a consolidação de um ideal de democracia, tais como: “1. Constituição dotada de força normativa; 2. Separação de poderes; 3. sufrágio universal; 4. pluralismo político e ideológico; 5. consagração dos princípios constitucionais, notadamente legalidade, dignidade humana, devido processo legal e isonomia; positivação normativa dos direitos fundamentais e a vinculação substancial da sociedade e dos três poderes em relação a eles; 7. Dever de fundamentação e prestação de contas (*accountability*) dos atos do Poder Público; 8. Instrumentos postos ao cidadão para correção das omissões legislativas. 9. instância contramajoritária de controle de atos dos Poderes, em regra, exercida pela própria jurisdição constitucional; 10 respeito ao pluralismo cultural, social e político; e 11. Proteção das minorias.”

<sup>183</sup> “Obviamente, não estou defendendo a eliminação de todos os desacordos jurídicos – cuja existência faz parte da democracia -, mas apenas que eles se tornem “tratáveis” pelo argumento. Sem essas balizas discursivas, os conflitos sociais podem se acirrar cada vez mais, levando à imposição de interesses majoritários ou mesmo de minorias violentas. Nessa visão, o direito estabelece limites racionais à disputa democrática. Um aspecto menos óbvio dessa tese é que precisamos de racionalidade jurídica para dialogar, mesmo que isso não leve a uma obtenção imediata de acordos. A troca de argumentos sobre o que é justo é algo por si mesmo valioso” (LOPES, 2020).

igualitária e distributiva”, que passa a ser uma condição de possibilidade para a democracia e a liberdade. É dizer, em outras palavras, o dever de uma ação estatal retificadora da ordem social (BONAVIDES, 2004).

É característico também do novo programa trazido pela Constituição de 88 uma série de comandos que exercem influência sobre a necessidade de formatação de políticas públicas, como forma de concretizar os ideais abarcados no texto constitucional. Tal fato faz com que o Estado, por meio da administração pública, seja um ator presente e importante nesse papel. Não obstante as reformas ocorridas na década de 90, marcada por processos de desestatização, é possível vislumbrar a preocupação, por outro lado, de que o Estado deveria ser eficiente na sua ação precípua e garantir, ainda, a regulação de setores estratégicos. Ora, justamente nesse sentido é importante ressaltar o papel do Estado como regulador, por intermédio do qual também são traçadas políticas públicas setoriais. O que quero destacar é que, não obstante as diferentes concepções de Estado que têm marcado governos distintos na história pós-Constituição de 88, o texto constitucional impõe um núcleo mínimo de ação: mesmo que se busque elevar para uma atuação mínima a ação estatal, a característica originária da Constituição impõe uma intervenção da qual não é possível se afastar; nessa medida, ela é inexorável.

É justamente nesse plano que democracia e políticas públicas se conectam. Pois é por meio de políticas públicas que se consegue retificar desigualdades históricas e, nesse sentido, avançar para o desenvolvimento da sociedade; é por intermédio delas que se busca re(equilibrar) as assimetrias sociais que assolam nosso convívio, e isso deve ser realizado a partir de uma base comum em que a democracia é respeitada por todos os envolvidos. Nessa perspectiva, redes de *accountability* são condições necessárias para se preservar o desenho de políticas públicas democraticamente estabelecidas e que sejam executadas sob o viés do seu controle permanente por instituições confiáveis. Tudo isso, ainda, deve ser compreendido a partir das características próprias do Estado Administrativo, que se consubstancia numa parte significativa da atuação do Estado contemporâneo, o qual lida cada vez mais com questões complexas e especializadas.

## 4.2 Políticas Públicas no contexto atual brasileiro

As políticas públicas, como visto, manifestam-se pela atividade do Estado quando este desenvolve atividades direcionadas a determinado fim. A Constituição da República de 88 é um verdadeiro exemplo de inúmeras diretrizes e programas a serem implementados pelo Estado, o que, inclusive, ressalta a ideia de uma Constituição Dirigente. É interessante anotar que, mesmo com todas as normas que qualificam e indicam políticas públicas a serem estabelecidas pelo Estado, originariamente a Constituição não utilizou essa expressão (políticas públicas), nem estabeleceu critérios gerais sobre o papel da administração pública sobre elas, o que só veio a ser constitucionalizado por intermédio da Emenda Constitucional n. 109/2021<sup>184</sup>.

Consigno, nessa orientação, que as políticas públicas também podem ser estabelecidas de forma indireta. Sob este viés, não se trata de uma ação estatal visando diretamente a implementar determinado programa ou concretizar direitos específicos, mas sim de outras formas de atuação, as quais, indiretamente, impactam a sociedade ou mesmo são capazes de contribuir para a construção ou a existência de outras políticas públicas. É o caso, por exemplo, de desonerações tributárias, que acabam sendo manejadas como uma política pública propriamente indireta<sup>185</sup>.

Note-se que o papel de formação das políticas públicas não está restrito ao Poder Legislativo, cabendo igualmente ao Executivo parcela dessa atribuição, como uma consequência natural do desenvolvimento de programas a serem implementados<sup>186</sup>. Governo (política) e burocracia somam-se nesse processo, a fim

---

<sup>184</sup> A referida Emenda Constitucional incluiu o § 16 ao art. 37 da CF88 para prever que: “Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.”

<sup>185</sup> Especificamente sobre o controle de avaliação desse tipo de política pública indireta (desoneração tributária), cf. Garcia e Leonetti (2021). Os autores analisam o controle do TCU sobre essa política pública, e relatam a conclusão de um grande déficit de informação pela administração pública sobre esse tema.

<sup>186</sup> Conforme ressaltado por Bucci (1997, p. 96): “Esse problema envolve outro, extremamente mais complexo, sobre a iniciativa das políticas públicas: a quem compete formulá-las, ao Poder Legislativo ou ao Executivo? Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade

de concretizarem políticas. Não se pode ignorar, nesse contexto, que também é o papel desenvolvido pelas agências reguladoras a concretização de políticas públicas em relação às suas respectivas áreas de atuação.

Em outros espaços desta tese foi possível traçar um panorama geral sobre agências reguladoras, muito embora a sua proposta não tenha sido o exame das agências reguladoras no Direito brasileiro, especificamente. Mas, de alguma forma, foi possível compreender que as agências reguladoras surgiram no Brasil, com expressão na década de 90, e têm como função, em termos gerais, regular a prestação de serviços que são desestatizados, assim como atuar na regulação da própria atividade econômica<sup>187</sup>. Guerra (2015) refere o fato de o Brasil ter adentrado no modo Estado Regulador, descortinando-se o seu papel de moderação dos excessos praticados tanto pelos regulados como pelos reguladores.

Há um questionamento acerca da possibilidade de as agências reguladoras não só implementarem políticas públicas estruturadas pelos poderes Legislativo e Executivo, mas em poderem, de fato, forjar diretamente parâmetros de políticas públicas a serem aplicadas nas suas respectivas áreas de atuação. Penso que o quadro apresentado sobre o *administrative state*, em termos teóricos, seja útil para compreender o papel que as agências reguladoras exercem atualmente na complexidade da nossa sociedade, o que seria um indicativo da possibilidade de implementação de políticas públicas por tais instituições, desde que dentro dos parâmetros constitucionais, na sua particular área ou setor de atuação, agindo especialmente por meio da técnica e da expertise profissional<sup>188</sup>, e submetidas a

---

“formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.”

<sup>187</sup> Hoje, de acordo com o disposto na Lei Federal n. 13848/2019, são consideradas agências reguladoras: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). A propósito, cabe destacar que a Lei Federal n. 13.848/2019 é o diploma legal criado como uma lei geral para reger as agências reguladoras (“Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”), uma vez que a disciplina legal das agências era, até então, regulada pelas específicas leis de criação.

<sup>188</sup> Não obstante esteja falando de uma forma mais ampla, Bucci destaca a própria relevância do profissionalismo e da técnica para o sucesso da política pública. Nesse sentido, conclui que “Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos

controle por instituições outras, levando-se em consideração a ideia de deferência que deve nortear essa atuação<sup>189</sup>. Ressalta-se que tal fato não afasta a sua característica ou natureza técnica.

As agências reguladoras têm como função velar e ocupar-se dos mais diferentes temas, tendo-se como exemplos na área da saúde a ANVISA (no presente contexto com importância primordial no enfrentamento da crise pandêmica), na área da energia, com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL, 2022), e isso acaba tendo impacto direto e indireto na sociedade. Portanto, hoje é impossível negar que agências reguladoras estão diretamente envolvidas com a formação de políticas públicas, sob o viés da técnica. Em outros termos, as agências reguladoras possuem uma gama de atribuições sobre regulação em suas respectivas áreas de atuação, o que implica, inexoravelmente, um amplo alcance na formulação e implementação dessas políticas, paralelamente às ações governamentais que ocorrem centralizadamente, seja no âmbito legislativo, seja no executivo. Em verdade, é possível perceber a possibilidade de implementação de políticas públicas governamentais via agências reguladoras, por incentivos nos respectivos setores, contribuindo para o fomento de serviços nos mais diversos campos de atuação. A ideia subjacente ao Estado regulador é, exatamente, a de buscar equilíbrios no mercado e a prestação de serviços pela iniciativa privada,

---

no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. Essa é a razão pela qual entendo que os administrativistas podem e devem voltar seus olhos para a temática das políticas públicas” (BUCCI, 1997, p. 97).

<sup>189</sup> É possível encontrar essa possibilidade em trabalhos da área de regulação, como exemplo o texto de Barros (2021), que endossa o papel de formulador de políticas públicas às agências reguladoras. Nesse sentido, “[...] o regulador possui a capacidade de implementar políticas públicas setoriais de forma autônoma e independente aos Poderes Legislativo e Executivo, o que se justifica pela própria natureza do exercício pragmático da regulação adequada às teorias sociais da regulação. Isso porque na teoria substantiva social, a regulação é considerada um mecanismo de juridicização dos conflitos setoriais econômicos em busca de resultados socialmente desejáveis, de modo que o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas setoriais é uma necessidade que decorre dos próprios interesses públicos. Diante de tais achados, este trabalho propõe que o papel sistematizado a ser desempenhado pelas Agências Reguladoras no que concerne ao tema de políticas públicas e setoriais, ainda que posterior ao advento das novas regras impostas pela Emenda Constitucional nº 109, não está limitado a avaliar e divulgar o desempenho de políticas, tampouco apenas implementá-las como sugere a maior parte das leis de criação das agências nacionais e a própria Lei das Agências Reguladoras. É direito e dever da Agência Reguladora, além de implementar e avaliá-las, também propor e desenvolver políticas públicas setoriais próprias, de forma calcada sobre sua especialização e deferência técnica, e familiaridade e experiência junto ao mercado em que atua e respectivos interessados, de modo a endereçar o verdadeiro interesse público e setorial” (BARROS, 2021, p. 75).

sempre de acordo com os arranjos constitucionais previamente delineados<sup>190</sup>. O fim, portanto, é sempre público. Na verdade, o Estado regula para promover o bem-estar social, no final das contas; este deve ser o objetivo. Em outras palavras: há diferentes formas de realizar políticas públicas<sup>191</sup>.

Nesse contexto, é necessário lembrar que, embora tenham ficado marcadas como ligadas apenas à atividade de regulação de mercados, o que verdadeiramente ocorreu no seu nascedouro com o processo de desestatização na década de 90, o fato é que a regulação é potencializadora de diferentes temas de relevância para a sociedade. A ANVISA é exemplo emblemático dessa prática<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Nessa perspectiva, Nohara (2015, p. 39-40) reconhece que “Logo, a preocupação com a assimetria na regulação faz parte do desígnio constitucional de incentivar o mercado, entre outros objetivos, à promoção de objetivos socioeconômicos e de bem-estar geral. A partir do compartilhamento de rede e do auxílio dado aos agentes, é possível incentivar a solidariedade social, não de forma ingênua, evidentemente, pois os segmentos privados irão atuar em função de seus objetivos lucrativos imediatos, mas por meio de uma razoável função interventiva estatal, que atinge sobretudo a área de regulação da atividade econômica”. A autora, a propósito, conclui: “A governança pública, num contexto de Estado Democrático de Direito, que valoriza a noção de soberania popular, deve incorporar nas preocupações sobre o desempenho ou eficiência de dados setores econômicos também a satisfação das necessidades coletivas, sendo este o interesse público primário a ser justificado em atividades de regulação, que representam desdobramentos do poder de polícia em seu sentido amplo” (NOHARA, 2015, p. 44).

<sup>191</sup> Tal aspecto transparece das próprias orientações internas à administração pública federal. Assim, “A regulação é uma forma contemporânea de ação do Estado e se refere, em sentido geral, ao conjunto de instrumentos jurídico-normativos (leis, decretos, regulamentos e outras normas) de que dispõe o governo para estabelecer obrigações que devem ser cumpridas pelo setor privado, pelos cidadãos e pelo próprio governo. É, assim, um dos principais instrumentos por meio dos quais os governos promovem o bem-estar social e econômico dos seus cidadãos. Pode, contudo, a regulação se transformar em obstáculo a esses mesmos objetivos, pois quando excessiva e desproporcional, pode impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, Ao Investimento e à Eficiência Econômica.” (BRASIL, 2018).

<sup>192</sup> A título de reflexão, é possível encontrar discussão sobre a possibilidade de criação de agência para a regulação da educação superior, tendo em conta a relevância e dinamicidade do setor. Nesse sentido, embora existente um marco regulatório para dar conta da estrutura que orienta a educação superior, há quem defenda a criação de agência para cumprir com maior racionalidade a função constitucional que cabe ao Estado no âmbito da educação superior, no lugar da função exercida centralizadamente pelo Ministério da Educação. A proposta é referida por Cabral, após analisar a natureza das agências reguladoras e os problemas existentes no campo da educação superior no Brasil. Numa forma de contribuição de debate sobre a matéria, o autor conclui: “As dificuldades operacionais evidenciadas pela multiplicidade de órgãos envolvidos na estrutura brasileira, aliada às experiências internacionais positivas de criação de agências independentes, mostram que a integração, em um único órgão, das atividades de regulação, avaliação e supervisão da educação superior teria o potencial de conferir maior otimização de recursos e integração de processos, e consagrar a interconexão dessas atividades prevista pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – Sinaes. Em suma, a criação de uma agência administrativa para regular a educação superior no Brasil poderia ser um passo importante para otimizar os processos regulatório se, conseqüentemente, para conferir eficácia ao mandamento constitucional da garantia da qualidade do setor pelo Poder Público” (CABRAL, 2018, p. 37). Esses exemplos são utilizados para referir a possibilidade de desenvolvimento de políticas públicas sociais, como saúde e educação, pelas agências, no plano da regulação, refletindo o grande espectro de possibilidades de desenvolvimentos de ações estatais e que demandam, conseqüentemente, controle e avaliação por instituições competentes.

Sob outro prisma, importa também reafirmar que não é possível aceitar o mero papel de implementação de políticas públicas pelas agências reguladoras na atual quadra, tendo em vista que elas dispõem, sobretudo sob as bases do Estado Administrativo, de verdadeiras possibilidades de influenciar diretamente na dinamicidade desse processo. Isso é ainda mais pronunciado quando se investiga de perto a natureza dessas instituições, que são vocacionadas ao desenvolvimento de trabalhos técnicos para fomentar a regulação nas mais diferentes áreas. Portanto, é necessário reconhecer sua importância como agentes que são responsáveis por tomar decisões de impacto, afetando estruturas substanciais da sociedade, o que deve ser entendido como o natural desenvolvimento de políticas públicas setoriais<sup>193</sup>. Assim, este trabalho leva em consideração que a atuação regulatória também significa uma política pública<sup>194</sup>. Sobretudo com o surgimento do Estado Regulador, as agências, no caso brasileiro, têm auferido uma legitimidade para participar mais agudamente em processos dessa natureza. Nessa medida, “Elas são atores que se configuram como meio geral de mediação política, que

---

<sup>193</sup> Ver, nesse sentido, a conclusão de D’Albuquerque (2012): “A partir da discussão acerca da regulação e das políticas públicas, dialoga-se com a ideia de que inexitem fronteiras rigidamente limitadas entre essas atividades e que as políticas públicas, no contexto de Estado regulador, dependem da mediação das agências reguladoras. É falacioso e reducionista afirmar uma dicotomia rígida que imputa à regulação implementar o que a política estabeleceu. Além de ponderar e redimensionar no tempo os objetivos específicos contidos nas políticas públicas, lacunas jurídicas e indeterminações simbólico-linguísticas conferem às agências reguladoras papel e influência preponderantes no processo de formulação das políticas públicas. Ainda, elas dispõem de conhecimentos técnicos e expertise que são insumos relevantes para o desenho e conformação das políticas públicas dos complexos setores regulados. Merece prosperar a Tese de Aranha que propõe que as agências reguladoras são, em verdade, espaço público para a participação e discussão política qualificada, legítima e acessível, com poder e influência para formular as políticas públicas.”

<sup>194</sup> Uma vez mais, a título de complemento, ressalto a reflexão de D’Albuquerque (2012, p. 91) sobre o ponto: “A exposição até aqui desenvolvida ilustra que parece inexistir uma distinção doutrinária auto-evidente entre políticas públicas e regulação. Talvez seja justamente por conta da tênue linha divisória entre política pública e regulação que a legislação setorial e a doutrina administrativista que envolve a atuação da autoridade reguladora independente frisem, quase que insistentemente, competir-lhes tão somente a implementação das políticas públicas, reservada aos governos a tarefa de formulação. Isto porque, apesar dos apelos retóricos de uma regulação construída por técnicos, o relacionamento entre política e a regulação é indissociável. A regulação é um tipo particular de política pública. Os regimes regulatórios são ‘uma configuração historicamente específica de políticas e instituições que estruturam o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e os atores econômicos’. Na prática, a divisão entre definição de políticas e regulação mostra-se ilusória. As diretrizes políticas, quando existentes, são usualmente vagas e conferem às agências ampla margem para darem forma e direção às políticas públicas no processo de detalhamento e execução.” Ou seja, de fato, hoje não se pode negar que a atividade regulatória vai além da simples implementação de políticas públicas, porque a atuação das agências impacta de tal modo o processo, que acaba desempenhando papel fundamental na própria formatação da política, mesmo que existam regras iniciais mais amplas traçadas pela administração centralizada. Além disso, como referido pelo autor, trata-se a atividade regulatória de algo muito além da regulação de mercado, algo que transcende o âmbito da economia, o que, aliás, ficou ressaltado em outros exemplos que busquei demonstrar neste trabalho.



participam da definição das políticas públicas nos setores em que estão inseridas e que permitem a manifestação política do cidadão em meio a um espaço público catalisador da virtude política” (D'ALBUQUERQUE, 2012, p. 95).

Nesse sentido, inclusive sobre os possíveis suportes normativos por intermédio dos quais são veiculadas políticas públicas, também surgem instrumentos de outra natureza, como os “contratos de concessão de serviço público”, conforme exposto por Bucci (2006). De fato, como suportes legais, ao lado da Constituição, leis, medidas provisórias, decretos e portarias, a autora refere que as políticas públicas também podem ser viabilizadas por intermédio de contratos de concessão de serviço público, atraindo para a seara das agências a sua configuração e implementação. Ainda, visto sob outra perspectiva, a regulação não é papel apenas das agências, pois a regulação é realizada também pela administração direta, quando regulamenta diferentes matérias e desenvolve políticas públicas.

E outro aspecto que aproximam também regulação e políticas públicas diz respeito à natureza dos chamados “ciclos”, os quais querem corresponder a etapas a serem seguidas no processo de criação e desenvolvimento do objetivo a ser concretizado, seja por intermédio de uma política pública ou, no caso da regulação, pelo que se denomina “ciclo regulatório”. A propósito, é recente o normativo (BRASIL, 2020) que trata da regulamentação da Análise de Impacto Regulatório para a elaboração de normas regulatórias, resultando em orientação de profunda relevância para o setor, mormente em razão da necessidade de ação baseada em evidências (caráter científico e técnico da matéria)<sup>195</sup>.

Por fim, destaco que tanto no caso das políticas públicas, assim como nas hipóteses de regulação, temos a administração pública exercendo atividade-fim, e a natureza dessa atuação atrai uma forma especial de abordagem do controle externo, a qual nasce com a Constituição de 88. Pois bem: é sobre esse fenômeno, dessarte, que a pesquisa tem especial interesse.

---

<sup>195</sup> E, aqui, o ponto fundamental é retomado: não se pode querer afastar o controle sobre evidências. Cada vez mais a administração pública se volta para um ambiente em que a técnica e as evidências são centrais para a tomada de decisão. E este aspecto é desejável, ressaltando a característica vista no *administrative state*, nesse sentido. Ocorre que tal aspecto não pode ser sinônimo de não controle, ou controle arbitrário. Retomo esse argumento nas próximas seções.

### 4.3 Pela superação da discricionariedade – Controle de prognose e *Resposta Adequada à Constituição* como elementos necessários para uma atuação democrática das cortes de contas

O controle finalístico da administração – como o caso das políticas públicas e da regulação –, em todo o seu ciclo, é capaz de evitar uma gama de demandas posteriores individuais<sup>196</sup> por parte dos cidadãos junto ao Judiciário, visto que o planejamento e a implementação de políticas e programas, se bem estruturados, ajudam a impedir erros que eventualmente viessem acarretar esse tipo de demanda. Assim, o papel da instituição que tem como função, também, controlar temas dessa natureza, caracterizados pela complexidade, deve nortear sua ação pela racionalidade e limites próprios presentes na Constituição.

É sob esse panorama que se busca esteio nas contribuições da *Crítica Hermenêutica do Direito*, porquanto assumo que essa matriz teórica proporciona uma maneira de observar o fenômeno a partir de uma base crítica para além do dogmatismo estreito, já que “[...] se assenta entre os dois grandes paradigmas filosóficos: o objetivismo e o subjetivismo. Sua tarefa: estabelecer as condições para a construção de uma teoria da decisão, fechando, assim, um *gap* existente na teoria e nas práticas cotidianas dos juristas” (STRECK, 2020, p. 11).

No âmbito da *Crítica Hermenêutica do Direito* e na inarredável necessidade de constrangimentos sobre os atos de decisão, destaco a relevante proposição streckniana acerca da *Resposta Adequada à Constituição*<sup>197</sup>, e que se faz absolutamente pertinente ao tema dessa pesquisa. Portanto, tem-se nos aportes da *Crítica Hermenêutica do Direito* fundamentos para uma análise mais densa e

---

<sup>196</sup> Veja-se, neste ponto, trabalho sobre a utilização do Poder Judiciário para a obtenção de medicamentos oncológicos, em que se concluiu por uma estatística alarmante: “[...] o aumento exponencial de ações judiciais para fornecimento de medicamentos, consultas, cirurgias e internações para o tratamento do câncer no Estado, em números representativos de um sério problema de saúde pública que afeta a realização de políticas públicas voltadas à efetividade deste e de outros direitos humanos e fundamentais. [...] Ao final, conclui-se que a judicialização é, de fato, indicativa de falha no funcionamento da política pública, com consequências no campo jurídico e no campo econômico” (HAEBERLIN; FRAGA JR, 2019, p. 50).

<sup>197</sup> "Para alcançar a resposta correta - denominada na CHD de resposta adequada à Constituição - utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da impricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da "law as integrity" de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e integridade para conter as 'contingências' do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a 'interpretação' da 'aplicação' (daí a noção de *aplicatio*, que rompe com a antiga tripartição ente *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *aplicatio* (STRECK, 2017a, p. 254).

vigorosa sobre esse fenômeno, tendo como pressuposto a importância de uma *Resposta Adequada à Constituição*.

Com efeito, no controle de políticas públicas e da regulação, naturalmente, são manejados elementos atinentes à economia, política, moral, enfim, pragmatismos de diferentes matizes. Assim, os conceitos advindos da *Crítica Hermenêutica do Direito* têm o papel de conferir um norte para a pesquisa a partir de um olhar da ciência jurídica. Aqui, o conceito da Autonomia do Direito servirá como fundamento de análise. Nesse sentido, a Autonomia do Direito tem relação estreita com o Constitucionalismo Contemporâneo, acima referido, bem como com a democracia, à evidência e, assim, “Sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica não é produto de escolhas, mas, sim, é um dever de buscar a *resposta correta* enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2020, p. 23).

Por isso, a ideia de discricionariedade, naturalmente, deve ser adequadamente explorada, uma vez que a natureza do controle aqui tratado tem relação íntima com essa questão, naturalmente. Nesse sentido, calha trazer ao debate a insuficiência das teorias positivistas para a discussão, e, nesse ponto, destacamos a discricionariedade admitida em um autor como Herbert Hart. A saber, em *O Conceito do Direito*, Hart é explícito ao referir que há casos em que o juiz poderá escolher entre respostas a serem dadas, porquanto, a partir da vagueza própria da linguagem, isso seria inevitável: “Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha” (HART, 2009, p. 165). Esse, sem dúvida, é um dos pontos que será criticado por Dworkin no que diz respeito ao positivismo jurídico de Hart, em que, na ausência da certeza em referência à regra, o positivismo não oferta resposta diferente da discricionariedade, admitindo-a<sup>198</sup>. Entretanto, essa

---

<sup>198</sup> Com certeza, esse fio será desenvolvido por Dworkin como crítica à teoria de Hart e, sobretudo, erigir a sua própria concepção de Direito. Na conclusão do jusfilósofo: “Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo “uma textura aberta”) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (Tentarei mostrar, mais adiante, por que aquele que pensa sobre o direito como um conjunto especial de regras é quase inevitavelmente levado a explicar casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém)” (DWORKIN, 2010, p. 35).

não se mostra a melhor forma de resolver a questão, quando se tem como premissa a diferença entre “escolha” e “decisão” e que, concebida no paradigma pós-positivista (ou não-positivista), visa a afastar a noção de escolha e, para impor decisões democráticas, necessita-se da fundamentação e justificativa adequadas. Com isso se quer afirmar que “A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 61). Claro que aqui estou falando sobre discricionariedade quanto à decisão judicial, mas esta também deve ser encarada, nesse contexto, sob o ponto de vista administrativo, afinal, ao se falar em políticas públicas, falamos, também, em discricionariedade administrativa, bem como deve ser pensado em termos do próprio controle realizado pelas Cortes de contas. Portanto, esse outro lado da discricionariedade também deve ser enfrentado sob a perspectiva do novo paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo.

Nesse terreno acima apresentado, importa destacar, igualmente, as contribuições ofertadas pela teoria dworkiniana, principalmente a ideia de Direito como integridade, mas não só. Também merece destaque suas contribuições para pensarmos a partir da legitimidade da jurisdição constitucional e, sobretudo, temos como aportes fundamentais as necessárias distinções entre julgamentos de política e de princípios (o fórum dos princípios).

Realmente, é notório que cada vez mais os tribunais de contas estão no centro das grandes discussões nacionais. Eles são considerados uma espécie de “cães de guarda” – *watchdogs* – da administração pública, em toda a sua amplitude. Onde acaba a competência constitucional e onde inicia o que pode ser um discurso político ou ativista? Note-se que essa observação sobre a instituição é central para a própria legitimidade da Corte e para a democracia: temos que ter em consideração que ativismos em uma instituição como o tribunal de contas é altamente prejudicial para o pacto democrático. Ora, a necessidade de buscar parâmetros racionais é essencial para a democracia. Isso significa termos um mínimo de racionalidade quanto aos parâmetros das decisões que devem ser consideradas num ambiente público e na intersubjetividade. Há uma necessária dissintonia entre decisões discricionárias e o Direito. Ou melhor, o Direito (e aqui a importância da autonomia do Direito) não admite mais a possibilidade da natureza discricionária como expressão da decisão. A rigor, “Quando a discricionariedade entra, o direito sai;

quando termina um inicia-se o outro” (ABBOUD, 2019, p. 402). É sob essa forma de compreender o Direito que o raciocínio de Streck abaixo transcrito tem perfeita adequação à seara dos tribunais de contas<sup>199</sup>:

Ademais, em países de modernidade tardia, como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento do catálogo de direitos constitucionais (mormente no âmbito do direito à saúde, à função social da propriedade, ao direito ao ensino fundamental etc.), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial preocupada com a democracia. E democracia quer dizer controle das decisões judiciais, uma necessária prestação de contas. *Accountability* (STRECK, 2020b).

Admitir um novo fenômeno que se apresenta - em particular aqui os contributos do *administrative state* e de uma certa abnegação do Direito nesse âmbito -, embora possa nos chamar a atenção para a necessidade de olhar a realidade com novos olhos, inclusive com a possibilidade de novas abordagens para a resolução de impasses, não quer significar o abandono do Direito. Nesse sentido, como forma de enfrentamento do problema, conquanto possa ser admissível uma nova forma de abordagem, entendo que a necessidade de controle sério de prognoses e o fundamento subjacente à *resposta adequada à Constituição* são imprescindíveis para enfrentar tais questões, sobretudo para permitir uma legitimidade democrática na construção das respostas/decisões.

Sob esse viés, a percepção do Direito a partir de uma perspectiva interpretativa<sup>200</sup>, que busca superar a subjetividade da decisão, mostra-se proficiente para uma conclusão mais rica sobre a atuação das Cortes de contas. Sobre o exposto, a visão do “Direito como integridade” defendida por Dworkin, nos estudos

---

<sup>199</sup> Deve-se ressaltar que essa pesquisa tem pertinência com a relevante discussão sobre a judicialização da política e ativismo judicial (TASSINARI, 2013), porquanto o ciclo que envolve as políticas públicas - da sua elaboração até sua execução -, perpassa os campos do direito e da política. A propósito, é justamente sob essa perspectiva que Anderson Vichinkeski Teixeira (2020) destaca o ativismo como uma patologia constitucional contemporânea, a qual surge como um desafio à própria democracia liberal. Ou seja, sob um viés democrático, a decisão judicial (aqui adaptada à atividade pelos tribunais de contas) que seja permeada de subjetivismo deve ser afastada.

<sup>200</sup> Como bem explicado por Macedo Júnior (2013, p. 210-211), “O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. As práticas de argumentação, tão típicas no dia a dia dos juristas, são exemplos da forma como o *direito* é um conceito controvertido e disputado, tal como o ‘conceito de *cortesia* com respeito a mulheres’. Ademais, esse conceito faz sentido apenas se pudermos pressupor para as sentenças que o enunciam possuem um valor de verdade, caso contrário seriam apenas retórica vazia.”

dos tribunais de contas, parece adequar-se bem ao intento, visto a natureza das funções da instituição. Explico. Com efeito, as Cortes de contas são capazes de agregar um histórico de decisões bastante peculiar, dada a natureza dos temas de que trata e, sobretudo, em razão do seu campo de ação, que pode ser bem delimitado, vez que os jurisdicionados (órgão controlados), salvo específicas exceções, são previamente conhecidos e se repetem ao longo do tempo. Portanto, a matéria-prima com que lidam os tribunais de contas permite um acúmulo de conhecimentos, que servirão para decisões posteriores, não raro para os mesmos jurisdicionados (órgãos controlados). Nessa visão, cabe lembrar que Dworkin entende o Direito como algo íntegro<sup>201</sup>. Do lado dos jurisdicionados, estes esperam segurança jurídica, coerência e integridade das decisões.

Com efeito, os tribunais de contas, devido às suas competências, estrutura, funcionamento, jurisdicionados, enfim, em razão desse conjunto de elementos, ameam uma expertise sobre a matéria que trabalham, o que, entendo, pode ser favorável ao que Leal (2007, p. 165) destaca, ao falar sobre a Tese de Dworkin, no sentido de que “O raciocínio jurídico, na sua compreensão, invoca e utiliza princípios que os Tribunais desenvolvem lentamente, mediante um amplo processo de argumentação e de criação de precedentes”. Nesses termos, conforme Oliveira (2018, p. 47), “Na atual quadra, seria um retrocesso admitir o uso da discricionariedade do julgador, seja o de contas ou o judicial, para decidir de acordo com as consequências práticas que lhe aprouvesse ou, pior, segundo a pauta do governo da ocasião”. Em conclusão, ainda segundo Oliveira (2018, p. 47), isso

[...] implicaria jogar no lixo, sem cerimônias, a própria Constituição Federal e toda a deferência que, após longos anos de luta o Constituinte Originário teve a oportunidade de aplicar em relação aos direitos fundamentais e à força normativa dos princípios que, conforme defendido por Ronald Dworkin, são importantes instrumentos para a integridade do Direito.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Consoante Macedo Júnior (2010): “Esta tarefa torna a função judicante um exercício semelhante a um exercício literário de escrita de um “romance em cadeia”, em que diversos autores escrevem, em sequência, um texto literário, respeitando o sentido e intencionalidades fixadas nas práticas de escrita dos escritores que o antecederam fixaram. Assim como tal exercício literário requer uma teoria substantiva do que é literatura e o tipo de literatura que se está a escrever (em conjunto), o direito requer uma teoria substantiva da política e da justiça como seu princípio estrutural.”

<sup>202</sup> Veja-se que essa questão acerca da necessidade de decisões extraídas do sistema enquanto conjunto de normas, em respeito aos princípios da comunidade política, tem como raiz, fundamentalmente, a refutação das conclusões do positivismo hartiano quanto à natureza da textura aberta da norma jurídica e, em consequência, sua zona de penumbra, situação em que o intérprete estaria legitimado a usar sua discricionariedade na falta de normativo com previsão para

Em razão do exposto é que uma teoria substancialista/interpretativista pode agregar uma referência mais robusta para a investigação. Nesses termos, Dworkin é um pensador do Direito pós-positivista<sup>203</sup> que assume a impossibilidade de

---

o caso concreto, abrindo-se flancos para julgamentos baseados em critérios extrajurídicos. Assim, para Hart, nesses casos a discricionariedade seria mesmo uma consequência advinda da indeterminação normativa (STRECK; MOTTA, 2018). Dessa forma, tem-se que a noção de textura aberta não oferece uma resposta adequada, em que pese Hart trabalhar numa perspectiva da prática social, e não a partir de critérios no nível da lógica, como em Kelsen. De fato, Hart oferece à Teoria do Direito uma concepção de Direito diferente daquela ofertada pelo juspositivismo normativista kelseniano; porém, seu projeto igualmente sucumbe quando está em consideração a questão da discricionariedade do julgador, a qual está expressamente admitida no item 6 do Pós-Escrito da sua obra principal *O Conceito de Direito*: “É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem suas escolhas, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito” (HART, 2009, p. 352). Embora Hart possa advertir que ao juiz não cabe criar o direito arbitrariamente, devendo agir como um “legislador consciencioso”, o fato é que, em última análise, o jusfilósofo inglês aceita a possibilidade da discricionariedade em certos casos, quando caberá ao magistrado criar o direito (STRECK, 2020). Numa perspectiva do positivismo jurídico, Hart busca dar um passo além das teorias predecessoras. Em verdade, ao construir sua descrição do Direito, Hart centra sua explicação na ideia de regra social, a qual seria capaz de explicar, sob o prisma do aspecto interno, ou seja, daquele que participa da prática, a concepção de Direito. A noção de regra é fulcral na análise hartiana. Ao diferenciar hábitos de obediência da noção de regra social, Hart postula que em ambos há convergência de conduta dos participantes. Todavia, no que diz respeito às regras sociais, há características próprias que as diferenciam de meros hábitos. Com a diferenciação entre hábitos e regras, Hart entende o Direito como uma união de regras primárias e secundárias, conferindo destaque, dentre essas, para a conhecida regra de reconhecimento, a qual, resumidamente, pode ser compreendida como uma prática social que permite a determinados agentes públicos o reconhecimento ou identificação do que é o Direito de determinada comunidade. O seu esforço teórico procurou elevar a explicação do Direito a uma dimensão não fisicalista (baseada em fatos brutos), como era a explicação referendada por teóricos anteriores como John Austin, por exemplo (MICHELON JR., 2004). Assim, Hart, tendo como pressuposto a filosofia da linguagem ordinária, explica o fenômeno jurídico de acordo com a prática dos participantes, dos sentidos que exsurgem da intersubjetividade. Podemos afirmar, com Francisco José Borges Motta, que essa nova proposta de análise proposta por Hart, “[...] é um verdadeiro ponto de inflexão teórica, tanto para o positivismo jurídico, como para seus críticos”. (MOTTA, 2018, p. 240). De fato, a abordagem de Hart, malgrado positivista, já introduz um viés a partir da linguagem, que busca no sentido das palavras elementos para a compreensão do Direito. Consequência disso é salientada por Streck (2017a, p. 163), quando assere que “Por conhecer o giro linguístico [Hart] não coloca a validade do direito em um pressuposto lógico transcendental. Hart coloca a validade do Direito num pressuposto do mundo concreto e social”. Como vimos, todavia, no que tange à questão da decisão, Hart não oferta uma teoria capaz de afastar a discricionariedade. Pelo contrário, admite a sua prática. Assim, pode-se afirmar, de acordo com Streck, que “O mesmo problema paradigmático-filosófico segue em Hart, pois em um primeiro momento há uma pretensão de objetividade na descrição do que é o Direito, delegando a sua validade aos fatos sociais (regra de reconhecimento), determinados pelos seres humanos convencionalmente”. Ocorre que, “Da mesma forma, nos casos em que há uma textura aberta da linguagem jurídica, o juiz pode interpretar o Direito de forma discricionária, ainda que com as ressalvas de parcimônia” (STRECK 2017a).

<sup>203</sup> Sobre um repensar a teoria do Direito a partir das contribuições da hermenêutica, Trindade (2015, p. 244) relata que: “Tal problemática também foi abordada por outros grandes juristas, que buscaram repensar a teoria do Direito a partir dos influxos da hermenêutica: nos Estados Unidos,

separação entre Direito e Moral (leia-se aqui a moral compartilhada pela comunidade jurídica). O problema do positivismo está em que, ao querer alcançar sua autonomia, acaba por negligenciar a questão principal que diz respeito à decisão, abrindo a possibilidade e, de fato, admitindo, a utilização da discricionariedade do julgador quando o Direito não for suficiente para dar a resposta esperada<sup>204</sup>.

Portanto, essa ruptura é um marco emblemático quanto ao entendimento sobre o próprio Direito, e tem consequências diretas como lidamos com as decisões de órgãos que proferem decisões capazes de impactar a vida das pessoas. Numa concepção de integridade, Casamiglia ressalta que a ousadia de Dworkin foi duvidar do paradigma então assentado, e manifestar que a função da Ciência Jurídica não se trata apenas de uma descrição, mas sim de oferecer solução aos problemas, com uma teoria completa e que possua como fundamento a justificação das decisões (CASAMIGLIA, 1990). Consequentemente, ao abandonar as abordagens insuficientes do positivismo, Dworkin concebe o Direito a partir de uma dimensão interpretativa (DWORKIN, 2014), o que significa um grau muito mais denso do que apenas uma concepção do direito como um teste de *pedigree*.

Em verdade, o diagnóstico streckniano sobre a permanência do paradigma positivista no Direito brasileiro permite uma compreensão sobre os problemas em torno das decisões judiciais (temos de pensar aqui no exercício de decisões pelas cortes de contas) e, nesse sentido, a sua desvinculação com o pressuposto democrático, caso que não é raro observar. É claro que o positivismo jurídico não se resume a apenas uma forma simples de entender o Direito ligado simplesmente à aplicação pura da lei, já que o positivismo jurídico é algo complexo, conforme amplamente difundido por Streck (2020). Mas a questão paradigmática verdadeiramente de fundo diz respeito, numa concepção filosófica, à insistência sobre as potencialidades do solipsismo próprio da modernidade, que tem o indivíduo

---

Ronald Dworkin; na Alemanha, Josef Esser, Arthur Kaufmann e Friedrich Müller; na Itália, Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria; em Portugal, António Castanheira Neves. No Brasil, especialmente a partir da década de 1990, Streck dedica-se à *Crítica Hermenêutica do Direito*, desenvolvendo uma vasta e qualificada produção bibliográfica no Direito, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger, Gadamer e Stein. Seus estudos caracterizam-se pela aplicação do método fenomenológico ao campo jurídico. Inserido em uma tradição pós-metafísica e pós-positivista, uma de suas principais preocupações gira em torno do problema da decisão judicial e da interpretação/aplicação do direito no paradigma da intersubjetividade”.

<sup>204</sup> Nesse sentido, Streck (2017a, p. 213): “Por isso, as ferramentas positivistas são adequadas para análise das normas, porém a teoria positivista é incompleta porque não oferece ferramentas adequadas para uma teoria da decisão judicial.”



como o arauto da racionalidade e onde o método pretende oportunizar as respostas aos desafios que se busca desvendar (STRECK, 2018). Portanto, a *Crítica Hermenêutica do Direito*, que busca uma aproximação entre a hermenêutica filosófica gadameriana com o interpretativismo dworkiniano, descortina uma nova possibilidade de construir-se uma *teoria da decisão* capaz de congrega o compromisso democrático e constitucional. Ao tempo que diagnostica as insuficiências do positivismo<sup>205</sup>, a *Crítica Hermenêutica do Direito* busca propor uma ruptura paradigmática nesse sentido, e requer, com isso, que as decisões sejam constitucional e democraticamente amparadas, com uma construção a partir da intersubjetividade. Ao pensarmos em controle externo sobre políticas públicas, e a complexidade que o fenômeno em si possui, exsurge como inarredável a utilização desse marco teórico.

Nesse sentido, deve-se atentar para a importância que os paradigmas filosóficos têm para a compreensão do Direito. Dessa forma, a *Crítica Hermenêutica do Direito* procura aproximar da reflexão jurídica concepções assentadas em paradigmas filosóficos contextuais (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017). Numa aproximação entre Heidegger e Gadamer, a *Crítica Hermenêutica do Direito*<sup>206</sup>, de Heidegger, apreende a forma para se lidar com o problema da história, tendo como base a superação da relação sujeito-objeto. Em Gadamer, por sua vez, retira como contribuição a noção transdisciplinar da hermenêutica filosófica (TRINDADE;

---

<sup>205</sup> Streck (2017a, p. 214-215) explica com clareza a diferença entre positivistas e não-positivistas e a sua relação com a discricionariedade na decisão: “É possível dizer que o modo principal de identificar o positivismo em suas diferenças para com o pós-positivismo ou não positivismo é o modo como se lida com a discricionariedade. Com efeito, para Tomasz Gizbert-Studnicki e Tomasz Pietrzykowski a diferença básica entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo está no modo que se reconhece a relação entre Direito e moralidade – sobretudo nos conceitos jurídicos gerais, vagos e/ou imprecisos -, e nas consequências práticas desta percepção. Deste modo, aduzem que os positivistas acreditam que conceitos tais como boa-fé, políticas públicas ou princípios de cooperação social têm uma textura aberta. Por isso o juiz goza de uma reconhecida discricionariedade para decidir os casos. No âmbito da discricionariedade judicial, qualquer resposta adotada pelo juiz estará de acordo com o Direito [...]. Já os não positivistas acreditam que o Direito, ao fazer referência aos critérios morais, efetivamente acreditam que estão incorporando esses critérios ao Direito. Uma decisão judicial que viole estes critérios não se considera apenas como injusta, senão como antijurídica.”

<sup>206</sup> As palavras do criador da teoria explicam bem o propósito: A hermenêutica (*Crítica Hermenêutica do Direito*) que proponho tem o intuito de reforçar essa convicção – forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do Direito, e a revolução copernicana provocada pelo giro ontológico-linguístico. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos, que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do Direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação” (STRECK, 2017b, p. 650-651).

OLIVEIRA, 2016). Nesse sentido, relembro que admitir uma certa importância para capacidades institucionais não afasta a necessidade de teorias normativas. Na perspectiva aqui adotada, elas podem andar juntas, no sentido de contribuição mútua.

Nesse contexto, oportuno ressaltar que, para os fins da pesquisa sobre controle de políticas públicas, duas contribuições da *Crítica Hermenêutica do Direito* se mostram enriquecedoras para abordagem. A primeira é que, no Estado Constitucional e dado o avanço situado na Teoria do Direito, não se pode trabalhar com resposta *a priori*. As perguntas sempre surgem antes das respostas (STRECK, 2017b), e essa questão é fundamental para o enfrentamento do controle finalístico da administração pública. Além disso, a noção de construção de respostas adequadas à constituição, “[...] que pressupõe um efetivo grau de autonomia do direito” (STRECK, 2020a, p. 393), conta com um conjunto mínimo de princípios, a fim de garantir e reforçar a constitucionalidade das decisões<sup>207</sup>. Nesse sentido, um primeiro princípio seria *preservar a autonomia do Direito*<sup>208</sup>. Por sua vez, o segundo princípio – controle hermenêutico da interpretação constitucional – guarda verdadeira influência no controle de políticas públicas. Aqui a ideia é de enfrentamento da discricionariedade. Em verdade, esse controle visa a fortalecer a autonomia do Direito (STRECK, 2017b). Toda forma de exercer controle sobre os programas governamentais deve levar em consideração a necessidade de uma

---

<sup>207</sup> Streck (2017a, p. 654) explica que “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser *de princípio*, não *de política*. Dito de outro modo, não se pode ‘criar um grau zero de sentido’ a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.”

<sup>208</sup> Sobre respostas adequadas, dentro da perspectiva de autonomia do direito, Streck refere o teste das seis hipóteses em que o magistrado pode deixar de aplicar um ato normativo. Não ocorrendo tais hipóteses, está obrigado a aplicá-lo. São elas: quando o ato normativo for inconstitucional; quando se tratar de critérios de antinomia; quando for o caso de interpretação conforme à Constituição; nulidade parcial com redução de texto; inconstitucionalidade com redução de texto; por fim, quando se tratar de uma regra que entra em confronto com um princípio constitucional (STRECK, 2017a, p. 634-635). Nessa concepção também estão presentes as três perguntas fundamentais formuladas pela *Crítica Hermenêutica do Direito*, que servem para verificar um comportamento ativista. Nesse sentido: “Do mesmo modo, em determinadas situações – mormente se se estiver tratando de direitos sociais-fundamentais (o que não quer dizer que se possa dispensar as referidas perguntas em outras dimensões nos diferentes ramos do direito) – o juiz deverá responder às três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade; se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas; e, se para atender aquele direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia” (STRECK, 2020a, p. 394).

fundamentação densa, inclusive porque há uma consideração de espaços (competências) próprias das demais instituições nesse sentido: se o controle busca adequar as ações governamentais sob o viés constitucional, não se pode esquecer que também é constitucional a atribuição ao poder e executivo para dar concretização às políticas públicas.

Ainda na esteira dos princípios mínimos elencados por Streck como condição de possibilidade para uma teoria da decisão, temos o efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito. Streck (2017b) lembra que, na teoria proposta por Dworkin, há uma relação necessária entre integridade e democracia, porquanto as decisões devem ser construídas a partir de argumentos fundamentados de forma integrada ao todo, ao conjunto do próprio Direito. Aqui, pois, há um respeito à tradição. Se pensarmos em políticas públicas, por óbvio, como já deve ter ficado claro no desenvolvimento do trabalho, essas são próprias do *locus* da política, e trabalham a partir de um raciocínio de metas e resultados que se pretende alcançar em programas traçados pelo Legislativo e Executivo (*policies*). No entanto, a possibilidade de controle de políticas públicas, de alguma forma, deve-se basear em critérios para adequar os planos aos princípios constitucionais. Por isso trata-se de controle.

Não se pode esquecer que, em Dworkin (2014, p. 213), “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.” Ou seja, é possível pensarmos em integridade quando lidamos com questões próprias do âmbito legislativo. As políticas públicas, nesse sentido, devem ser analisadas sob esse prisma, mormente ao falarmos em seu controle, já que a integridade se aplica, igualmente e com razão, na atividade de controle. Em outra parte, o jusfilósofo norte-americano destaca que:

Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (DWORKIN, 2014, p. 261, grifo nosso).

Por isso, entendo que deve perpassar uma abordagem hermenêutica sobre todo o processo de política pública, desde sua formulação até o próprio controle, consideradas a integridade e a coerência para com os princípios institucionalizados na comunidade jurídica. Numa abordagem sobre integridade no Poder Legislativo, em artigo que pretende tratar o tema especificamente, uma vez que Dworkin, embora admita esse viés, concentra-se mais sobre as decisões do poder judiciário, Hommerding e Lira (2015, p. 104) fazem a seguinte observação:

A doutrina tem trabalhado com propriedade a aplicação da integridade na prática judicial do Direito. O próprio Dworkin preocupa-se primordialmente com a integridade jurisdicional, uma vez que pouco ingressa no campo da integridade legislativa quando escreve sobre a temática. Nesse sentido, a pergunta que emerge é esta: é possível operar com o modelo de integridade no âmbito legislativo que se orienta pela política? A resposta deve ser afirmativa, porquanto não apenas se deve exercer um controle 'rigoroso' em relação às decisões judiciais, mas, também, em relação às atividades do Poder Legislativo. Isso porque o legislador, ao orientar o processo de produção de leis pela coerência e integridade, transmite ao cidadão e aos operadores (técnicos) do Direito os padrões fundamentais de equidade e justiça. Daí por que, lendo Dworkin, é possível sustentar que o legislador deve ser visto como um 'agente moral' vinculado à integridade como ideal político. A integridade possibilita melhores argumentos a favor da legitimidade do Direito enquanto lei, pois uma lei que seja produzida a partir da observância de níveis de racionalidade e do Direito como Integridade tende a ser mais legítima do que aquela criada irracionalmente.

A ideia referida acerca da integridade no âmbito legislativo tem o condão de apresentar a sua relevância em qualquer âmbito do Estado. Nesse sentido, serve como algo a ser perseguido. Mesmo que em alguns casos seja difícil, ou mesmo não possível a sua concretização, o fato é que ter sua busca como elemento presente acarreta a legitimidade da decisão<sup>209</sup>.

A expansão dos elementos fundantes da *Crítica Hermenêutica do Direito* para esse âmbito de atuação – como o controle finalístico pelos tribunais de contas – visa a conferir, sobretudo, um cenário mais propício para a construção de decisões democraticamente acertadas. Embora não se esteja na mesma situação de decisões proferidas no âmbito do Judiciário (uma vez que o âmbito de ação e composição dos tribunais de contas ocorre num cenário diferente), é preciso ter em conta que o compromisso com decisões democráticas é a forma a ser perseguida, afinal: “A resposta correta é a metáfora do compromisso do agente jurídico com as amarras

---

<sup>209</sup> Nesse contexto, uma questão discutida sobre as decisões do TCU, por emblemática, foi o Parecer que rejeitou as contas do Governo Federal – exercício de 2014. Uma crítica apontada para tal decisão foi a de que teria ocorrido falta de coerência e integridade, por haver mudança de entendimento em relação a decisões anteriores, em prejuízo à segurança jurídica.

democráticas, instituições, leis, precedentes e principalmente a Constituição e sua principiologia. E sem compromisso não há responsabilidade. E responsabilidade envolve a noção de limite. E não há democracia sem limite” (ABBOUD, 2019, p. 414)<sup>210</sup>. Apostar, como é defendido nesta tese, no respeito às capacidades de instituições técnicas vocacionadas para tratar de determinados temas, no sentido de retirar do Judiciário o “império” para tratar de todas as questões, não afasta a necessidade de se garantir critérios aptos a impedir decisões discricionárias por essas outras instituições capacitadas a decidir.

Nesse ponto deve ser destacada uma outra importante questão, a qual diz respeito ao controle de prognose<sup>211</sup>.

Sobre o tema, em artigo com título *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*, Mendes (2000) trabalha a possibilidade de controle de constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais com base na ideia de fatos e prognoses legislativos. O trabalho parte da premissa que é inevitável a apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei, ou seja, algo que vai além do simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior<sup>212</sup>. Destaca o constitucionalista que “Hoje, não há como negar

---

<sup>210</sup> Ainda: “Portanto, se ao final da exposição de nosso modelo pós-positivista nos perguntarem se há efetivamente um caminho irretorquível ou uma forma/equação a ser utilizada para se produzir a resposta correta, diremos que não, inclusive porque não é esse o caminho para se construir a resposta correta. Apesar disso, tal constatação não diminui em nada a importância da defesa e da exigência da resposta correta no âmbito administrativo e judicial, porque é essa metáfora que hoje confere sentido para viver o direito. O fato de inexistir uma fórmula exata para se produzir a resposta correta não nos autoriza a desistirmos dela, até porque ela não é um item a ser descoberto no mundo físico ou místico. Ela se constitui metaforicamente como fenômeno a ser vivenciado. Assim, somente perante sua exigência é que podemos nos livrar dos grilhões relativistas e arbitrários que dominam nosso sistema jurídico. A resposta correta é, antes de tudo, uma metáfora: mais importante do que a resposta correta é a sua busca; o ganho democrático é consequência imediata disso – antes de tudo o que importa, é a *travessia*. Enfim, se desistirmos da resposta correta, desistiremos de nós mesmos enquanto juristas” (ABBOUD, 2019, p. 414).

<sup>211</sup> Como busquei demonstrar, com base na doutrina consultada, os novos desafios relacionados à burocracia estatal não devem passar apenas pelo paradigma da decisão, nem devem estar sob o domínio do Poder Judiciário (ABBOUD, 2021), cabendo, quando necessário, uma atuação deferente às instituições próprias que compõem esse âmbito da burocracia, aí estando também os tribunais de contas. É sobre este aspecto que a ideia de controle de prognose, no controle realizado pelos tribunais de contas, mostra-se essencial para garantir um resultado com maior legitimidade.

<sup>212</sup> No extremo, o autor ressalta, ao falar sobre o Tribunal Constitucional Alemão, que “Até mesmo quando discute questões de princípio, relacionadas com concepções filosóficas ou de convicção, procura o Tribunal proceder a uma análise racional da controvérsia, evitando uma abordagem metafísica da questão. Temas relativos à recusa de prestação do serviço militar, à opção homossexual ou à pena de morte são tratados com base na experiência aferível e em verificações de índole fática” (MENDES, 2000, p. 7). Em específico, cita os procedimentos utilizados pela Corte Constitucional nesse mister: “A Corte Constitucional alemã utiliza-se de diversos procedimentos

a "comunicação entre norma e fato" (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos" (MENDES, 2000).

Para exemplificar, o jurista refere decisão levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso "Kassenzahnarzt-Urteil", processo em que foi discutida a legitimidade de uma lei que estabelecia um processo de admissão com *numerus clausus* para os dentistas das Caixas de Assistência. Na verdade, a lei, no limite, significava quase que uma proibição de exercício profissional.

O argumento para a criação da lei era que a habilitação ilimitada dos dentistas vinculados às Caixas de Assistência acabaria por gerar uma concorrência desenfreada na área e, com isso, a redução dos rendimentos dos profissionais.

Contudo, a Corte Constitucional, ao julgar o caso, afastou o prognóstico do legislador e concluiu que a liberação da inscrição de dentistas nas Caixas de Assistência provocaria um aumento de profissionais vinculados às Caixas não superior a 12%, razão pela qual não seriam afetados os ganhos dos profissionais. Na oportunidade, a Corte levou em consideração o número de segurados de plano de saúde e outros fatores estatísticos para a sua interpretação. Ao final, entendeu que a restrição era incompatível com o princípio constitucional da liberdade de exercício profissional.

A partir de uma visão hermenêutica, não se está defendendo uma projeção de prognoses no ato de decidir, o que pode ser denominado de prognose-judicial. Sobre essa questão, Streck explica bem a diferença e afasta a ideia de prognose no ato de decidir, por ser incompatível com a hermenêutica:

De todo modo, atentando-se para a dimensão do não dito, a hermenêutica vai além da semântica, posicionando o foco do problema numa dimensão

---

racional para a realização de prognósticos: (a) o "processo-modelo" (*Modellverfahren*), que se refere um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis; (b) a "análise de tendências" (*Trendverfahren*), no qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo; (c) o "processo de teste" (*Testverfahren*), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro; (d) o "processo de indagação" (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo. Esses processos em geral são utilizados de forma isolada ou combinada, predominando, segundo Philippi, o "*Modellverfahren*". A utilização desses procedimentos não exclui as formulações intuitivas, ainda que estas, para terem algum poder de convicção de terceiros, devam ser traduzidas para um processo racional" (MENDES, 2000, p. 8).

mais concreta de análise. Vale dizer, o discurso judicial apresenta a resposta para o caso.

Juízos de prognose ou sobre as consequências advindas da decisão (o vulgo consequencialismo) não estão em jogo em uma análise à luz da hermenêutica. O direito deve dar uma resposta para 'o' caso apresentado. Sua aplicação aos casos similares posteriores deverá ser discutida, de novo, segundo as especificidades de cada um e sobre o que poderia ser retirado como 'holding' do julgamento anterior.

A prognose é uma atividade própria do legislador. Na verdade, é possível dizer que a prognose é algo que atina, particularmente, à estrutura dos argumentos de política: procura apresentar projetos que se destinam a conquistar maior bem-estar coletivo ou uma melhora nas condições socioeconômicas (STRECK, 2013, p. 584).

Quanto ao tema, podemos referir, para reflexão, o teor do artigo 20 da LINDB, que foi introduzido pela Lei n. 13.655/2018: “Nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 2018). Uma interpretação rápida do artigo poderia levar à ideia de que estaríamos diante de uma abertura para práticas consequencialistas no Direito brasileiro. E note-se que o artigo é expreso ao destacar que não se aplica apenas para o judiciário, mas também para a área de controle.

A questão é que a interpretação do referido artigo, que tem impacto profundo no Direito Público brasileiro, a partir de uma visão hermenêutica, deve conceber que não se pode desvincular interpretação da aplicação. Nesse sentido, a explicação que segue oferece um norte para a compreensão do artigo analisado:

Não percebemos de forma distinta (cindida), primeiro os textos para, depois, acoplar-lhes sentidos. Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo/aplicativo – é unitário, o texto (pensemos, fundamentalmente, na Constituição) não está, e não nos parece, desnudo, como se estivesse à nossa disposição.

[...]

A interpretação do Direito não é filologia. Há um mundo prático que se atravessa no processo de compreensão do Direito. Esse fenômeno é protagonizado pelos princípios constitucionais, que têm uma força fática – que resgata os sentidos que construímos na nossa interação cotidiana – e, com isso, diminui, na hora da aplicação, as múltiplas possibilidades de sentidos semânticos do texto. Não devemos esquecer que o texto não pode ser entendido em sua 'textitude', devendo ser compreendido na *applicatio*, que não é uma 'operação subsidiária', mas a condição de possibilidade para que, do texto, construamos a norma (STRECK, 2018, p. 75).

Com isso quer-se dizer que a previsão legal da LINDB aqui analisada não pode ser entendida como uma abertura para uma forma de consequencialismo puro, que desborda do campo do jurídico. O Direito, e sua autonomia, deve trabalhar com

princípios, que são deontológicos. Até mesmo porque, respeitante aos princípios, “Eles institucionalizam o mundo prático [...]. (STRECK, 2020, p. 388). Mas isso não significa dizer que “considerar as consequências práticas da decisão” deva ser uma forma de abertura para elementos externos ao direito. O artigo 20 da LINDB deve ser compreendido à luz dos próprios princípios e da deontologia do Direito. A fundamentação<sup>213</sup> é requisito inarredável de validade das decisões dentro da ordem constitucional-democrática. Ao contrário de qualquer defesa em relação à conhecida jurisprudência dos valores que poderia ser trazida à baila nesse contexto, faz-se necessário destacar, de forma clara, que o direito deve ser entendido sob a ideia de integridade e coerência (DWORKIN, 2014), tendo como base o fato da sua dimensão interpretativa, que requer fundamentação a partir da tradição jurídica compartilhada pela comunidade política. Somente dessa forma é possível aceitar o texto analisado da LINDB. E é sob esse ponto de vista que ele pode ser útil para a construção de decisões democráticas, destacando-se que o artigo tem incidência não apenas no campo das decisões judiciais, mas também na tomada de decisões na esfera administrativa. Não se pode, com a ideia de querer afastar o uso de valores abstratos na tomada de decisão, acabar positivando a possibilidade de argumentos consequentialistas (econômicos, puramente) à revelia da autonomia do Direito. Por isso que é importante compreender o conteúdo dos princípios, ou seja, a sua verdadeira dimensão e natureza. Isso quer significar que os princípios não podem ser apanhados como um álibi ou artifício para qualquer tipo de decisão. Ao contrário disso, os princípios devem instituir, normativamente, o próprio direito compartilhado na comunidade política. Se for entendido o real significado dos princípios, será possível afirmar que as decisões não serão tomadas com base em valores abstratos, porquanto, como já exposto, os princípios “institucionalizam o

---

<sup>213</sup> Lembro da advertência de António Manuel Hespanha quando, ao tratar das características da *Escola Livre do Direito*, que se opunha ao formalismo da jurisprudência dos conceitos alemã, refere que essa noção de liberdade de interpretação – daí o termo “livre” – se espraiou e persiste no imaginário dos juízes. Nesse sentido, conforme o historiador do Direito: “Esta ideia de que os juristas decidem com base na sua sensibilidade, só depois encontrando argumentos racionais ou fundamentos legais corresponde ao senso comum dos juristas, ainda hoje” (HESPANHA, 2005, p. 407). Essa constatação, transposta para o cenário brasileiro, também pode ser encontrada em Streck (2016, p. 03): “Interessante notar como o imaginário que suportava as teses do direito livre e da jurisprudência dos interesses aparece, difusamente, ainda hoje no âmbito do pensamento jurídico brasileiro. Veja-se, por exemplo, a concepção amplamente difundida que afirma serem os princípios constitucionais a consagração de valores éticos e morais que o desenvolvimento social legou ao Direito. Nessa toada, afirmam, equivocadamente, que o juiz não pode mais ficar inerte e simplesmente ‘reproduzir’ o discurso legislativo, e que ele deve valorar as circunstâncias do caso de modo a encontrar a ‘melhor solução’ com base na ponderação dos princípios colidentes.”



mundo prático” (STRECK), 2016, e isso significa o acompanhamento de densa fundamentação para a tomada de decisão.

Esses elementos são importantes para se pensar num âmbito em que o controle exercido por uma instituição independente como os tribunais de contas ocorre em temas como regulação ou políticas públicas. É que, nesse domínio, abre-se oportunidade para decisões em que a instituição pudesse agir, de fato, politicamente, o que seria indesejável. O que intento demonstrar é que a legitimidade dos tribunais de contas, para controlar tais matérias, não pode ser tomada como uma liberdade para adotar decisões substitutivas às do administrador público (cabe lembrar que na primeira parte do trabalho pretendi demonstrar que a atividade dos tribunais de contas é legitimada por intermédio de sua natureza essencialmente técnica, diante do fenômeno do Estado Administrativo, e que tem a Constituição como parâmetro).

Por isso é importante separar o “controle de prognose” do “fazer prognose”. São coisas bem distintas, Assim, é possível compreender que os tribunais de contas podem contribuir em muito ao se valerem de controle de prognose, quando for o caso, dentro do próprio panorama de diálogo que deve se estabelecer entre instituições. Isso é diferente de tomar “decisões por prognose”, ocasião que pode ensejar decisões motivadas por *polícies* e, assim, serem indesejáveis. Esse ponto é fundamental.

A rigor, os tribunais de contas, pela sua posição no desenho institucional, devem zelar pela sua independência, sendo que sua legitimidade deve estar atrelada ao controle que deve ter como parâmetro a Constituição e que, de outra margem, deve respeitar as competências próprias dos demais Poderes, como o Legislativo e Executivo. Mas a sua expertise permite valer-se do controle de prognoses, no sentido de conduzir os atos administrativos para uma decisão constitucionalmente orientada. Esse parece ser o ponto que legitima a sua atuação, ao mesmo tempo que a limita, mormente nos casos do controle de políticas públicas.

Embora o interesse sobre o tema do controle por prognose tenha relação mais direta com o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário<sup>214</sup>,

---

<sup>214</sup> A temática é desenvolvida sobretudo na área do poder Judiciário, no tema controle de constitucionalidade. Nesse sentido, veja-se, como exemplo, os seguintes trabalhos: Affonso (2013); Mendes (2000) e Torres (2017).

fato é que ele pode ser pensado igualmente na intersecção que se estabelece entre decisões na seara das *policies* e controle pelos tribunais de contas.

A doutrina que trata sobre o tema da prognose costuma diferenciar entre aquilo que é reconhecido como prognose legislativa, ou seja, aquela realizada pelo Poder Legislativo, quando da feitura da lei, e outra que estaria associada a uma atribuição de espaço para atuação do administrador, por uma transferência do Legislador nesse sentido (MARTINS AFFONSO, 2013).

Compreensível, notadamente, que a atuação do Poder Judiciário, em sendo admitido o controle de prognose, estabelece-se de forma bastante ampla e impactante, porque, ao fim e ao cabo, pode nadificar uma lei oriunda do Poder Legislativo no terreno do controle de constitucionalidade<sup>215</sup>.

A noção que pretendo chamar a atenção aqui quanto ao controle exercido pelos tribunais de contas é no sentido de uma instituição que deve participar do processo das políticas públicas ou da regulação, de forma a analisar e indicar deficiências e caminhos possíveis, estabelecendo um dever ao administrador para demonstrar a adequação de seus atos. Nessa perspectiva, a tecnicidade imanente que caracteriza os tribunais de contas deve permitir a utilização do controle de

---

<sup>215</sup> O entendimento sobre a possibilidade de negativa de exequoriedade de leis por parte dos tribunais de contas, o que seria, em última instância, uma forma de controle de constitucionalidade, é matéria marcada por profundas discussões na doutrina e na jurisprudência. O tema, certame, seria objeto de um trabalho à parte. Embora não seja a preocupação da tese, em específico, refiro em nota de rodapé, em síntese, o tema e a sua nova configuração na jurisprudência do STF, por afetar uma temática cara à instituição de controle. O Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 60, adotou o Enunciado 347, que estabelecia: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” Desde então, estabeleceu-se uma celeuma acerca do significado deste enunciado. Embora tivesse sido editado sob a égide da Constituição anterior, o enunciado permaneceu no sistema jurídico, não sendo expressamente revogado. Com esteio no entendimento fixado pelo STF, as cortes de contas exerceram, por intermédio de suas decisões, uma negativa de exequoriedade a leis e atos normativos contrários à Constituição. Não obstante o exposto, muitas críticas foram e são direcionadas para essa forma de controle exercido pelos tribunais de contas. O Ministro do STF, Gilmar Mendes, tanto em nível doutrinário, como em decisões no âmbito da Corte, entende que o enunciado 347 resta superado com o advento da Constituição da República de 1988. Em escrito conjunto com Paulo Gustavo Gonet Branco sustenta esta tese (MENDES; BRANCO, 2018). No âmbito jurisprudencial, o STF, em julgamento conjunto de Mandados de Segurança (MS 35.490/DF, MS 35.494/DF, MS 35.498/DF e MS 35.500/DF), com a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu, por maioria de votos, no caso discutido, que o TCU não poderia ter afastado a aplicação de normas da Lei 13.464/2017. A discussão, de fato, ainda não restou superada, em razão de muitos fatores específicos que devem ser enfrentados. Por exemplo, é possível perceber do teor da decisão, no ponto, que se tratou da “**Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos**, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes”, sendo discutida, no âmbito dos tribunais de contas, se seria possível afastar leis de efeito concreto, sem efeito erga omnes, por exemplo.

prognoses no sentido de garantir a melhor decisão possível por parte da administração pública, dentro da temática de competência própria do órgão de controle.

A possibilidade de controle de prognose, como entendo, merece ser vista a partir de uma noção de presunção de deferência à decisão do Legislador e do Administrador Público, porquanto estes se encontram em posição de legitimidade para as escolhas políticas. Desse modo, uma conclusão em sentido contrário equivaleria a subverter a própria logicidade constitucional. Mas tal fato não parece ter a força de afastar, quando devidamente justificado, o controle sobre prognoses. De qualquer forma, parece ser adequada a observação de que “[...] para substituir o conceito indeterminado de prognose, feito pelo Administrador, deve se fundamentar a sua incorreção, e não apenas se utilizar de fórmulas genéricas. Dizer do porquê a prognose restou malfeita” (MARTINS AFFONSO, 2013). A questão da fundamentação, dessarte, impõe-se novamente.

Mesmo para quem entenda ser ilegítimo o controle de prognose pelas Cortes de contas, a questão é que, na verdade, a sua verificação está diretamente relacionada à atividade de auditoria, característica própria dos tribunais de contas, que, diferentemente do Judiciário, não estão estruturados a partir do princípio da inércia de jurisdição, e atuam basicamente por intermédio das auto impulsionadas fiscalizações/inspeções – sendo a auditoria operacional integrante dos instrumentos disponíveis de ação da instituição, como visto na primeira parte deste trabalho. Parece algo simples, mas na verdade é um elemento muitas vezes negligenciado quando se reflete sobre o tema. Não obstante, como já discutido alhures, nas análises e decisões realizadas pelas Cortes de contas - sobretudo em temas como políticas públicas e regulação -, espera-se uma atitude de autocontenção, devendo a instituição atentar para a competência própria dos âmbitos legislativo e executivo, atuando apenas em situações em que puder, fundamentadamente, indicar as incorreções daquelas instâncias, a partir de critérios técnicos.

Em pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Contas da União<sup>216</sup> com o termo “prognose” identifiquei apenas 18 Acórdãos, não obstante, a meu ver, seja um elemento importante que deveria ser mais bem explorado pela Corte enquanto fundamento teórico para legitimidade de análise. Isso não significa que o TCU não

---

<sup>216</sup> Pesquisa integrada – jurisprudência (todas as bases). Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>.

faça esse tipo de controle. Apenas denota não usar o conceito sistematicamente. Embora seja um material de baixo volume quantitativo, faz-se pertinente a sua análise, pelo menos nos pontos que possam servir para a presente reflexão. O primeiro Acórdão listado trata do conhecido caso respeitante ao processo do tipo desestatização, relacionado à licitação a ser conduzida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) - tecnologia 5G<sup>217</sup>.

Neste caso, no que respeita à prognose, verificou-se que o tribunal adotou uma postura de humildade institucional em relação ao conhecimento técnico da agência, dada a complexidade do tema, servindo como um fiscal sobre a necessidade de fundamentação das decisões específicas para cada ato. Nesse sentido:

Processo que analisou múltiplas questões técnicas controvertidas de alta complexidade e, em alguns casos, relativas a prognósticos. - **Havendo divergências sobre questão técnica incerta relativa a prognose ou ainda havendo controvérsias sobre assunto que admite soluções distintas para situações distintas, o TCU deve ser deferente com o órgão regulador e prestigiar a sua posição técnica, desde que devidamente fundamentada.** - Em se tratando de conceito jurídico de conteúdo indeterminado, sobre o qual há uma zona de incerteza relativamente a hipóteses que não se enquadram facilmente nem na zona de certeza positiva nem na zona de certeza negativa, **o TCU deve adotar a autocontenção e prestigiar as escolhas do formulador da política pública, desde que feitas dentro do espaço hermenêutico que o texto da norma permite e acompanhadas das necessárias fundamentações.** - Ausência de constatação de irregularidades graves que impeçam a realização da licitação do 5G. Identificação de irregularidades sanáveis, riscos e fragilidades que requerem providências, algumas imediatas e

---

<sup>217</sup> Em verdade, os demais Acórdãos não tratam da matéria prognose de forma mais profunda a ponto de possibilitar uma análise detalhada. Apenas em um Acórdão de 2003 - ACÓRDÃO 116/2003 – PLENÁRIO, o Relator faz um juízo de prognose para a resolução do caso julgado: “No Direito Constitucional contemporâneo, influenciado especialmente pelo Direito Constitucional Alemão, entende-se que, assim como o ato administrativo deve ser motivado, também o deve ser o ato legislativo. A elaboração da norma pressupõe uma determinada realidade. Quando a prognose legislativa - a percepção que o legislador tem da realidade - não corresponde, de fato, à realidade, a norma deve ser considerada inconstitucional. Qual seria a prognose ou o pressuposto associado a uma norma que assegura a um servidor deslocado de outra unidade da Federação um auxílio para custeio de sua moradia e não assegura o mesmo direito a uma pessoa residente em Brasília? Certamente o pressuposto é o de que o servidor que já reside em Brasília possui imóvel próprio na capital ao passo que o que se desloca para cá não. Essa presunção é razoável? Se o servidor deslocado de outra unidade da Federação para o exercício de cargo elencado no art. 1º do Decreto 1.840/96 por acaso já possui imóvel em Brasília, será legítimo que se lhe pague o auxílio? E se o residente em Brasília demonstre que não possui imóvel, que paga aluguel, seria legítimo que não recebesse o auxílio? Pensamos que não. O critério previsto na norma, se não mitigado, não nos parece legítimo” (BRASIL, 2003).

outras mediatas. - Expedição de determinações corretivas, recomendações e ciências à Anatel e ao Ministério das Comunicações.  
- Previsão, no acórdão do TCU, de instauração de ações de controle específicas para cada um dos assuntos indicados na referida deliberação que requerem acompanhamento por parte desta Corte acerca das providências a serem adotadas em relação às irregularidades sanáveis, riscos e fragilidades apontados por este Tribunal neste processo (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Observa-se que a decisão tomada pelo TCU no que se refere à desestatização da tecnologia 5G indica caminhos de como se pode compatibilizar a atuação da Corte em questões ligadas ao controle de atividades-fim da administração pública. E representa também a dimensão de dificuldades que temas dessa natureza possibilitam, desafiando a ideia tradicional de decisão. Portanto, a tarefa parece ser, com isso, assumir esse novo paradigma, no sentido de, em última instância, garantir resultados que estejam adequados à Constituição. Este é, ao mesmo tempo, o desafio e a possibilidade que se impõe em tais questões que são e deverão continuar se apresentando no âmbito das ações estatais. No caso, uma vez identificada pelo próprio órgão de controle a preferência pela tomada de decisões no âmbito da administração, porque com melhor capacidade técnica para tanto, mostrou-se uma atitude correta do controle externo que, exigindo as justificativas da administração, entendeu que, para o caso, eram suficientes a embasar suas decisões. O TCU, ao realizar o controle, foi deferente ao formulador da política pública por entender que este dispunha de melhores condições para o caso em concreto, ou seja, detinha melhor capacidade institucional, não tendo sido identificadas irregularidades capazes de afastar as medidas adotadas pelo jurisdicionado, não sendo o caso, igualmente, de qualquer sanção a ser aplicada.

Nesse contexto, uma vez expostas as sutilezas e os desafios desse ambiente de decisões - bem como referidas a utilização de controle de prognose e da teoria da *Resposta Adequada à Constituição* como meios possíveis e democráticos de atuação das Cortes de contas - tendo em vista a importância da noção de deferência em relações às matérias tratadas -, mostra-se pertinente compreender, ainda, a ideia de discricionariedade.

Embora diferentes - a discricionariedade quanto à decisão judicial (no caso desta pesquisa estou pensando a partir da discricionariedade do controlador) e a discricionariedade administrativa – ambas se mostram particularmente oportunas no contexto do controle finalístico.

Em regra, quando pensamos em (não)discricionariedade judicial, estamos diante de uma decisão tomada por magistrados, tendo um caso em que há partes envolvidas, cada qual apresentando seus argumentos em contraposição. No caso dos tribunais de contas, como já visto, a sua forma de atuação é diferente, pois as auditorias são implementadas a partir de iniciativa da Corte, ou por provocação de outras instituições, como as Casas Legislativas e, geralmente, não se trata de julgamento de litígio entre partes (lide), mas de verificação da regularidade de atos administrativos ou o seu próprio controle finalístico. Isso é importante considerar, porque, de fato, na atuação das Cortes de contas, não se busca o reconhecimento de um direito a uma das partes, não obstante o fato que o Poder Judiciário também pode vir a decidir de forma semelhante às Cortes de contas, quando chamado a julgar atos que tenham repercussão sobre questões gerais sobre direito público - sobre atos administrativos, por exemplo. O que quero sublinhar é este caráter diferente e peculiar de atuação dos tribunais de contas, que são marcados para essa específica atividade de controle.

Evidenciada essa diferença, cabe uma reflexão sobre a discricionariedade, seja na atuação do controle ou da própria administração pública, a fim de gerar um quadro mais amplo sobre os limites de atuação das Cortes. De pronto, adianto que, como se pode esperar da atuação de um juiz, no caso do controle de contas não se pode admitir, igualmente, uma opinião, mas sim uma decisão amparada por uma racionalidade que deve ser demonstrada e fundamentada. Quando Dworkin, por exemplo, refere que o magistrado, no seu atuar, tem responsabilidade política, isso deve ser estendido, também, para os Membros das Cortes de contas, até porque, conforme a própria Constituição de 88, estes têm as mesmas garantias que a carreira da magistratura, o que não pode ser esquecido quando se busca entender a sua legitimidade para atuar<sup>218</sup>. Inclusive, é por essa razão que é discutida a necessidade de Conselhos para o controle dos Membros dos Órgãos de controle, na

---

<sup>218</sup> De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Ministros do TCU são equiparados a Ministros do Superior Tribunal de Justiça. De fato, com base no texto constitucional, art. 73, § 3º, os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, ao passo que o § 4º deste artigo dispõe que o auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal. O art. 75 da CF refere, a seu turno, que as Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros. Assim, no âmbito dos Estados, os Conselheiros são equiparados a Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

mesma direção em que foram criados o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Primeiramente, é necessário estabelecer uma diferenciação entre ambas as formas de discricionariedade (do controlador e a administrativa), pois, se bem entendidas, não possuem a mesma natureza. É bem verdade que os estudos sobre discricionariedade foram muito mais desenvolvidos na seara administrativista, em detrimento dos estudos sobre a discricionariedade judicial, numa visão histórica do Direito (ABBOUD, 2019). Nesse sentido, no tocante à discricionariedade da decisão, de início já se pode salientar que o paradigma inaugurado pelo pós-positivismo afasta a ideia de discricionariedade no ato decisional, porquanto estar em direta contrariedade às bases democráticas de constituição do novo Estado Constitucional (ABBOUD, 2019).

No controle de políticas públicas pelos tribunais de contas, a noção de discricionariedade de decisão do controlador se mostra inevitável. Afinal, quais os limites do controle?

A discricionariedade, vista na perspectiva do magistrado (aqui, pensamos no órgão controlador) deve ser analisada à luz da teoria da decisão<sup>219</sup>. Nesse ponto, o conceito de discricionariedade exsurge do positivismo pós-Kelsen, muito bem identificado em Hart em O conceito de Direito, que trata da “textura aberta”. Como já dito, evidente que a liberdade postulada pela discricionariedade no âmbito da decisão não está afinada em termos democráticos, porquanto pleiteia uma fuga da fundamentação no Direito.

No âmbito do Direito Administrativo, a discricionariedade há tempo é tratada como decorrência da atividade do administrador e sua vinculação ou não com alguns marcos que são a ele atribuídos pela lei. Nessa quadra da história, contudo, é preciso aprofundar a discussão sobre esse ponto, que é profícuo para o debate das políticas públicas, sobretudo. Nesse sentido, Streck (2020) chama a atenção para o fato que

---

<sup>219</sup> “Há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do Direito administrativo aponta para uma circunstância em que o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem, em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente administrativo)” (STRECK, 2020, p. 83).

Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade (STRECK, 2020, p. 84).

Essa consideração é fulcral para um trabalho que busca investigar os limites da sindicabilidade sobre planejamento e execução de políticas públicas. Afinal, além de uma visão legalista da discricionariedade administrativa, é necessário refletir a partir de um parâmetro constitucional: se, de um lado, é verdade que o ato administrativo discricionário tem autorização legislativa, não se pode desconhecer que a atividade deve ser controlada a partir da Constituição. Parece que isso está a aumentar, de certa forma, a possibilidade de controle e, de outra banda, diminuir o campo de ação do agir administrativo (quando pensamos em execução de políticas públicas pelo Poder Executivo), ou ao menos fazer com que a discricionariedade não desborde dos princípios constitucionais em última instância

Nesse sentido, fala-se, atualmente, em inexistência de espaço livre para o administrador atuar contra o Direito. Ou seja, há, na verdade, um condicionamento da administração ao Direito (lei e Constituição). Conforme Abboud (2019), foi com Garcia-Enterría e Tomás-Ramon Fernández que foi desferido o mais duro golpe contra a discricionariedade administrativa. Aqui, entende-se que nem mesmo naqueles casos em que há conceitos indeterminados haveria espaço para escolhas. Como consequência, dessarte, tem-se a possibilidade de controle muito mais largo pelo controle externo<sup>220</sup>. Assim, como é possível verificar que o controle dos atos discricionários pelo tribunal de contas tem amparo Constitucional, certo é que essa instituição pode se valer de um conjunto de competências para avaliar as escolhas administrativas (ainda mais pensando no âmbito de políticas públicas). No entanto, é preciso cautela para que não ocorra a substituição do administrador pelo controlador; este parece ser um ponto central, porém controverso e complexo.

---

<sup>220</sup> Como já exposto na primeira parte do trabalho, as fiscalizações (inspeções e auditorias) realizadas pelos tribunais de contas adentraram no cenário brasileiro com a constituição de 1967. As auditorias compreendem, por excelência, o trabalho dos tribunais de contas para a confecção de relatórios que serão submetidos à decisão pelos membros da instituição. Elas são bastante abrangentes, compreendendo auditorias de mera conformidade, que é uma forma de verificação da compatibilidade entre fatos e normas, até as conhecidas auditorias operacionais, que têm previsão expressa na Constituição de 1988, e possuem um caráter mais abrangente, no sentido de uma fiscalização de programas de governo.



A discricionariedade na seara administrativa pode ser reconhecida, no limite, como meros ajustes deixados ao critério do administrador, uma vez que, hoje, não é mais possível falar em discricionariedade que não obedeça a limites, porque dessa forma seria, em verdade, verdadeira arbitrariedade, o que deve ser rechaçado num Estado Democrático de Direito. Mas é justamente no limite de tal discricionariedade que reside o grande problema, porquanto voltamos à questão da separação de poderes e à necessidade de o controlador respeitar a independência de outras instâncias. A rigor, portanto, não se pode querer sustentar, atualmente, a existência de uma discricionariedade administrativa propriamente dita<sup>221</sup>.

É evidente, pois, que a visão tradicional de discricionariedade, a qual admite a concessão de uma parcela de poder indevassável pertencente ao administrador público, mostra-se, em realidade, incompatível com a ideia de democracia, República e Estado Democrático de Direito<sup>222</sup>. Assim, parece estéril o debate que busca afastar o controle externo sobre temas relevantes da administração pública<sup>223</sup>. Com efeito, penso ser possível afirmar que a defesa do afastamento do controle sobre a atividade finalística da administração pública é, por si só, inconstitucional. A

---

<sup>221</sup> Braga (2014, p. 215), refletindo sobre o tema em dissertação de mestrado, demonstra bem essa impossibilidade: “Por tudo isso, certamente uma das primeiras conclusões a que podemos chegar e que certamente condicionam todas as demais, é que não há uma discricionariedade administrativa. A um pela pretensa indeterminação do direito ser idêntica para todo o direito, não distinguindo-se *ab initio* apenas em razão de seu destinatário, o que também é definido pelo intérprete (autêntico), quem quer que seja ele. A dois, visto que na atividade executiva, ou seja, administrativa, não há uma esfera política, conforme melhor exposto na sequência, sob pena de total relativização do direito e do controle da atividade estatal, pela atribuição discricionária, ou seja, com margem de liberdade (efetivamente) ao intérprete, de instituir quantas dimensões políticas quiser e onde quiser. Se se admitir essa inserção indefinida de dimensões políticas, como camadas de recheio em um bolo, completamente desvinculadas da receita previamente fornecida, também deve se admitir a total relativização do direito e sua total ausência de normatividade. Ora, isso é muito grave e algo que parece simples e sem maiores consequências, apresenta-se como absolutamente deletério.”

<sup>222</sup> Até mesmo a chamada “discricionariedade técnica” não se sustenta, porquanto em confronto com o Estado Democrático de Direito. Conforme assinala Guerra (2015, p. 370): “A ‘discricionariedade técnica’ constitui mera maquiagem da face da velha discricionariedade, na tentativa de limitação jurisdicional do controle de seu exercício [...]”

<sup>223</sup> Valendo-me novamente da reflexão de Braga (2014), resalto que é um erro, no que diz respeito ao tema da discricionariedade, a busca pela sua justificativa, como o faz a doutrina, que tem como consequência uma forma de legitimação da ausência de controle por órgãos externos. Nas suas palavras finais, e pertinentes à temática: “[...] se os sentidos não forem levados a sério, se for aceito um relativismo filosófico e do direito, além de uma esfera política, também cada vez mais relativa, a atuação do Estado estará disponível para quem tiver mais poder, que nos dias atuais destaca-se pelo viés econômico, transformando-se em uma verdadeira quimera a ser utilizada por quem mais hábil para tanto for. Ao se utilizar a filosofia como mera capa de sentido, destacando que há uma pretensa oposição entre um imaginário viés única e exclusivamente prático do direito e um outro que seja teórico, deixa-se de levar a sério os sentidos, o direito e o Estado como um todo, algo que se faz completamente aterrador, cada vez mais, no Brasil dos dias atuais” (BRAGA, 2014, p. 235).

questão está muito mais em saber como deve ser o controle, embora não se possa prever como este deverá ser realizado, pois não é possível categorizar formas de controle *a priori*. Nesse âmbito, as definições dependem do contexto e do caso prático. Como ensina a *Crítica Hermenêutica do Direito*, não há respostas antes das perguntas<sup>224</sup>. Mas há critérios amplos que devem ser respeitados. Esse ponto é fundamental para entender a natureza do fenômeno estudado. Esse ensinamento da *Crítica Hermenêutica do Direito*, que diz inexistir respostas antes das perguntas, é crucial para entendermos o que se passa no controle da ação finalística da administração pelos tribunais de contas. Como não é possível ter uma espécie de modelo prévio sobre como ocorre na prática o controle, muitos buscam negar a sua possibilidade. A lição da CHD, nesse sentido, joga luz sobre a questão, porque permite revelar a natureza autêntica do controle<sup>225</sup>.

De toda sorte, numa forma de arremate sobre a necessidade de uma nova visão sobre o controle da discricionariedade do agir administrativo, o que significa o ponto central da atividade de controle pelos tribunais de contas na atividade finalística da administração, é preciso ressaltar que a sua (não)possibilidade demarcará a sua própria legitimidade, dentro da ideia de um Estado Democrático de Direito<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Este é um tema muito caro à *Crítica Hermenêutica do Direito*, que não aceita modelos prontos para decisões. Esse é pensamento está presente nos diversos escritos de Streck. A título ilustrativo, reproduzo parte de uma resposta sua sobre o tema: “Decisões prêt-à-porters são como um relógio estragado: acerta a hora duas vezes por dia. E daí? Cada caso tem suas especificidades. O direito necessita, sim, e isso é claro, de previsibilidade. Mas esta não é dada por fórmulas ou pequenas-metodologias. A previsibilidade se dá a partir da coerência e integridade e a partir da resposta a várias questões que sempre devem ser feitas. Em resumo: não há respostas antes das perguntas. Modelitos querem dar respostas prévias. A Crítica Hermenêutica do Direito que fundei só fornece respostas depois das perguntas” (STRECK, 2015).

<sup>225</sup> É interessante referir, nesse sentido, a conclusão proferida pelo Ministro Benjamin Zymler no evento *Diálogo Público*, no âmbito do Tribunal de Contas para tratar da “Atuação do TCU em desestatizações e regulação de serviços públicos”, no seguinte raciocínio: “Não acho que haja receitas de bolo que possam ser estabelecidas pelo TCU a priori, para que as agências reguladoras possam seguir uma fórmula para se chegar a concessões bem-sucedidas” (BRASIL, 2018).

<sup>226</sup> Conforme acentua Balera (2019, p. 140): “O reconhecimento de fragilidades na justificação e teorização da discricionariedade administrativa conduz a três outras objeções: (i) a primeira, de expressão política, ao realçar a necessidade de abertura democrática, seja ao controle geral e à influência decisória, inferindo-se uma incoerência ao transferir importantes decisões da esfera deliberativa democrática para a seara restrita da escolha unilateral do administrador público; (ii) a perda da força normativa da Constituição, a partir do momento que são mantidas esferas intangíveis ao controle jurisdicional, por exemplo, do mérito do ato administrativo e pelo uso dos princípios à abertura dos segmentos decisórios ao administrador público; (iii) a reivindicação da resposta correta, também no âmbito administrativo, em substituição à atividade discricionária, diante dos pressupostos hermenêuticos hodiernos, que exigem uma construção coerente e rigorosa das respostas às questões jurídicas e à concretização de direitos fundamentais.”

Dentro dessa mesma perspectiva, o enfrentamento da discricionariedade, seja do ponto de vista da administração, seja do controle, deve levar em consideração uma apropriação correta do entendimento dos princípios jurídicos, sob pena de adentrarmos num campo de aberturas valorativas deletérias. E, nesse sentido, o direito público mostra-se como potencial campo fértil para práticas no sentido incorreto sobre a aplicação de princípios, muitas vezes o “interesse público” sendo utilizado como enunciado performático para impor visões pessoais<sup>227</sup>.

Não se pode perder de vista que o controle encontra sempre como vetor de análise os princípios administrativos expressamente inscritos no artigo 37 da Constituição da República, além do fato de as manifestações do órgão de controle terem de, inexoravelmente, concretizar a norma constitucional prevista no artigo 93, IX, que demanda a necessidade de fundamentação rigorosa<sup>228</sup>. Esses dois elementos devem andar juntos.

Ainda, é preciso lembrar que o controle externo, atento à necessidade de entender o momento de autocontenção frente ao administrador, não pode se esquecer de que é o guardião da legalidade (aqui, no sentido amplo, englobando a ideia de Constituição – “legalidade constitucional”).

Nesse contexto, insta esclarecer uma questão importante. A Constituição da República de 88 prevê, expressamente, que o controle pode ocorrer com fulcro na legitimidade e economicidade do ato. Vê-se, aqui, um tema que gera diferentes abordagens, dada a amplitude dos referidos conceitos e, inclusive, a possibilidade

---

<sup>227</sup> Tratarei, na sequência, especificamente deste ponto em análise a um caso julgado pelo TCU.

<sup>228</sup> Nesse aspecto, Nascimento (2019), em tese de doutoramento, resume bem a questão atinente ao dever de fundamentação, e sua implicação direta sob uma perspectiva de paradigma: “É essa compreensão que determina o modo como é recepcionado, pela dogmática jurídica, o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no § 1.º do art. 489 do Código de Processo Civil, que, por estabelecer uma conexão direta com a Constituição Federal, realiza e concretiza a norma constitucional prescrita no inciso IX, do artigo 93, razão pela qual, por conjugar os elementos que compõem a tríplice dimensão da fundamentação, no referido dispositivo legal se identifica a melhor expressão do caráter paradigmático da fundamentação das decisões judiciais, visto que, refletindo o impacto das três dimensões: (i) pressupõe a adoção de um processo como procedimento em contraditório, caracterizado por um conjunto de atos preparatórios visando à prática de um provimento final, a sentença, como resultado de um discurso público, de uma prática intersubjetiva e compartilhada, no que reflete a superação do paradigma da subjetividade pelo paradigma da intersubjetividade (perspectiva filosófica); (ii) reflete a passagem de uma concepção de legitimidade da decisão judicial baseada exclusivamente no argumento de autoridade, ou como ato de vontade, para uma necessidade, por força da responsabilidade política que assume, por parte do juiz, de prestação de contas (perspectiva histórica); (iii) indica o movimento de deslocamento de um modo de conceber o fenômeno jurídico com um viés mais privatista para uma concepção pública, constitucionalizada e democrática do direito, consagrador de sua autonomia e de seu triunfo sobre os agentes externos que pretendem corrigi-lo (perspectiva jurídica).” Aqui, obviamente, a ideia se aplicaria também aos órgãos de controle.

de abertura para aproximação de abordagens propriamente econômicas, cabendo o debate, portanto, com base no paradigma da *Autonomia do Direito*, tendo como objeto a atuação das Cortes de contas. Dessa forma, calha apresentar o que o ambiente doutrinário tem dito a respeito das ações da instituição controladora sob o viés dos conceitos de legitimidade e economicidade.

A partir de então, busca-se desenvolver uma forma de ler esses conceitos com base numa normatividade constitucional e, nesse sentido, definir parâmetros jurídicos para o enfrentamento da matéria. Sem dúvida, neste ponto se mostra providencial a defesa de uma leitura normativa dos conceitos referidos, sob pena de abrir um flanco indesejável a decisionismos com base em análises puramente econômicas, o que não deve ser referendado, sob pena de inconstitucionalidade no agir do controle.

Por outro lado, mas ainda sob esse mesmo fenômeno, cabe o enfrentamento da questão referente à força (cogência) das decisões tomadas pelas Cortes de contas na aplicação de tais conceitos. Isso porque há entendimento de que, sob esse viés, as decisões emanadas dos tribunais de contas não teriam força de comando, porquanto, quando a aferição do controle ocorre apenas com base em critérios de legitimidade e economicidade, ou seja, em atos que não forem contrários ao Direito (ilegalidade), não seriam possíveis determinações aos jurisdicionados, cabendo apenas recomendação, no sentido de um diálogo com o auditado.

Creio que trabalhar os critérios da legitimidade e economicidade do ato, por intermédio de uma leitura normativa constitucional, é capaz de afastar decisionismos embasados em fundamentos tipicamente consequencialistas e econômicos, ao mesmo tempo que, com base em decisões que busquem respostas adequadamente constitucionais, e devidamente fundamentadas na ordem constitucional, também possam legitimar os tribunais de contas a exercer decisões que possam atribuir maior peso e compromisso para os entes auditados, cabendo, nesse sentido, verdadeiras determinações aos gestores.

Não se quer aqui afastar o papel consensual a ser exercido pelas Cortes de contas, sobretudo em auditorias operacionais, em que são largamente utilizados os critérios da legitimidade e economicidade. Evidentemente, a participação dos

tribunais de contas por intermédio de recomendações aos órgãos auditados tem sido uma via adequada na perspectiva do controle<sup>229</sup>.

Mas isso é diferente de se excluir, a priori, qualquer força vinculante de suas decisões quando essas forem concebidas sob os critérios da legitimidade e economicidade. Por isso, reputo necessária e desejável a leitura desses conceitos sob a perspectiva da normatividade constitucional.

Tal fato não deve ser percebido apenas sob a perspectiva da sanção, mas sim com base na força (argumentativa) das conclusões apresentadas pelo órgão controlador, as quais, dentro do campo de sua competência, e se forem técnica e juridicamente fundamentadas, ganham uma presunção que, para serem afastadas, necessitam de uma contradição embasada em critérios técnicos no mesmo sentido.

Acredito que, muito mais que uma discussão acerca da possibilidade de sanção, os posicionamentos das Cortes de controle, afiançadas em critérios como legitimidade e economicidade, são muito melhor entendidos a partir da sua capacidade de demonstrar a constitucionalidade do ato controlado, na perspectiva de fundamentação de uma resposta constitucionalmente adequada. Afinal, esse é o seu papel fundamental.

#### **4.4 A Tese da abnegação do direito é incompatível com a Autonomia do Direito?**

Na perspectiva de um novo contexto de complexidade das relações na sociedade, e do papel que deve o Estado assumir nessa nova ordem, apresentou-se a lógica surgida com o *administrative state*, que buscou dar uma resposta para os novos desafios, engendrando um espaço de atuação por parte de instituições independentes que atuam ao lado dos Poderes constituídos tradicionais, como o Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao mesmo tempo, o papel desempenhado por essas instituições - nesse espaço caracterizado pela especialização e técnica, em que setores relevantes são regulados por instituições independentes – congrega

---

<sup>229</sup> Nesse sentido, conferir Estudo de Caso sobre o papel dos tribunais de contas como controlador de entidade regulatória, no caso, a Agência Nacional do Petróleo. No estudo, os autores demonstram a viabilidade dessa forma de aproximação entre a ação do controlador e da agência reguladora, muito mais produtiva no sentido de colaboração do que um viés conflitivo. Dessa forma, conforme referido por Dantas, Caldas e Martins, (2021, p. 17), “Ao substituir a intervenção forte pela intervenção por meio da consensualidade, nas auditorias operacionais com decisões finais contributivas efetivadas por meio de recomendações, o TCU concorre para a segurança jurídica e a previsibilidade no setor regulado, melhorando, assim, o equilíbrio sistêmico.”

competências que podem ser compreendidas, de certa maneira, como executivas, legislativas e judiciais.

Assim, observou-se que uma visão tradicional e estática sobre separação de poderes (separação de funções, melhor dizendo) não é capaz de subsistir às mudanças ocorridas em tempos atuais, merecendo, dessa forma, uma nova leitura capaz de dar conta dos formatos institucionais recentes, sob pena de se estabelecer uma interpretação errônea para o fenômeno.

Sob essa forma de compreensão, pretendi, ainda na primeira parte deste trabalho, estabelecer uma aproximação (com as devidas ressalvas) entre a lógica subjacente ao fenômeno do *administrative state* e o papel desempenhado pelos tribunais de contas, no Brasil, tendo em vista as enormes divergências e incertezas sobre a natureza dessa instituição que, embora instituída desde o nascimento da República, ainda não está devidamente caracterizada e compreendida dentro do quadro institucional.

A perspectiva do *administrative state* permite situar os tribunais de contas num eixo composto por instituições dotadas de autonomia e independência, que são constituídas de competências para realizar atividades eminentemente técnicas em sua área de atuação, formando, por assim dizer, um novo ramo ou novo braço de atuação do Estado, que possui, portanto, predicados próprios.

Claro que não é possível associar o *administrative state*, em igualdade, com o desenho institucional ocorrido no Brasil. São culturas diferentes e assim merecem ser lidas. Além disso, quanto aos tribunais de contas, em especial, há algo que deve ser sublinhado, que diz respeito à sua própria previsão constitucional como instituição. Com efeito, esse fato é deveras importante para compreender essa instituição, pois assumiu, com a Constituição da República de 88, relevantes atribuições, ao passo que, se formos pensar em termos de agências independentes, muitas delas têm sua previsão institucional em textos infraconstitucionais.

Nesse contexto, na busca de entender as premissas do *administrative state*, identifiquei algo que confere um diagnóstico dessa realidade, no sentido de haver ocorrido, nessas condições, uma forma de abnegação do Direito em favor desse novo arranjo que foi se estabelecendo historicamente (VERMEULE, 2016). Essa constatação, no entanto, nos remete a um questionamento que aparece como um ponto essencial: o reconhecimento de uma certa forma de abnegação é incompatível

com a Autonomia do Direito? Significaria tornar débil essa autonomia reivindicada pelo Direito?

Se é justificável, nos termos propostos, uma deferência do Judiciário em favor dos tribunais de contas nas matérias próprias de sua atuação, é necessário, igualmente, que tais instituições de controle tenham sensibilidade em reconhecer seus limites na atuação do controle externo – sobretudo, ao que aqui importa – no que diz respeito especificamente ao controle de políticas públicas. Seria o caso de reconhecer - no dizente à análise que envolve matérias próprias do controle -, competências que vão desde a atividade administrativa (exercidas pelo Poder Executivo diretamente ou por agências reguladoras) até a revisão por parte do Poder Judiciário, passando, num plano intermediário, pela função exercida pelos tribunais de contas.

A atribuição própria a cada um desses âmbitos, embora desejável, não pode se dar no plano abstrato e previsto previamente, dadas as complexidades e incertezas que se mostram no cotidiano das questões que são enfrentadas no âmbito administrativo. Por isso, então, a necessidade de um modelo de abordagem, no sentido de tentar observar o que se mostra mais adequado e legítimo numa perspectiva democrática.

Os tribunais de contas, nesse contexto, se destacam pelo competência constitucional que lhes é atribuída para o enfrentamento de matérias de tal natureza, sendo legítima uma forma de deferência por parte do Judiciário; todavia, devem seus agentes ter responsabilidade política para também exercerem uma autocontenção, no sentido de, igualmente, exercerem deferência para a administração, quando for o caso, podendo, de qualquer forma, contribuir com informações produzidas pelo seu quadro técnico, a fim de fomentar a busca de respostas constitucionalmente adequadas, dentro de um nível democrático.

É nesse sentido que tais órgãos de controle podem contribuir: são guardiões da administração pública (*whatchdogs*), e devem agir para, dentro de possibilidades verificadas em nível técnico – por meio de prognoses e controle da normatividade constitucional – adequar a atuação administrativa aos parâmetros constitucionais.

Enquanto o Judiciário está, de alguma forma, restrito ao código do lícito/ilícito, tratando mais diretamente da questão jurídica, os tribunais de contas possuem atributos que lhes permitem efetuar outras formas de verificação e análise.

Com efeito, uma particularidade que parece exsurgir no que tange ao desempenho dos tribunais de contas, no Brasil, é seu papel de garantidor de que as decisões produzidas pela burocracia obedecem a uma legalidade constitucional. As Cortes de contas aparecem como uma instituição singular, porquanto não caracterizadas como o Judiciário – uma vez que seu quadro de pessoal é composto por profissionais das mais diversas áreas -, mas também não atuam essencial e naturalmente a partir da lógica do administrador público. Nessa medida, os tribunais de contas têm muito a contribuir por estarem mais próximos do que o Poder Judiciário da realidade administrativa, podendo compreender as particularidades desse campo de atuação, com mais tecnicidade. Porém, sua tarefa é conciliar essa lógica própria do Estado Administrativo com os parâmetros constitucionais, ou melhor, com a própria autonomia do Direito.

Por isso é importante compreender que a existência de uma abnegação, nos termos propostos por Vermeule, não deve significar, necessariamente, afastamento do Direito, mas, na acertada compreensão ofertada por Abboud (2021), a sua autonomia se apresenta como verdadeiro sentido e justificativa dessa abnegação. Da mesma forma, também assiste razão ao autor quando refere não ser mais possível identificar-se o império do direito com o império dos tribunais.

Entendo que os tribunais de contas estão numa posição capaz de contribuir muito para conciliar a atividade administrativa com a autonomia do direito, no contexto de um Estado que tem temas complexos para enfrentar diuturnamente. E mais que isso: em razão de sua característica própria, é possível, a partir de uma leitura da lógica do *administrative state*, compreender o tribunal de contas como uma instituição de controle que pode muito contribuir para o acerto de decisões administrativas, ao mesmo tempo que retira uma carga de tarefas do Poder Judiciário. A propósito, é nesse contexto que deve ser compreendida a pertinência das capacidades institucionais. É possível, dessarte, uma harmonia entre autonomia do direito e abnegação, fenômeno que se pronuncia de forma evidente na burocracia estatal.

Creio que a busca por entender se as Cortes de contas exercem Jurisdição, ou, por outro lado, se são apenas órgãos auxiliares do Poder Legislativo, ou seja, tentativas tradicionais de compreensão sobre o papel dos tribunais de contas, não foi capaz de ofertar soluções satisfatórias e definitivas. Talvez a tentativa de buscar enquadrar tais instituições em padrões existentes tradicionalmente não seja a



melhor maneira de compreender seu real significado. Assim, embora a ideia de abnegação possa parecer um tanto heterodoxa para os padrões que a doutrina especializada em controle sempre tentou se apoiar para entender a natureza dessa instituição, a verdade é que ela permite captar o que ocorre na sua atuação. Não é possível negar que o exercício de sua atividade ocorre num plano próprio, em que o Direito está presente, mas não da forma que uma visão tradicional a compreende. E, quando não consegue enquadrar padrões já existentes, surgem problemas, como as intermináveis discussões em torno *do que é* o tribunal de contas, o que acompanha a sua própria história institucional, como ficou demonstrado na primeira parte deste trabalho.

Em outros termos, e aqui a similitude se aplica, a existência de um nicho de atuação próprio das agências nos Estados Unidos não desonera a coerência de suas ações, em que pese tal fato se dar em um âmbito próprio (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020). Abboud (2021, p. 565), nesse sentido, nos convida a pensar, nessa perspectiva, “[...] numa espécie de legalidade mínima do *Administrative State*”.

Reconhecer a natureza desse âmbito de atuação dos tribunais de contas a partir da lógica do *administrative state*, portanto, permite dar um passo mais acertado na compreensão de sua legitimidade e, de outro lado, nas suas reais limitações. Evidente que tal fato desloca em direção às Cortes de contas o preço de assumir uma atuação a partir da fundamentação, no sentido de demonstrar - mormente em questões mais complexas e sensíveis -, a adequação de leituras realizadas a partir de prognoses e adequação constitucional. Mas esse é um dever que já se impõe, por força do próprio texto constitucional.

A abnegação ocorre quando o Direito não acompanha o tratamento a ser dado a determinada matéria. Instituições como os tribunais de contas devem atentar para essa característica nas áreas em que atuam e, assim, compreender dimensionar o ajuste do controle. Mas sempre que a matéria for suscetível ao controle da legalidade, a instituição deve garantir a sua aplicação.

Streck (2020a), como já referi antes, destaca o processo de autonomização do Direito, e assevera, com razão, que essa autonomia tem relação direta com a democracia e com o Estado Constitucional, sendo, nessa medida, a condição de independência em relação a critérios políticos, econômicos e morais. Embora exista

um influxo dessas dimensões na sua construção, o direito deve ser encarado como blindado em relação a elas, daí a sua autonomia.

A caracterização utilizada neste trabalho acerca do que está subjacente ao *administrative state* serve para demonstrar que o seu reconhecimento, em última análise, tem relação com a garantia da autonomia do direito. Na verdade, reconhecer âmbitos de atuação de instituições comprometidas com o exercício de ações estatais, e assim buscar lançar um olhar para sua atuação com respeito ao Direito, só tem a contribuir para a garantia de sua autonomia, resguardando-se os compromissos que devem ser assumidos num Constitucionalismo Contemporâneo.

O que se retira disso é que, por certo, a autonomia do direito requer comprometimento constante por parte das instituições. Portanto, respondendo ao questionamento constante no título desta seção, não se percebe uma incompatibilidade entre *autonomia do direito* e a noção de *abnegação*; ao contrário, a autonomia do direito pode ser favorecida a partir da compreensão adequada do fenômeno da abnegação. E os tribunais de contas estão situados num ponto favorecido no desenho institucional para enfrentar essas questões.

#### **4.5 A questão dos direitos fundamentais**

Em termos de competência para tomada de decisão, em que se entrecruzam decisões proferidas por diferentes órgãos públicos dotados de capacidade técnica e ligação direta com o objeto tratado, sempre haverá conflito acerca da legitimidade para a última palavra.

Vimos que, no respeitante a matérias complexas, muitas vezes tratadas no direcionamento de políticas públicas, por intermédio de todo o seu ciclo (planejamento, execução, avaliação e controle), forma-se um espectro representando as diferentes instituições capazes de atuar, de alguma forma, na sua consecução (podemos lembrar aqui a participação do Legislativo, da Administração Pública, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, do Judiciário, entidades da sociedade civil, entre outros). A dificuldade está em entender de que forma cada uma dessas instituições pode interferir no processo. Enfrentei a questão do *administrative state* para daí extrair a ideia de necessidade de deferência para órgãos mais capacitados a tomar decisões em áreas específicas, que deve estar conformada numa visão mais ampla sobre legitimidade democrática.

No exame de decisões proferidas pelo TCU buscarei explorar algumas possibilidades que podem surgir no campo de ação entre duas instituições que possuem capacidade técnica para o enfrentamento da matéria, e como a ideia do diálogo pode ser uma solução mais harmoniosa e adequada para a tomada de decisões, desde que não seja utilizada para favorecer decisionismos desligados do Direito ou do sistema desenvolvido propriamente pelo *administrative state*. Em última análise, sustento a necessidade de se levar a sério a racionalidade do sistema, por meio de decisões fundamentadas e compartilhadas entre os órgãos, com a devida apropriação e utilização transparente de critérios de prognose.

Dentro desse ambiente, sem dúvida, deve ser considerada a questão dos direitos fundamentais, por significar um núcleo duro protegido constitucionalmente, e que deve atravessar a discussão aqui tratada, sendo indispensável a sua proteção em todos os níveis de atuação da administração pública.

Notório que, se tomarmos em conta a competência dos tribunais de contas para a proteção do patrimônio público, podemos pensar que, indiretamente, há a afetação de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais, porquanto se está a falar de recursos preservados para o seu fomento e sua garantia, já que, ao fim e ao cabo, controlar o gasto público significa reservar valores (da receita pública) para aplicação de programas voltados à concretização de direitos, finalidade de primeira ordem do Estado.

Contudo, quando estão em jogo direitos fundamentais, é necessário reconhecer que sua proteção deve ter um olhar mais comprometido pelos órgãos participantes, sendo que, neste ponto, o Poder Judiciário possui um lugar de importância em fazer valer a sua garantia nos termos da Constituição. Nesse sentido, quando pensamos em decisões advindas da administração pública e do consequente controle externo, a ideia de deferência deve ser sempre seguida da ressalva necessária acerca do não afastamento da participação do Poder Judiciário, que, neste campo, tem papel de destaque, ou seja, de verdadeiro guardião.

Seja no âmbito da própria regulação ou na efetivação de políticas públicas de cunho social, é comum o surgimento de questões ligadas aos direitos fundamentais. A premissa assumida por este trabalho, que entende legítima, na complexidade da sociedade atual, uma maior deferência para instituições capacitadas, deve necessariamente chamar a atenção para ser necessária também a defesa dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Esta é uma verdadeira condição de

possibilidade para podermos pensar numa construção de decisões públicas que estão comprometidas com a Constituição. Mas o que é relevante aqui, e busco demonstrar adiante, é que a participação do Judiciário pode ocorrer sem que seja necessário afastar o controle próprio exercido pelo tribunal de contas. Pode ocorrer, em última análise, uma soma de intervenções.

Há inúmeros casos em que essa questão pode ser evidenciada. Destaco aqui, a título exemplificativo, decisão recente do Supremo Tribunal Federal, na verdade uma decisão tomada pela Presidência do STF, em sede liminar. Mas o que importa é o fato discutido, e como ele serve para raciocinarmos sobre a participação das instituições em casos complexos, em que Legislativo, Executivo (Administração Pública), Judiciário e Tribunal de Contas exercem ações ligadas ao desenvolvimento de políticas públicas que, em última instância, tratam de direitos fundamentais.

Há que se reconhecer que políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais concernem, na sua concepção e execução, ao âmbito de ação dos poderes legislativo e executivo. Instituições como o tribunal de contas e o poder judiciário atuam, como regra, de forma a controlar tais ações, de acordo com o nível de especialidade envolvido, como expus ao longo do trabalho.

Em que pese a inegável existência de âmbitos de deferência a outras instituições, o fato é que, em certos casos, como a questão atinente a direitos fundamentais, o Judiciário é a instituição central para a tomada de decisão<sup>230</sup>. Como destacam Nery Jr. e Abboud (2019, p. 86), em referência ao ensinamento de Herrera,

[...] o Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva garantista, está caracterizado não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais.

Nesse ponto também não se pode pretender estabelecer uma negação à atuação do controle externo exercido pelos tribunais de contas na sua linha de atuação. Nessa medida, acredito que as instituições podem se somar, de modo a

---

<sup>230</sup> Destaquei, em seção própria nesta tese, também, o papel do Poder Judiciário em garantir o cumprimento do devido processo legal no âmbito dos processos atinentes ao controle externo exercido pelos tribunais de contas, por se tratar de forma pela qual os tribunais de contas, em regra, atuam, sendo imprescindível o papel do Poder Judiciário nesse sentido.

garantir melhores decisões, sendo respeitada a sua própria legitimidade na atuação de um caso concreto.

O exemplo que referi acima diz respeito à pretensão da União, por intermédio do Ministério da Saúde, em adquirir unidades de frasco-ampola de imunoglobulina humana 5g injetável. No âmbito do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2021b), os Ministros referendaram a medida cautelar adotada pelo Relator, no sentido de determinar ao Ministério da Saúde a suspensão imediata de todas as aquisições do objeto licitado (imunoglobina humana 5g injetável), tendo em vista que a contratação, nos termos existentes, poderia ensejar o desembolso de valores significativamente superiores aos oferecidos pela empresa representante, sendo que não estava certa a própria entrega dos insumos pelas empresas. No ponto, entendeu-se que a exigência editalícia que inabilitou a representante era questionável e que assumir a sua manutenção representaria um impacto significativo em termos de valores nas referidas aquisições.

A participação do TCU neste caso ocorreu em ato corriqueiro de sua atuação, focado na aferição de possíveis irregularidades em procedimento licitatório, tendo como base aspectos legais e constitucionais. Mas não se pode deixar de notar que sua atuação tem relação com a política pública de saúde executada pelo Poder Executivo, repercutindo, mesmo que de forma indireta, na atuação do Ministério da Saúde. O direito fundamental à saúde aqui não está individualizado, mas as decisões terão impacto direto nas vidas das pessoas que serão afetadas.

A questão foi judicializada pela Advocacia-Geral da União, por intermédio de Mandado de Segurança<sup>231</sup>, sendo que o STF, em manifestação de seu Presidente (recesso da Corte), deferiu parcialmente o pedido, autorizando o Ministério da Saúde a adquirir o medicamento, pelo prazo de 60 dias, por meio do pregão eletrônico que havia sido suspenso pelo TCU. A decisão fundamentou-se, em síntese, na necessidade de se evitar o desabastecimento do medicamento no Sistema Único de Saúde.

Conforme alegado pela União, e que foi reconhecido pela decisão monocrática no âmbito do STF, haveria escassez do medicamento, o que poderia acarretar dano irreversível à saúde pública da população brasileira. Com efeito, na decisão referida, destacou o Ministro-Presidente da Corte que “In casu, a

---

<sup>231</sup> A medida cautelar foi assinada pelo Presidente do STF (BRASIL, 2021c).

controvérsia sub examine demanda uma complexa ponderação entre decisões emanadas por órgãos públicos com grande capacidade institucional-técnica no controle administrativo-financeiro da gestão de recursos públicos federais (Tribunal de Contas da União) e na área da saúde pública (Ministério da Saúde)”, reconhecendo as competências das instâncias anteriores para o tratamento de casos complexos.

Da leitura dos acórdãos do TCU e da decisão proferida pelo Ministro-Presidente do STF vislumbra-se que, ao fim e ao cabo, existe uma preocupação com critérios objetivos técnicos relacionados ao processo de aquisição das substâncias, embora, dada a complexidade da matéria e a necessidade de auferir dados consistentes para a tomada de decisão, exista certa incerteza sobre a real situação. Tanto é assim que as decisões proferidas são acompanhadas de ressalvas, a fim de permitir abertura para eventual demonstração fundamentada acerca da sua correção ou incorreção pelas partes envolvidas.

Esse ponto parece transparecer um exemplo para questões dessa natureza, em que a decisão é concertada pelas instituições vocacionadas ao controle, cada uma tentando compreender o seu papel na cadeia de capacidades aptas a resolver o conflito.

Minha pretensão aqui não é expor se, no mérito, houve acerto ou erro, mas chamar a atenção como é possível a construção dialogada da decisão, dentro de um ambiente em que a constitucionalidade é preservada. Essa forma de ação mostra-se adequada e necessária quando temos mais de uma instituição envolvida e quando a matéria é naturalmente complexa. Embora a decisão do TCU tenha lançado mão de elementos técnicos para o seu deslinde, a participação do Judiciário tem o viés de olhar para a questão dos direitos fundamentais envolvidos. Não que isso não possa ocorrer no âmbito do tribunal de contas; na verdade, espera-se que assim o seja. Mas a participação do Judiciário, nesse caso, não se mostra como não deferente ao controle externo das Cortes de contas, porque o faz com base também em dados técnicos e na busca de proteção de direitos fundamentais.

Veja-se que, no caso, a decisão do STF, em virtude dos elementos constantes nos autos, entendeu por suspender a decisão do TCU “[...] apenas e tão somente para suprir as necessidades imediatas de abastecimento do Sistema Único de Saúde.” Enquanto protetor de direitos fundamentais, a Corte, diante de uma análise perfunctória dos elementos disponíveis, entendeu necessário garantir o

abastecimento das substâncias a serem adquiridas, não obstante o entendimento do TCU. Mas o Supremo Tribunal Federal não afastou a autoridade do Tribunal de Contas da União “[...] para apurar eventuais irregularidades e correções necessárias no instrumento licitatório<sup>232</sup>.”

Nesse contexto, essa cadeia de decisões acaba por permitir uma maior produção de informações que são submetidas ao debate e, assim, é possível vislumbrar que decisões em matérias dessa natureza não necessariamente estão relacionadas a um único ato que deve ser definitivo, mas sim que é possível uma construção dialogada, respeitando-se as capacidades institucionais envolvidas.

É possível notar que a própria decisão do Tribunal de Contas da União buscou fundamentar sua manifestação em critérios (evidências) existentes e manteve-se aberta para discutir elementos a serem apresentados mesmo após sua prolação<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> De fato, conforme constou no Acórdão citado: “A despeito dessas notáveis considerações, não se pode desconsiderar que o Plenário do TCU - órgão de envergadura constitucional e cuja competência consiste no controle externo da Administração Pública - constatou: (1) indícios de gastos expressivos para os cofres públicos federais, com diferença de aproximadamente 160 milhões de reais devido à desqualificação da empresa indiana do Pregão; (2) informações referentes a dificuldades logísticas das empresas vencedoras na entrega dos quantitativos de contratos anteriores (v.g. Contrato 23/2020); além de (3) possibilidade de contratação emergencial - já em curso - dos medicamentos (eDoc n. 9)” (BRASIL, 2021c).

<sup>233</sup> Exponho excerto do Voto, na parte referente à decisão, no sentido de demonstrar o caráter de abertura dialogada para com o próprio ente auditado, a fim de salientar a natureza do *decisum*: “40. Diante disso, DECIDO: 41. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno/TCU, deferir o pedido cautelar, e determinar ao Ministério da Saúde a suspensão imediata de todas as aquisições de imunoglobulina humana 5g injetável relacionadas ao Pregão 24/2021, e registradas nas Atas de Registro de Preços 77/2021, com a empresa SK Plasma (representada pela Máxima Distribuidora de Medicamentos Ltda.) e 78/2021, com a empresa Nanjing Pharmacare (representada pela Panamerican Medical Supply Suprimentos Médicos Ltda.); 41.1. com fundamento no art. 276, §3º, do Regimento Interno/TCU, determinar a oitiva do Ministério da Saúde, para, no prazo de quinze dias, manifestar-se conclusivamente e com base em evidências, sobre os fatos apontados na representação, especialmente quanto aos subitens a seguir: 41.1.1. Capacidade efetiva das empresas SK Plasma (representada pela Máxima Distribuidora de Medicamentos Ltda.) e Nanjing Pharmacare (representada pela Panamerican Medical Supply Suprimentos Médicos Ltda.) , titulares, respectivamente das Atas de Registro de Preços 77 e 78/2021, para fornecerem os quantitativos de imunoglobulina 5g injetável, frente às demandas reais das secretarias estaduais de saúde, tendo em vista os atrasos já verificados em contratações anteriores (Contrato 23/2020, com a empresa Nanjing Pharmacare) , que, inclusive, obrigaram o Ministério da Saúde a efetuar a contratação emergencial com a empresa Blau Farmacêutica S.A. (Contrato 264/2020); 41.1.2. Capacidade da empresa Virchow Biotech, ora representante, para o atendimento das condições de entrega previstas no item anterior; 41.1.3. demais informações que julgar necessárias; e 41.1.4. designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato. 41.2. com fundamento no art. 250, inc. V, do Regimento Interno/TCU, determinar a oitiva das empresas Panamerican Medical Supply Suprimentos Médicos Ltda. e Máxima Distribuidora de Medicamentos Ltda., declaradas vencedoras do Pregão Eletrônico 24/2021, para, no prazo de quinze dias, querendo, manifestarem-se sobre os fatos apontados na representação; 41.3. considerando a possibilidade de construção participativa das deliberações deste Tribunal, nos termos do art. 14 da Resolução-TCU 315/2020, bem como do previsto nas Normas de Auditoria

Sobre o ponto, refiro a reflexão de Abboud, por ser diretamente pertinente ao tema. Ao tratar da forma como poderiam ser tomadas decisões judiciais e administrativas na perspectiva do *administrative state* – e nesse contexto coloco as decisões tomadas também pelo tribunal de contas – o autor adverte com afirmações fulcrais para tanto:

A primeira: *abnegação não é sinônimo de indevassabilidade*. Abster-se de decidir sobre matérias técnico-burocráticas não significa cancelar a indevassabilidade dos atos administrativos. Sob o paradigma da proceduralização, a defesa dos direitos fundamentais será sempre o ‘gatilho’ autorizador do paradigma da decisão. *A abnegação do direito se dá somente em relação ao que ele não pode compreender, e jamais acerca da defesa das garantias que justificam o seu propósito e, no final das contas, dão sentido à sua autonomia.*

Já a segunda poderia ser colocada da seguinte forma: *tanto a proceduralização quanto a abnegação são conceitos críticos à noção de discricionariedade administrativa*. Corolária da recusa da indevassabilidade é a constatação do erro grave que incorre toda e qualquer teoria que defenda a *discricionariedade* administrativa como lugar comum justificador de um agir executivo e sem limites. O paradigma da proceduralização preserva, incólume, o amplo controle judicial dos atos administrativos, impedindo-o apenas nas hipóteses em que rever o regramento ou a solução administrativa, sem a possibilidade de qualquer abertura cognitiva, implicaria o sequestro da complexidade técnico burocrática pelo simplismo do código lícito/ilícito. (ABBOUD, 2021, p. 643, grifos nossos).

Esse diagnóstico do autor é fundamental para compreendermos a riqueza que povoa os debates na seara burocrática – âmbito próprio de atuação das Cortes de

---

(NAT) aprovadas pela Portaria-TCU 280/2010, referente aos comentários dos gestores (no que se aplica a representações e denúncias): 41.3.1. solicitar ao Ministério da Saúde, caso queira, no prazo de quinze dias: 41.3.1.1. a apresentação de possíveis ações corretivas que poderão ser tomadas pelo Ministério da Saúde para prevenir ou corrigir os indícios de irregularidades detectados ou remover seus efeitos; 41.3.1.2. manifeste-se quanto aos possíveis impactos de o TCU determinar: 41.3.1.2.1. a anulação do Pregão Eletrônico 24/2021 e atos dele decorrentes; 41.3.1.2.2. a anulação da decisão que inabilitou a empresa Virchow Biotech no Pregão 24/2021 e os atos dele decorrentes; 41.3.1.2.3. a suspensão de ordens de aquisição das Atas de Registro de Preços 77 e 78/2021; 41.3.1.2.4. a autorização para compra do quantitativo estritamente necessário para a manutenção de estoques mínimos, no âmbito das Atas de Registro de Preços 77/2021 e 78/2021, apenas pelo tempo necessário à conclusão de nova licitação para futuras aquisições; 41.3.2. esclarecer ao Ministério da Saúde, com relação à construção participativa de deliberações, que: 41.3.2.1. a sua manifestação quanto às alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados e quanto aos impactos das possíveis medidas a serem adotadas pelo TCU será avaliada na proposição de mérito, mas não vincula as decisões desta Corte de Contas, notadamente quando os riscos decorrentes de sua adoção e/ou da manutenção de situação irregular não se coadunarem com o interesse público que se pretende tutelar; 41.3.2.2. a ausência de manifestação no prazo estipulado não impedirá o andamento processual, podendo o TCU vir a prolatar decisão de mérito, caso haja elementos suficientes que caracterizem afronta às normas legais e/ou possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração; e 41.3.2.3. a ausência de manifestação não será considerada motivo de sanção; 41.4. informar o Ministério da Saúde que, dada a urgência, a apresentação de informações pode ser feita a qualquer momento antes do prazo estabelecido, em especial quanto ao consignado no item 40.1.1, sem prejuízo de complementação posterior das informações; [...]” (BRASIL, 2021c).



contas – que requer um novo paradigma para acompanhar tal complexidade, não afastando, contudo, a centralidade do direito.

Dessarte, ao lado da ideia de deferência defendida ao longo do trabalho, é necessário também atentar para a necessidade de garantir o devido processo no âmbito dos tribunais de contas, na forma mais ampla, assim como para o fato de que os direitos fundamentais são o ponto de garantia precípua em todos os níveis de decisão.

## 5 CONTROLE DA ATIVIDADE-FIM

A ideia de controle insere-se na própria concepção do ato de administrar, ou seja, inclui-se como uma etapa da administração, ao lado do planejamento e da execução dos atos (FURTADO, 2016). É dizer, nessa via, que o ato de administrar está diretamente vinculado à ideia de controle; planejar e executar políticas públicas, assim como a condução da regulação, nesse sentido, devem englobar, necessariamente, o respectivo controle.

A Constituição de 88 estabelece o controle operacional, o qual é próprio para o constrangimento de formulação e execução de políticas públicas, por intermédio de requisitos constitucionais que são imanentes a esse âmbito de atuação, como legitimidade e economicidade dos atos. Reitera-se: legitimidade e economicidade são formas de controle previstas expressamente na Constituição de 88. Além da atuação por auditorias operacionais para fiscalizar pontos específicos de uma política pública, nada impede o controle dos atos regulatórios por outros instrumentos de controle, que também dependem, contudo, muitas vezes, de uma fiscalização que leve em perspectiva a nuance desse viés qualitativo do controle.

Veja-se que as ações para propor e executar tais políticas seriam oriundas dos poderes vocacionados e legitimados para tanto, ou seja, o eixo político do Estado, com respaldo democrático no voto, mas, por outro lado, essas ações seriam controladas por órgãos que a própria Constituição capacitou para acompanhar a execução dessas ações.

No caso da atuação das agências reguladoras, por exemplo, a atuação ocorre na perspectiva da tecnicidade, o que lhe confere o grau de independência correspondente. Ambos os casos, contudo, estão vinculados ao controle. O órgão, por excelência, para a atividade de controle externo é o próprio Poder Legislativo, mas, como visto, a Constituição preocupou-se fortemente em carregar as tintas no que concerne às funções a serem exercidas pelos tribunais de contas nessa seara do controle, com a possibilidade de inspeções e auditorias, além de parâmetros constitucionais de controle, como legitimidade e economicidade, ao lado da legalidade (constitucional).

## 5.1 A natureza das decisões dos Tribunais de Contas no controle de Políticas Públicas e Regulação - O Estado da Arte

Os balizadores jurídicos, em nível constitucional, para o desenvolvimento do controle da atividade-fim da administração pública são os critérios de legitimidade e economicidade e a possibilidade de auditorias operacionais.

Ao falarmos de políticas públicas, primeiramente, é preciso ter em conta que se trata de levar a cabo programas/projetos que estão constitucionalmente previstos, mas ao mesmo tempo é necessário estar atento para as próprias características institucionais e mesmo quanto à realidade do país em que estamos discutindo a matéria. Nesse contexto, é sem dúvida essencial a advertência de Copelli (2020) no que concerne à relação entre políticas públicas e populismo, e o resultado pernicioso dessa aproximação. Notadamente na atualidade, segundo o autor, haveria uma verificação ainda mais forte desse fenômeno que, no Brasil, é verificado a partir de 46<sup>234</sup>. Nisso não se está querendo advogar no sentido mais fácil de ver o fenômeno, qual seja, uma espécie de defesa acrítica quanto à necessidade de controlar o planejamento e a execução de políticas públicas, numa acepção em que os órgãos de controle seriam a panaceia para todos os descabros estatais. Ao contrário disso, mas não querendo desconsiderar a relevância de estudos nesse sentido, a pesquisa busca compreender como o fenômeno se mostra, e com isso entender os limites dessa atuação, levando em consideração as bases constitucionais – a normatividade -, sem descurar do ambiente em que ocorrem as relações. Por isso, essa primeira advertência se mostra relevante, porquanto permite uma aproximação do objeto tendo em conta esse importante diagnóstico, na atualidade principalmente, da relação populismo e políticas públicas. Afinal, “[...] para além do discurso mágico que o pensamento acadêmico mais clássico lhe impõe, populista seria também a

---

<sup>234</sup> “Trata-se do populismo, caracterizado muito sucintamente como uma tentativa de alcançar ou manter-se no poder, buscando a ligação direta entre o líder e o eleitorado contrastando com demandas institucional e historicamente reprimidas, à margem dessas mesmas instituições, através de discursos mágicos, demagógicos, impossíveis ou de difícil realização, dirigidos ao chamado *grande número*. O ponto aqui, é que o populismo, embora costumeiro alvo de sistemáticas pesquisas em Ciência Política e Sociologia, também é um objeto de estudo possível ao Direito (compreendido como fenômeno político), como procurei observar em *Impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito*. A questão interroga pelo espaço em que isso se daria. Penso que nas políticas públicas, ou seja, nos meios estatais (e discricionários) para finalidades constitucionalmente asseguradas, sobretudo em um país de evidentes tibiezas institucionais, como o Brasil, por exemplo” (COPELLI, 2020, p. 18-19).

ação que, no limite, busca deslocar parâmetros constitucionais para satisfazer maiorias eleitorais” (COPELLI, 2020, p. 19).

Com isso, as considerações sobre políticas públicas devem levar em conta o peso que as instituições têm sobre a sua efetivação, já que a concretização dentro dos parâmetros democráticos desafia problemas de outras naturezas. Políticas públicas podem tanto favorecer a dimensão democrática, como também, a depender da prática, afetar negativamente essa dimensão. Nesse aspecto, importa registrar, com Tassinari (2020), que são dois os elementos que podem ser considerados como um início para uma aproximação de democracia: uma ideia de garantia de igualdade somada à necessidade de estabilidade institucional.

Considerando-se essas premissas, as decisões das Cortes de contas, especialmente no caso de políticas públicas, revelam-se assaz profícuas, porquanto se, de um lado, tais instituições não possuem uma legitimidade direta do povo, por outro se sobrepõem frente aos órgãos controlados em razão da sua constituição técnica e profissional, com esteio em competências extraídas do texto constitucional. Além disso, a questão atinente ao déficit de legitimidade, porquanto tais órgãos não seriam suportados diretamente no sufrágio, não pode ser absolutamente considerada; aliás, a questão é que a perspectiva do olhar deve ser diferente quanto a este ponto, porque é possível afirmar que a questão majoritária nem sempre pode se sobrepôr às instituições republicanas consagradas constitucionalmente. E esta é uma questão fundamental para a discussão. Repita-se: a questão majoritária não se faz absoluta em todas as tomadas de decisão. E isso, conquanto numa primeira leitura possa parecer paradoxal, ao fim e ao cabo é um elemento central da democracia.

Portanto, as instituições que não são constituídas pelo viés do sufrágio podem ter uma competência contramajoritária, dentro de parâmetros constitucionais. A democracia baseada apenas na ideia da maioria, isoladamente, não se sustenta, visto que a leitura do constitucionalismo contemporâneo trabalha a partir de uma perspectiva de instituições que possam colocar limites às decisões das maiorias, quando contrárias à Constituição. E aqui é de suma importância trazer à baila o raciocínio de que, porquanto o judiciário ou o órgão do controle externo não é eleito pelo povo, a sua atividade deve buscar legitimidade na fundamentação de suas decisões. Daí a inevitável necessidade dos aportes das teorias que trabalham com

uma ideia substantiva da decisão, no sentido de reforço da democracia por meio da justificação das decisões.

Além disso, sobre a temática é preciso fazer uma discussão sobre o consequencialismo no controle de políticas públicas – a utilização de critérios exógenos ao Direito – e a ideia de Autonomia do Direito, conceito fundamental na *Crítica Hermenêutica*. Aliás, mais uma vez, sobre este tema em específico, deve-se fazer uma diferenciação, para evitar confusões sobre os termos da *judicialização* e o *ativismo judicial*, visto que são conceitos importantes para este trabalho.

Nesse contexto, cabe asserir que o processo de uma expansão do poder judiciário vem sendo retratado há 30 anos, no mínimo, tendo sido de destaque o trabalho de Tate e Vallinder (1995) quanto a tal diagnóstico. Esse fenômeno acarretou uma linha de pesquisa específica, tendo, na ciência política, surgido vários trabalhos tratando desse processo. Na área do Direito, e que aqui ilumina a forma de compreender o fenômeno, foi desenvolvida uma diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Constatou-se, em verdade, nas últimas décadas, uma atuação dos tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, em razão das suas próprias competências (mas não apenas este órgão), de cariz político, com intervenção em matérias de outros poderes (Legislativo e Executivo).

O debate gira em torno da forma como foi recepcionada pelo Brasil a teoria do ativismo judicial. Isso porque, não obstante um certo otimismo para parte da doutrina acerca de sua viabilidade, a utilização, no Brasil, tem sido marcada, em verdade, por problemas, porquanto, não raro, significa um afastamento dos tribunais dos limites impostos pela Constituição (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016). Deve restar claro que a aceitação da legitimidade da jurisdição constitucional não deve significar um protagonismo sem esteio no Direito por parte dos magistrados. A questão, dessarte, está em que “[...] em termos qualitativos, toda decisão ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição” (ABBOUD, 2019, p. 1323).

Como nesta pesquisa aborda-se o papel do controle externo sobre políticas públicas, tal concepção deve restar devidamente aclarada, porquanto esse ponto da teoria deve guiar os estudos nesse campo, já que há matérias próprias para o campo da política, em que os debates devem ser travados a partir dessa gramática,

e isso deve ser uma das faces a ser considerada na análise do controle de políticas públicas. Mas a ideia de controle requer algum grau de poder para, a partir do Direito, delimitar o campo da política, pois há um documento a ser protegido nesse caso – a Constituição –, e isso deve ser feito em respeito às competências que são próprias aos dois campos. Por isso é fundamental a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, porque permite um melhor controle sobre o controlador. E, ao final, não se busca a diminuição da importância do controle, mas sim que ele deva ser exercido na sua melhor forma, que significa um espelhamento dos padrões democráticos. Sobre a judicialização e ativismo:

Assim, é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolítica, bem como consiste na intervenção do judiciário da deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma 'corrupção' na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2017a, p. 87).

Esse raciocínio naturalmente deve ser levado para nossa investigação sobre controle de políticas públicas, tendo em conta as aproximações e diferenças entre Cortes de contas e órgãos do Poder Judiciário. O que essas questões nos indicam é que a relação entre controle e políticas públicas é sensível, e por isso devem ser examinadas com atenção. Cabe, portanto, nas próximas seções, discutir a legitimidade das Cortes de contas em controles não atrelados a requisitos de formalidades, mas sim numa abrangência mais ampla – quando atuam em questões mais sensíveis e de cunho qualitativo, como na própria atividade finalística da administração pública.

#### 5.1.1 Auditorias operacionais e controle de políticas públicas

Dando sequência ao tópico anterior, cabe adentrar num tema que concerne propriamente ao núcleo das preocupações acerca da atuação dos tribunais de

contas atualmente, que diz respeito às fiscalizações de conteúdo qualitativo da administração pública, sob o viés dos meios utilizados para tanto.

Por intermédio das auditorias operacionais, a rigor, procura-se dar um novo enfoque para a *accountability* desempenhada pelos órgãos de fiscalização. Desse modo, ao lado das formas tradicionais de controle (orçamentário, financeiro, contábil e patrimonial), a auditoria de natureza operacional é estabelecida a partir de um viés que busca investigar os resultados, com a avaliação de “programas governamentais e modelos regulatórios de serviços públicos”<sup>235</sup>.

Note-se que, sobre o viés da avaliação qualitativa da atuação administrativa, o TCU esteia sua análise nas orientações produzidas pela *International Organisation of Supreme Audit Institutions* (Intosai). Essa organização, a partir de suas reuniões e estudos, produz documentos visando a orientar, por intermédio de diretrizes, a execução de auditorias, entre elas as auditorias com natureza de *performance*. Cabe referir que a Corte de contas brasileira adota os parâmetros estabelecidos pelos documentos produzidos pela Intosai, tendo como suporte a competência expressa na Constituição de 88 sobre a possibilidade de fiscalização de cunho operacional, além da possibilidade de adentrar na análise da legitimidade e economicidade da ação administrativa.

Sobre a natureza das auditorias operacionais, Marianna Montebello Willemann destaca que é não possível falar em uma rivalidade entre análise de conformidade e análise operacional, porquanto os dois modelos, na visão da autora, com a qual concordo, devem andar juntos. Nesse particular, portanto, “Esse novo modelo de *accountability*, que cobra dos governantes a qualidade de suas opções políticas, é complementar – e não substitutivo – dos sistemas de responsabilização fundados em *compliance* e probidade procedimental. Os dois modelos devem caminhar juntos, abrindo espaço para novas formas de se conceber as intrincadas relações entre técnica e política” (WILLEMANN, 2016, p. 272).

---

<sup>235</sup> O Tribunal de Contas da União, cujos trabalhos acabam servindo de modelo para as demais cortes de contas da federação, disponibiliza um Manual de Auditoria Operacional, para guiar os trabalhos técnicos da instituição (BRASIL, 2020d) A versão consultada é de 2020. Conforme o próprio TCU, “Auditoria operacional é o processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública.”

Aliás, direcionar o enfoque para o controle do tribunal de contas sobre as políticas públicas executadas por agências reguladoras, tendo como forma de fiscalização as auditorias operacionais, tende a revelar talvez o lado menos tradicional do controle, razão pela qual tal fato é capaz de mobilizar críticas acerca de sua legitimidade. Em verdade, para além das críticas acima citadas – déficit democrático e afronta à violação da separação de poderes – é possível também encontrar outros apontamentos que criticam a atuação dos tribunais de contas, como exemplo: inexistência de legislação conferindo competência para tanto (no caso do controle sobre as agências reguladoras, esse ponto é ainda mais destacado).

Atualmente, são vários os autores que direcionam críticas para a atuação dos tribunais de contas na condução do controle, seja em relação à fiscalização das políticas públicas em geral, seja em relação às atividades-fim das agências reguladoras. Não especificarei cada uma das críticas e seus respectivos autores. Minha intenção aqui é fazer um apanhado dos principais questionamentos acerca da legitimidade da atuação da instituição nessa perspectiva. No Brasil, temos, por exemplo, o Observatório do TCU, que é um projeto de pesquisa do Grupo Público da FGV SP, que atua em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), e que tem desenvolvido uma atuação permanente e importante sobre o papel do Tribunal de Contas da União. O Grupo tem reunido material e refletido sobre a atuação da instituição. Por meio das suas publicações é possível encontrar boa parte da crítica à atuação das Cortes de contas. Registra-se que sua atuação tem propiciado um expressivo número de dados e de publicações sobre os tribunais de contas, trazendo o tema do controle para a discussão na arena pública.

Além disso, outras questões mais específicas são utilizadas para criticar a intervenção do órgão de controle externo na atuação das agências reguladoras, sobretudo em sua atividade-fim. É criticado, nesse sentido, o uso da auditoria operacional como forma de subordinar as agências reguladoras aos comandos dos tribunais de contas. Constam também críticas ao fato de que, embora na jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União se reconheça que a sua atuação nessa seara seria de “segunda ordem”, na prática, conforme refere a crítica, o que se observa é a própria substituição da entidade reguladora pelo controlador.

Faz parte do rol de críticas igualmente o argumento de que auditar seria sinônimo de conferir/verificar contas e não examinar desempenho ou programas, ou



seja, o papel dos tribunais deveria se circunscrever ao julgamento de contas e o controle da execução orçamentária. Nesse sentido, a utilização das auditorias operacionais seria uma forma de, injustificadamente, examinar o próprio mérito das ações governamentais.

Com efeito, as críticas acima sintetizadas, que representam um núcleo de argumentos acerca dos problemas nessa temática, são importantes no sentido de conferirem questionamentos que devem ser devidamente enfrentados. A grande questão é: como compatibilizar os resultados das auditorias operacionais com a autonomia dos órgãos da administração pública? Como, afinal, compatibilizar os potenciais benefícios advindos dos estudos e análises produzidos pela Corte sem afrontar a competência das demais instituições?

Sem dúvida, a utilização de auditorias operacionais tem se mostrado um campo em que os tribunais de contas reúnem um cabedal de informações para subsidiarem evidências sobre suas projeções acerca da atuação da gestão pública. Um ponto que parece relevante nesse sentido é que os resultados amparados em evidências são um fator importante para a instituição encarregada do controle externo estabelecer um diálogo com o gestor de forma mais assertiva. Porém, é ilusório pensar que todas as afirmações advindas de auditorias operacionais são corretas. Há possibilidade de equívocos, ativismos, decisionismos, etc. Por isso que, como busco aqui defender, os resultados dessa forma de atuação dos tribunais de contas, embora muito relevantes, devem ser o início de um diálogo com o gestor, sobretudo por dizer muitas vezes respeito a programas desenvolvidos pela administração, cabendo o exame da visão do auditado sobre a matéria e da avaliação de suas demonstrações sobre o objeto examinado. Esse diálogo deve servir para retroalimentar os trabalhos de auditoria e, agregando informações, permitir que sejam realizadas novas propostas para o gestor. Significa que, ao mesmo tempo que contribui para o desenvolvimento da qualidade da atuação administrativa, o tribunal pode se valer dos argumentos e dados ofertados pela administração para enriquecer sua análise e redimensionar sua avaliação, sobretudo para trabalhos futuros. Como muitas vezes essas análises técnicas referem-se a políticas públicas desenvolvidas pela administração, não é papel das Cortes de contas adentrar nessa seara como propositores de políticas. Porém, o controle de metas, da motivação, das evidências trabalhadas pela administração, dos resultados buscados, das omissões, enfim, a fiscalização sobre a economicidade, legalidade e

legitimidade sempre podem ser alvo de investigação do controle externo, e merecem ser enfrentadas pela administração quando evidenciadas pelos resultados das auditorias operacionais.

As auditorias operacionais podem qualificar o exercício do controle externo não apenas pelo trabalho *per se*, mas legitimando a atuação da Corte em casos futuros sobre o mesmo objeto, porquanto geram maior expertise e capacitam a instituição ao conferirem destacado conhecimento e informação acerca dos temas auditados. Como procuro mostrar no caso do controle da política de transporte marítimo (navegação por cabotagem) em análise no decorrer do trabalho, a apreciação pelo TCU de uma denúncia sobre a atuação da ANTAQ permitiu constatar que, para além dos próprios argumentos e evidências referenciados no processo, a expertise do controle externo surgiu como elemento legitimador de sua atuação, o que pôde ser vislumbrado pelo histórico de conhecimento técnico sobre o tema em razão de auditorias operacionais prévias. Nesse caso, a atuação do TCU não ocorreu *ad hoc*, mas, ao contrário disso, deu-se num processo de acumulação de experiência sobre o objeto analisado, com prévios trabalhos sobre o tema, sendo possível reconhecer, em verdade, elementos que suportam uma capacitação institucional apta a legitimar sua ação, demonstrando, empiricamente, sua expertise e aproximação técnica em relação ao assunto.

Nesse aspecto, outra vez, fica ainda mais evidente a diferença entre os tribunais de contas e o Poder Judiciário sobre o enfrentamento de temas dessa natureza. Não raro, os objetos de análise de decisão de casos não são fruto de uma atuação *ad hoc* da Corte, mas resultados de estudos prévios e de processos de monitoramento sobre a implementação de programas por parte da administração pública. É possível vislumbrar que essa forma de atuação por meio de auditorias operacionais proporciona uma intimidade da Corte com os temas enfrentados, proporcionando *inputs* e *outputs* que não são próprios da atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, o papel de controle externo pelos tribunais de contas mostra-se muito mais direto e dinâmico em relação aos objetos enfrentados; é a própria dinâmica do controle externo exercida nas franjas do Estado Administrativo.

Outro exemplo capaz de reforçar esse aspecto diz respeito a um tema de extrema importância, já comentado alhures, sobre o controle dos programas de desonerações tributárias que, na prática, significam uma política pública indireta por parte do Estado. Nesse sentido, Garcia e Leonetti (2021), em estudo específico

sobre o assunto, relatam a dificuldade de identificarem decisões judiciais sobre a fiscalização das desonerações tributárias. No entanto, os autores ressaltam a tradição de estudos do Tribunal de Contas da União nessa área, por intermédio de auditorias operacionais, desde 1998<sup>236</sup>. Além disso, tendo em vista a relevância do tema, sobretudo em razão dos altos valores envolvidos e do “apagão” envolvendo essa temática, cabe transcrever os resultados encontrados pelos autores:

Nesse sentido, o TCU constatou, com base em informações prestadas pelos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, que poucos são os casos em que os programas de desoneração tributária estão vinculados a uma política pública formal, composta de objetivos, indicadores e metas pré-definidos. O que assustou ainda mais foi perceber que muitos órgãos sequer entendem o gasto tributário como um meio de financiamento de política pública. Na prática, não existem estudos prévios das medidas desoneratórias adotadas, nem controle de sua eficiência, e isso abre espaço para influência dos interesses privados dos prestadores destes serviços no processo decisório público, o que viola a isonomia. Vale frisar que o Tribunal também constatou que o governo federal brasileiro não realiza nenhuma avaliação a posteriori dos programas de desoneração tributária. Além disso, sequer as regras orçamentárias previstas na CF/88 e na LRF são respeitadas. Em relação à própria lei instituidora da desoneração tributária (que deve vir acompanhada da estimativa do impacto da medida, da comprovação de adequação orçamentária ou de medidas de compensação), tem-se que, na prática, a União, os Estados e os Municípios vêm concedendo incentivos tributários sem o cumprimento desses requisitos. O sintoma disso é o orçamento público federal desequilibrado, reiteradamente em déficit ou sem confiabilidade. Em relação à estimativa orçamentária anual das receitas renunciadas (que deve constar do Anexo de Metas Fiscais da LDO,) tem-se uma generalizada violação da regra, que ocorre com base em mensurações genéricas e sem base quantitativa lógica. Há casos em que o número estimado é simplesmente lançado no projeto de lei ou de emenda, sem qualquer tentativa de explicação comprovação. Com tantos problemas, é de se questionar as escolhas públicas pelas políticas fiscais desoneratórias realizadas pelo governo federal brasileiro para alcançar qualquer objetivo econômico ou social. Estas se encontram à margem de qualquer processo de planejamento, avaliação e controle (GARCIA; LEONETTI, 2021, p. 256).

Essas considerações servem para nos fazer refletir o quanto necessário e impactante tendem a ser as auditorias operacionais para o controle de políticas

---

<sup>236</sup> O levantamento de dados pelos autores resultou nos seguintes Acórdão emanados pela Corte de Contas Federal: “(a) Acórdão n. 674/1998 (Processo n. 022.902/1994-5); (b) Acórdão 1.690/2007 (processo 010.107/2007-8); (c) Acórdão 747/2010 (Processo 015.052/2009-7); (d) Acórdão 1.385/2011 (Processo 018.011/2010-1); (e) Acórdão 3.137/2011 (Processo 030.315/2010-7); (f) Acórdão 3.437/2012 (Processo 015.052/2009-7); (g) Acórdão 2.766/2012 (Processo 015.511/2012-0); (h) Acórdão 73/2013 (Processo 041.249/2012-7); (i) Acórdão 3.695/2013 (Processo 015.436/2013-6); (j) Acórdão 809/2014 (Processo 012.606/2012-0); (k) Acórdão 1.905/2014 (Processo 015.436/2013-6); (l) Acórdão 1.205/2014 (Processo 018.259/2013-8); (m) Acórdão 793/2016 (Processo 033.150/2015-0); (n) Acórdão 1.270/2018 (Processo 015.940/2017-9); (o) Acórdão 2.756/2018 (Processo 029.350/2014-7); (p) Acórdão 1.112/2020 (Processo 006.625/2019-3)” (GARCIA; LEONETTI, 2021, p. 256).

públicas, assim como dos processos regulatórios. Elas serão analisadas diretamente nos casos abaixo, em que se poderá perceber como ocorre a condução dessa forma de auditoria pelo Tribunal de Contas da União, especificamente.

## **5.2 Decisões - casos adequados e inadequados**

Abaixo destacarei alguns casos recentes e que tratam de matérias relevantes, os quais são capazes de representar a complexidade dos temas examinados e que também trazem à tona problemáticas respeitantes à legitimidade e aos limites das decisões em sede do controle exercido sobre atividades finalísticas da administração pública. Assim, na sequência, examino o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre temáticas desenvolvidas por agências reguladoras, as quais, em última análise, dizem respeito a programas governamentais de profundo impacto para a sociedade, afetando tanto questões de mercado, como da vida dos cidadãos. Apresento também exame sobre decisões tomadas em processo de auditoria operacional sobre políticas públicas governamentais. O escopo é tentar demonstrar o ambiente de tensão sobre tais matérias entre o controlador e a administração, buscando refletir sobre os espaços possíveis de intervenção da Corte de contas nessa seara.

Como já salientado alhures, optei por uma análise qualitativa de decisões porque, além de sua própria relevância, tratam especificamente da matéria objeto de pesquisa, sendo que, quando necessário, são referidas outras decisões do TCU que dizem respeito ao tema tratado, além de um diálogo com a doutrina especializada, quando a matéria também for objeto de observações por parte desta. Adotei, dessa forma, a fim de ilustrar o trabalho, alguns estudos de caso que pudessem representar de certa forma o que foi desenvolvido em termos teóricos. Dessarte, pretendo demonstrar casos em que a atuação do TCU ocorreu em consonância com a teoria até aqui desenvolvida, assim como busco expor situações em que a Corte de contas decide de forma não adequada no controle da atividade-fim da administração, ou seja, quando extrapola o limite de sua legitimidade<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Para tanto, os casos utilizados foram extraídos de decisões do site oficial do Tribunal de Contas da União, após leitura de Acórdãos tendo como critérios de busca, basicamente, “auditoria operacional”, “regulação”, “políticas públicas” e “princípio”. O objetivo da pesquisa não foi quantitativa ou no sentido de empreender qualquer classificação sobre posicionamento da Corte sobre determinada matéria. Teve como finalidade apenas demonstrar formas de manifestação da Corte a partir dos termos tratados neste trabalho; não visou atestar posicionamentos

Enfim, mais especificamente, o objetivo é que com a análise dos casos abaixo descritos seja possível evidenciar atuações adequadas e inadequadas da instituição, dentro do paradigma que busquei desenvolver ao longo do trabalho. A partir de então, será possível estabelecer reflexões e encaminhar conclusões sobre o objeto da pesquisa.

Passo, pois, ao exame dos casos.

Na esteira de uma política de aprimoramento da navegação de cabotagem que busca incentivar o transporte de cargas em paralelo a outros modais de transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), diante de seu poder regulamentar, editou a Resolução Normativa n. 01/2015 e, em seu art. 5.º, III, “a”, estabelecendo requisitos para o afretamento de embarcações estrangeiras. Com tal medida, a agência tinha como objetivo, conforme argumentou, proteger a indústria naval nacional, diminuir o desequilíbrio do setor de cabotagem, perda de empregos para os marítimos nacionais, entre outros.

A referida Resolução Normativa foi objeto de denúncia junto ao TCU, o qual deflagrou procedimento próprio para exame da matéria<sup>238</sup>.

Ouida no processo perante o TCU, a ANTAQ, além de reafirmar os argumentos de mérito que a levaram a editar o referido normativo, também defendeu o poder normativo das agências reguladoras para o desempenho de suas competências. Para melhor compreensão do exemplo, refiro, na especificidade, a discussão.

A Lei Federal nº 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, estabelece:

Art. 9º O afretamento de embarcação estrangeira por viagem ou por tempo, para operar na navegação interior de percurso nacional ou no transporte de mercadorias na navegação de cabotagem ou nas navegações de apoio portuário e marítimo, bem como a casco nu na navegação de apoio portuário, depende de autorização do órgão competente e só poderá ocorrer nos seguintes casos:

---

predominantes da Instituição, senão usar tais casos para refletir sobre as possibilidades de decisão a partir da perspectiva teórica desenvolvida na Tese. Além disso, também utilizei como fonte bibliografia especializada. Neste caso, busquei dialogar com posicionamentos contrários, a fim de enriquecer os argumentos. Enfim, procurei, nesta parte do trabalho, apresentar casos atuais, relevantes, interessantes, e capazes de oferecer subsídios para demonstrar as reflexões teóricas desenvolvidas no trabalho. A intenção foi a de ilustrar, com casos práticos, o desenvolvimento teórico.

<sup>238</sup> A matéria foi tratada, no âmbito do Tribunal de Contas da União, por intermédio do processo TC 003.667/2018-9, em que, ao final, o Plenário confirmou, com o Acórdão 1693/2020-Plenário, decisão cautelar previamente conferida no bojo do Acórdão 380/2018.

I - quando verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido (BRASIL, 1997).

Já o normativo editado pela ANTAQ (2019) refere que a

[...] autorização será limitada ao quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, a qual também deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida.

Portanto, como se pode observar, trata-se de exigências não previstas na Lei Federal e que, no entanto, são de grande impacto para o setor, além de ter, indiretamente, consequências para outras atividades que dependem do transporte. Em outros termos, trata-se de modificação capaz de afetar a própria política pública envolvida.

Frente ao fato de que a Lei Federal (norma primária) não prevê restrições à possibilidade de afretamento, a questão a saber é se competiria à ANTAQ, no ponto, inovar sobre a matéria regulada pela lei e, além disso, se é possível o controle pelo tribunal de contas sobre a ação da agência nessa matéria, tanto no que diz respeito à extrapolação da Resolução em relação à lei, como em razão da correção dos argumentos utilizados para fundamentar o ato proferido pela agência – ou seja, um controle dos próprios fundamentos da política pública em comento. Portanto, o presente exemplo expõe questões centrais debatidas nesta tese.

Note-se que a decisão do Tribunal de Contas da União foi alvo de crítica, fato que permite uma análise que leve em consideração os apontamentos em desfavor do julgado, possibilitando um olhar mais completo sobre o tema. Nesse sentido, criticou-se a decisão pelo fato de que ela não poderia ter suplantado a atuação da ANTAQ. Conforme esse entendimento, por exemplo, uma das críticas refere que

[...] foram encontrados limites para a revisão regulatória de atividade finalística da Agência por parte do TCU, pois não foram constatadas deficiências no processo de elaboração da norma regulatória, o que nos leva à conclusão de que, ao menos nesse caso, a decisão do Órgão de Contas não poderia se sobrepor à atividade finalística da ANTAQ (RABELLO, 2021, p. 216)<sup>239 240</sup>.

---

<sup>239</sup> Rabello, em seu artigo, resume os argumentos usados pela própria ANTAQ junto ao processo no TCU para defender a sua atuação, o que merece ser destacado: “Inconformada diante da medida cautelar, a ANTAQ interpôs agravo argumentando que: a) o parágrafo único, do art. 178, da CRFB/1988 é oriundo da Emenda Constitucional nº 7/1995, ano em que sequer existia qualquer

Em verdade, de início, é preciso mencionar o grau de complexidade e de interferências mútuas entre ações institucionais. Além da atuação da ANTAQ com o controle do TCU, a matéria chegou a ser judicializada na Justiça Federal e no processo perante o TCU foi anexada Nota Técnica<sup>241</sup> do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) oportunidade em que a autarquia federal concluiu que a norma regulatória expedida pela ANTAQ poderia impor obstáculos à competitividade em relação à entrada no mercado de pequenas empresas de navegação.

Em relação à decisão do TCU, malgrado as críticas referidas acima, foi possível notar algumas questões que devem ser levadas em conta no exame da matéria. É possível perceber, no Voto do relator do caso, que o tribunal não desconheceu a competência das agências para a regulamentação dos temas afetos

---

Agência reguladora no Brasil; b) as Agências reguladoras foram criadas, a primeira delas (Agência Nacional de Energia Elétrica) somente em 1996, para exercerem a regulamentação e fiscalização dos mercados e que, “assim, o poder Normativo está na essência do nascedouro das Agências Reguladoras” (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 380/2018); c) os precedentes judiciais em ações que buscavam conspurcar os mesmos dispositivos legais concluíram pela legalidade/constitucionalidade da norma reguladora; d) a doutrina acoberta a Tese de que as Agências reguladoras detêm poder regulamentar para além da mera reprodução de Normas primárias; e) o próprio TCU possui precedentes no sentido de autocontenção em face das atividades finalísticas das Agências reguladoras; f) que procedimentos instaurados no Ministério Público Federal (MPF), por si só, não tem o condão de revelar a fumaça do bom direito, pois foram distribuídos para averiguar possíveis desvios de condutas no interior da ANTAQ e que tal procedimento é de praxe em função de denúncia de empresa do mercado, inclusive porque conclusões preliminares revelaram ausência de indícios de ilícitos; g) que no mesmo sentido do MPF a corregedoria da ANTAQ investigou e arquivou representação contra servidores e, quanto aos diretores, o ministério supervisor (Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil) ainda não concluiu os trabalhos; h) parecer de outros órgãos de competência da Agência não são vinculantes; i) a medida cautelar proferida contraria decisão anterior do próprio TCU; j) as intervenções dos players durante a audiência pública que subsidiou a elaboração da Norma combatida foram devidamente consideradas e praticamente metade das contribuições foram incorporadas à Resolução, o que demonstraria efetividade da participação e lisura do procedimento, e que as rejeitadas foram motivadas; k) a norma estava em vigor há mais de 3 (três) anos, razão pela qual não haveria que se falar em perigo da demora hábil a justificar a concessão da medida cautelar. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 775/2018)” (RABELLO, 2021, p. 213).

<sup>240</sup> A decisão também foi criticada por Gomes (2019), especificamente, nos seguintes termos: “Exposto o caso, passa-se a primeira fase de análise, quanto à possibilidade de controle do ato questionado. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu (i) que houve ilegalidade rigorosamente literal da atividade da agência reguladora, silenciando quando a existência de vícios procedimentais ou quanto à existência de omissão regulatória. Haveria, portanto, possibilidade de controle do ato questionado. Quanto à segunda fase, entende-se que (a) o Tribunal de Contas da União não adotou medida de autocontenção, já que, no caso, suspendeu por medida liminar ato normativo da agência reguladora, pressupondo ausência de *fumus boni iuris* em sua atuação. Também, que (b) a ordem proferida pelo Tribunal de Contas da União não está inequivocamente abrangida pela Constituição, já que não há previsão expressa de possibilidade de afastamento de ato normativo por esse expediente. Conclui-se neste caso, portanto, que embora o Tribunal de Contas da União tenha agido dentro das suas possibilidades de controle, não observou integralmente os deveres de autocontenção e de proporcionalidade da medida adotada” (GOMES, 2019, p. 121).

<sup>241</sup> NT n. 09/2018/DEE/CADE.

ao setor. Este ponto foi expressamente destacado no Acórdão. Aliás, sobre este item, como exaustivamente exposto nesta tese, o Estado Administrativo hoje impõe uma nova forma de lidar com fenômenos específicos e técnicos, muitas vezes ocorrendo legítima deferência em direção a instituições como as agências reguladoras para o regramento, administração e, muitas vezes, o próprio julgamento de questões atinentes ao setor de competência. No entanto, como também restou ressaltado ao longo deste trabalho, a atuação administrativa, mesmo nessas circunstâncias, não deve significar falta de controle, sendo que os tribunais de contas, pela sua própria composição e qualificação técnica, em muitos casos, mostram-se como uma instituição legítima para exercer a fiscalização da atividade administrativa, incluída aí a sua atuação finalística. Nesse contexto, o respeito à autonomia do Direito e a necessidade de justificar as decisões pela racionalidade, deve ser algo a ser considerado. Aqui, relembro a ideia do controle de prognose e a necessidade de decisões constitucionalmente adequadas, na busca de uma legalidade constitucional.

É sob essa lógica que é preciso atentar para os fatos atinentes à forma como o TCU afastou a decisão da agência. É possível perceber que, nas razões do julgado, foram consideradas questões atinentes à necessidade de se atentar para o Direito e para a força das evidências sobre as quais a agência se baseou para adotar as diretrizes plasmadas na referida política pública regulatória. Nesse sentido:

O TCU reconhece a autoridade normativa da Antaq para regulamentar administrativamente o setor econômico de sua alçada, ou mesmo a liberdade de agir normativamente na ausência de legislação específica sobre os temas em geral, visto que, de fato, o legislador não pode descer às minúcias de todos os temas técnicos.

Não se pretende aqui ainda, no exercício do controle externo, substituir o ente regulador da exegese da legislação sobre temas de sua competência, nem a respeito das políticas específicas do setor. Contudo, a deferência deste Tribunal à interpretação empreendida pelo ente administrativo pressupõe que a regulação técnica, além de obedecer aos limites impostos pelas normas superiores, eminentemente às normas constitucionais como neste caso, esteja devidamente fundamentada no processo que lhe deu origem (BRASI, 2020e).

No caso, é possível entender que, embora não citado no Acórdão, o TCU fez uma análise de prognose, assim como o controle de cunho normativo-constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se alegar discricionariedade à ação do controle.

É bem verdade que a crítica doutrinária à decisão aventou, como limite da atuação dos tribunais de contas na atividade finalística da administração, o fato de



que, na feitura da norma, foram respeitados os procedimentos pela agência, sendo que, assim, deveria ser respeitada sua independência. Ocorre que os argumentos utilizados pelo TCU foram no sentido de construir, para o caso concreto, a sua legitimidade para examinar o ato expedido pela agência. Esse ponto parece ser fundamental. Como é impossível ter uma matriz prévia sobre as possibilidades para adentrar no mérito dos atos fiscalizados, necessário que se estabeleçam fundamentações consistentes pelo órgão controlador para examinar as medidas tomadas pela agência, no sentido de se identificar a sua constitucionalidade e se as razões apresentadas são consistentes do ponto de vista técnico. O exemplo aqui explorado parece ir justamente nessa via.

Com efeito, no Voto de encaminhamento da decisão do TCU restou assentado, nesse sentido, que “Não se cuida, portanto, de exame acerca das escolhas regulatórias postas pela Antaq ou de discorrer acerca das competências do ente regulador, mas sim de avaliar sua atuação em relação aos parâmetros constitucionais e legais.”

No caso concreto, sem afastar (em tese) o poder normativo conferido às agências reguladoras, a decisão fundamentou-se no fato de que, no ponto, o próprio texto constitucional reservara o disciplinamento da matéria à lei, o que afastaria a ingerência da agência nesta matéria. Com efeito, a decisão referiu o parágrafo único do art. 178 da CF88, que dispõe: “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”, concluindo que “Evidente, pois, a opção do constituinte derivado em guardar certo campo material para regulamentação exclusiva do Poder Legislativo, consoante o disposto no parágrafo único do artigo acima transcrito.”<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> A construção do argumento da Corte para sua decisão também se fundamentou em doutrina sobre o tema: “Reforçando essa posição, retomo as anotações feitas no voto do Acórdão 380/2018-TCU-Plenário, acerca de dos ensinamentos Aragão (2013. p. 1.054-1.055): “O artigo em tela prevê para ordenação dos transportes, públicos e privados, nacionais e internacionais, quaisquer que sejam as modalidades adotadas. Trata-se, em primeiro lugar, de uma reserva legal qualificada, uma vez que além da previsão de que a matéria deve ser regulada por lei formal, o constituinte ainda optou por estipular, de antemão, critérios a serem observados pelo legislador quando da edição das referidas leis, quais sejam, a observância dos tratados internacionais sobre a matéria e a possibilidade de o transporte aquático de mercadorias ser realizado por embarcações estrangeiras, possibilidade essa que até 1995, na redação original da Constituição, não existia, salvo em caso de necessidade pública. [...] No entanto, referida reserva de lei é relativa, isto é, não é necessário que lei formal trate de todos os aspectos e peculiaridades do tema, mas apenas que estabeleça os parâmetros para a atuação do Poder Executivo, conferindo-lhe espaço para integração da lei e regulamentação de alguns dos seus aspectos, com vistas a adaptá-la à

Necessário repisar que a noção de *abnegação*, conquanto existente, não deve significar, por completo, o afastamento do Direito. No caso sob exame essa problemática surgiu como eixo central de análise, já que a intervenção do controle não ocorre à revelia de fundamentação; ao contrário disso, o controle só adentrou na análise da matéria com justificativa hábil a afastar o normativo editado pela agência, porquanto em descompasso com a legalidade constitucional.

Ademais, após tecer considerações sobre o problema relacionado à ilegalidade da atuação da agência<sup>243</sup>, o acórdão tratou da “[...] ausência de evidências que nortearam a discricionariedade técnica do regulador.” Nesse sentido, destacou-se o fato de que a intenção com a restrição buscada pela agência poderia ir de encontro com a finalidade de proteção almejada pela política setorial, uma vez que “Se por um lado as restrições ao afretamento podem mitigar tais problemas, do outro lado, cria-se um mercado altamente concentrado, com significantes barreiras de entrada, que, por consequência, aumentam o custo do transporte de cabotagem.” (BRASIL, 2018f).

A análise acerca da legitimidade da medida criticada também se baseou em Nota Técnica emitida pelo CADE, como já exposto, e foi mais bem desenvolvida no Acórdão n. 380/2018-Plenário<sup>244</sup>, em oportunidade anterior, quando da apreciação da medida cautelar sobre o referido tema. Por oportuno, cita-se a fundamentação:

---

realidade do setor, sempre cambiante. [...] Apenas, a previsão de lei constante do parágrafo único constitui uma reserva legal absoluta, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção Pós-positivista do Princípio da Legalidade. Revista do Direito Administrativo, v. 236., p. 1-20, 2005.”

<sup>243</sup> Uma análise mais detida sobre o controle de legalidade também foi realizada no Acórdão n. 380/2018 - Plenário, que tratou da medida cautelar, sendo pertinente destacar: “40. Nesse contexto, entendo que não poderia a Antaq, por meio de resolução, ter criado novas condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além daquelas já previstas pelo legislador ordinário na Lei 9.432/1997. Vale dizer, por mais alargado que seja o poder normativo das agências reguladoras, é evidente que ele não alcança conteúdos reservados à regulamentação exclusiva de lei formal. 41. É interessante notar, ainda, que, quando o legislador quis criar barreiras relativas à tonelagem e à arqueação da embarcação, ele o fez, a exemplo do afretamento de que trata o inciso III do art. 9º. Assim, se o inciso I do mesmo artigo não prevê limites dessa natureza é porque essa não era a intenção do legislador, o que reforça a conclusão de que a Resolução Normativa da Antaq efetivamente impôs limitação não prevista na lei. 42. Portanto, o que a Antaq fez com a inclusão do dispositivo ora questionado, mediante resolução normativa, foi estabelecer limites à autorização para o afretamento de embarcação estrangeira sem amparo legal. Ainda que a Constituição não fosse tão explícita, a lei da Antaq (Lei 10.233/2001) é clara no sentido de que as autorizações para afretamento de embarcações estrangeiras devem ser “conforme a disposto na Lei 9.432, de 8 de janeiro de 1997”. De tal modo que se o artigo que cuida do tema (art. 9º da Lei 9.432/1997) não impõe os limites (como os colocados na Resolução Normativa em tela), não caberia a Antaq fazê-lo. Nessa linha, aliás, os pareceres mencionados no item 11 supra são unânimes em afirmar a extrapolação do poder regulamentar da agência reguladora em comento” (BRASIL, 2018f).

<sup>244</sup> Brasil (2018f).

44. Com relação à legitimidade da medida adotada pela Antaq, verifico que a recente Nota Técnica do Cade juntada aos autos conclui pela existência de efeitos negativos da norma no mercado de navegação de cabotagem brasileiro. Com isso, guiando-me pelo estudo elaborado pelo Cade, observo que os efeitos da RN 1/15 também podem ser prejudiciais ao setor de navegação de cabotagem.

45. Embora compreensível a argumentação da Antaq de que a limitação visa a proteger a indústria nacional, disso não se cuida. Cuida-se, sim, de restrição à competitividade e à livre iniciativa, o que favorece claramente às empresas de grande porte e contribui para acentuar a concentração de mercado no setor. Primeiro, verifico que, à revelia da lei, foi limitado o afretamento a quatro vezes a tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação pela afretadora. Segundo, constato que, igualmente sem amparo legal, foi exigido que a afretadora deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida.

46. Tal regramento, ao restringir a concorrência, não desenvolve a indústria naval brasileira. Ao contrário, permite que o setor fique estagnado por falta de competição, com lucros desmedidos para poucas empresas e prejuízos para a sociedade. Essa linha de raciocínio se coaduna totalmente com a posição expressa na citada nota técnica do Cade, dando conta da existência de limitação à expansão das pequenas empresas de transporte de cabotagem, elevação de barreiras à entrada, aumento da concentração do mercado e redução da oferta de embarcações de grande porte. Tudo isso em face das restrições indevidas da Resolução Normativa - Antaq 1/2015.

47. Portanto, em vez de proteger e fortalecer o mercado nacional, a violação à livre concorrência pode acarretar justamente o inverso, ao permitir que os proprietários de embarcações de grande capacidade dominem inteiramente o mercado e não tenham interesse em investir, dado que as restrições impedem a entrada de novos participantes. Ademais, embora a Antaq alegue que a restrição imposta visa dificultar o afretamento de embarcações estrangeiras a fim de incentivar a realização de investimentos na indústria naval nacional, nada garante que o efeito pretendido efetivamente será alcançado. Pelo contrário, considero plenamente plausível admitir que as grandes empresas afretadoras se contentem em manter apenas um número muito reduzido de embarcações nacionais de grande porte em sua frota para se valerem da autorização em questão e realizarem o restante de suas atividades com embarcações estrangeiras (BRASIL, 2018f).

Poder-se-ia alegar justamente que é sobre o mérito do ato que o tribunal de contas não tem competência para atuar, ou seja, que não poderia adentrar no exame dos fundamentos subjacentes à referida Resolução emitida pela agência reguladora. No entanto, e aqui o ponto é fulcral, não há razões para afastar um controle de prognose realizado pela Corte responsável pela *accountability* da gestão pública, quando devidamente justificado.

As críticas tecidas à atuação do controle sobre a atuação finalística das agências reguladoras, em verdade, vão todas na mesma direção. Nesse sentido, embora não respeitante ao caso em análise, reproduzo crítica tecida à atuação do TCU em outro caso sobre a atuação da ANTAQ em relação à correção de ato normativo. Trata-se de opinião articulada por Marques Neto e Freitas (2018) sobre o

Acórdão 1704/2018-Plenário, em que restou assentado, pela mencionada decisão, ser

[...] possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência (BRASIL, 2018c).

Os autores entendem que o controle exercido pelos tribunais de contas não poderia adentrar em decisões das agências além do aspecto financeiro e em casos de ilegalidades e sustação de atos administrativos. Referem que a “[...] independência se constitui como uma nota característica inerente à definição das agências reguladoras, de acordo com a qual se interdita que outras entidades substituam suas decisões finalísticas (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).” Citam o precedente *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council* para argumentarem em defesa da deferência às ações das agências. Além disso, entendem que “Da mesma forma que o TCU não pode sindicatar constitucionalidade ou adequação de lei em sentido estrito, não tem competência para expedir comando vinculante ao regulador para desfazer ou refazer ato normativo” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018). Concluem dizendo que a decisão do TCU seria, na verdade, uma “indeferência” à regulação.

Na esteira do que argumentei, a despeito da crítica, analisando-se as decisões da Corte, é possível constatar fiscalização de prognose e legalidade, o que, não obstante pensamento contrário, entendo perfeitamente possível ao controle externo, desde que devidamente fundamentado. Este parece ser o paradigma atual do controle, tendo em vista a ordem constitucional instituída com a Constituição de 88 e a leitura possível sobre a atividade de controladoria (controle externo). O controle não deve excluir a deferência, conforme a própria noção ínsita ao Estado Administrativo; mas a atuação independente de instituições da administração pública, por outro lado, não pode significar um bloqueio ao controle. Nesse sentido, o controle não afasta, por si só, a independência das agências, quando devidamente fundamentado. Além disso, não é possível conceber que a legitimação para atuação esteja restrita apenas a um controle de legalidade sobre questões financeiras. A Constituição é expressa em constituir os tribunais de contas de instrumentos para aferir a legitimidade e economicidade da gestão pública, com intervenções

determinativas nesse sentido, quando respaldado em prognoses de evidências e controle da legalidade constitucional<sup>245</sup>.

Portanto, os pontos acima tratados servem para indicar algumas conclusões: é evidente a complexidade e os desafios de decisões como a relatada, que impõem reflexões acerca do arranjo institucional plasmado na Constituição, com a influência de várias instituições sobre uma mesma matéria; o debate deve ser realizado dentro de uma concepção que compreende esses desafios, sobretudo que esteja ciente do fenômeno que é dado pela nova configuração do Estado Administrativo, em que a tecnicidade se pronuncia na atuação da administração pública, em todas as suas áreas, com desenvolvimento e implementação de políticas com impacto direto em toda coletividade; a noção subjacente ao *administrative state*, que caracteriza a independência de instituições (agências) para atuar em questões técnico-burocráticas do Estado não afasta o exercício do controle externo, que também se apresenta como instituição caracterizada pela natureza técnica e que trata tipicamente das matérias afetas à ação estatal, inclusive com um desenho forjado na própria Constituição para exercer suas competências; nesse contexto, é necessário analisar como ocorre o controle sobre tais atividades, assim como o problemático desafio dos limites desse controle.

Com o exemplo acima, busquei externar um ponto em que muitos desses problemas são trazidos à tona, e tentei demonstrar como é possível ocorrer o controle sobre atividades finalísticas da administração, buscando dialogar com o entendimento contrário existente. O que parece revelador é que, por um lado, deve ser reconhecida, por extremamente legítima, a atuação do administrador no mister próprio de desenvolvimento de programas, políticas públicas, regulação etc. No entanto, em alguns espaços, o controle deve ser legitimado a atuar. Ocorre que, não obstante tenhamos alguns parâmetros amplos sobre qual forma esse controle, a rigor, pode ser estabelecido, em verdade inexiste uma fórmula prévia a estabelecer requisitos específicos para tanto. A legitimidade do controle deve ocorrer com a sua demonstração incontestada, intermediada por fundamentação adequada dentro do próprio Direito, possibilitando, naturalmente, o “controle do controle”.

---

<sup>245</sup> Sobre a impossibilidade de os tribunais de contas sindicarem a constitucionalidade de atos normativos, em que pese posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal estar se consolidando nesse sentido (questão ainda não resolvida, é preciso registrar), fato é que, numa perspectiva acadêmica, não compartilho do mesmo posicionamento, embora esta matéria requeira uma análise apartada, em razão de sua evidente relevância, complexidade e dimensão.

Um outro ponto que merece ser explorado diz respeito à construção da capacidade institucional produzida pelo TCU no que diz respeito ao recolhimento de informações sobre os temas abordados e os respectivos exames e acompanhamentos sobre a matéria. No exemplo da navegação de cabotagem, cumpre registrar que a intervenção da Corte havia sido realizada previamente em exame de amplo alcance sobre a temática, por intermédio de incursão do tema via auditoria operacional (BRASIL, 2019). Com efeito, por intermédio deste expediente, o TCU analisou amplamente os desafios do setor de cabotagem e, ao final, teve como produto um diagnóstico sobre o cenário da cabotagem em águas brasileiras. A mencionada auditoria operacional teve por escopo avaliar “[...] os obstáculos ao desenvolvimento da navegação de cabotagem, assim como identificar a forma de atuação governamental na formulação e implementação da política nacional de cabotagem e na integração com as demais políticas de transporte<sup>246</sup>.”

---

<sup>246</sup> Sobre as conclusões da presente auditoria operacional – determinações e recomendações – tem-se: ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. determinar, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU: 9.1.1. ao Ministério da Infraestrutura que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após interlocução com o Ministério de Minas e Energia e o Ministério da Economia, apresente plano de ação contemplando estratégias e ações para solucionar a questão relacionada à cobrança de preços diferentes na venda de combustível marítimo para empresas de cabotagem e de longo curso, à luz do art. 12 da Lei 9.432/1997, abrangendo matriz de responsabilidades com a segregação de tarefas a serem executadas, bem como o respectivo cronograma (sessão VI do voto); 9.1.2. ao Ministério da Infraestrutura e ao Ministério da Economia que, no prazo de 90 (noventa) dias, definam o nível de confidencialidade das informações oriundas do Sistema Mercante, da Receita Federal do Brasil, bem como do Portal Único do Comércio Exterior (Pucomex), ainda a ser implantado, necessárias à Pasta de Infraestrutura, de modo a permitir o compartilhamento e o uso seguro dos dados e estatísticas úteis para os usuários, para os prestadores de serviço e para o Poder Público, para subsidiar a formulação e monitoramento de políticas públicas de navegação de cabotagem, sem descuidar das questões relativas ao sigilo fiscal, com vistas ao atendimento do Decreto 8.777/2016 (sessão V do voto); 9.1.3. ao Ministério da Economia que, no prazo de 90 (noventa) dias, apresente plano de ação para implementar, nos sistemas informatizados geridos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a utilização do Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas, com vistas a dar efetividade à Lei 9.611/1998 (sessão VIII do voto); 9.1.4. à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, apresente estudos sobre o mercado de navegação de cabotagem de contêiner, com o objetivo de encontrar opção regulatória para o fomento à competição no setor, nos termos do art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001, preservado o interesse público (sessão VII do voto); 9.2. recomendar, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU: 9.2.1. ao Ministério da Infraestrutura que avalie a conveniência e a oportunidade de: 9.2.1.1. desenvolver o planejamento tático e operacional das ações estratégicas de transporte de cabotagem elencadas na Política Nacional de Transporte (PNT), especificando metas, objetivos específicos, critérios de priorização, marcos iniciais, estimativa do tempo de sua implantação e de duração dos seus efeitos ou impactos, consoante art. 5º, inciso II e art. 6º, § único, inciso I, do Decreto 9.203/2017 e o disposto no Guia Prático de análise ex ante de políticas públicas, da Casa Civil da Presidência da República (sessão IV do voto); 9.2.1.2. incorporar no Plano Nacional de Logística (PNL) as capacidades e rotas de transporte de carga na cabotagem, de modo a considerá-las no planejamento das ações de desenvolvimento do setor de transporte e atender as diretrizes e objetivos descritos no próprio plano (sessão IV do voto); 9.2.1.3. adotar medidas no

Por meio da fiscalização, o TCU recolheu densa informação sobre o tema da navegação, cuja decisão consistiu, em resumo, além de outras questões, no diagnóstico de falta de política pública setorial por parte dos Ministérios e da agência reguladora envolvidos. A título informativo, o trabalho técnico do TCU acabou sendo pauta dos debates para a construção da “BR do Mar”, instrumentalizada pela Lei Federal n. 14.301/2022, que trata do “Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem”.

Tal fato demonstra fatores que fortificam a capacidade institucional da Corte para atuar na matéria em exame, o que ajuda a comprovar sua legitimidade no controle, o qual, repisa-se, merece ser ainda fundamentado no caso concreto, sob o contexto em que ocorre, tendo a possibilidade de interferir com maior intensidade

---

intuito de desenvolver a multimodalidade, com estratégias e ações para superação dos entraves identificados, com vistas ao atendimento das competências previstas na Medida Provisória 870/2019, art. 35, parágrafo único, inciso IV c/c Decreto 9.676/2019, Anexo I, art. 1º, § único, inciso IV (sessão VIII do voto); 9.2.2. à Antaq que avalie a conveniência e a oportunidade de: 9.2.2.1. divulgar as informações relativas à carga transportada na navegação de cabotagem divididas entre carga doméstica, carga feeder e grande cabotagem, visando ao melhor acompanhamento dos resultados das ações estratégicas sobre o setor de cabotagem objeto das diretrizes e objetivos da Política Nacional de Transportes (PNT) e do Plano Nacional de Logística (PNL) (sessão V do voto); 9.2.2.2. sistematizar e coletar os dados referentes às omissões e supressões de escala e suas respectivas causas, as razões dos atrasos para as atracções e desatracções de navios e de mudanças de rotas/escalas previstas, de forma a subsidiar o monitoramento da política de cabotagem, nos termos do Decreto 9.203/2017 (sessão V do voto); 9.2.2.3. ao buscar intervenção regulatória no setor de cabotagem, com vistas a garantir eficiência alocativa no uso dos recursos e dar efetividade às leis que regem a navegação, elaborar normativos específicos para a cabotagem, de modo a considerar as especificidades envolvidas no setor (sessão VII do voto). 9.2.3. ao Ministério da Economia que avalie a conveniência e a oportunidade de consultar o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), no âmbito da competência estabelecida no convênio ICMS 133/97, sobre: 9.2.3.1. estudos e medidas com vistas a solucionar a cobrança de preços diferentes na venda de combustível marítimo para empresas de cabotagem e de longo curso, à luz do art. 12 da Lei 9.432/1997 (sessão VI do voto); 9.2.3.2. estudos e medidas para minimizar entraves tributários relativos ao ICMS, com vistas a incentivar a atuação dos operadores de transporte multimodal (sessão VIII do voto); 9.3. determinar, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério da Infraestrutura e à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem ao TCU, separadamente, planos de ação com vistas ao atendimento das recomendações elencadas nos itens 9.5 e 9.6, contendo, no mínimo, as medidas a serem adotadas, os responsáveis pelas ações e o prazo previsto para a sua implementação, ou a justificativa para seu não atendimento; 9.4. dar ciência ao Ministério da Infraestrutura que a falta de institucionalização de políticas públicas por meio de normas jurídicas adequadas, percebidas como legítimas, e que sejam orientadas por planos que permitam operacionalizar as ações necessárias, identificada na Política Nacional de Transporte, não atende às boas práticas de governança elencadas no Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas do TCU e no Guia Prático de Análise Ex Ante de Políticas Públicas da Casa Civil da Presidência da República; 9.5. determinar à SeinfraPortoFerrovia que monitore o cumprimento das determinações deste Acórdão em processo específico; 9.6. encaminhar cópia do presente relatório ao Ministério da Infraestrutura, ao Ministério da Economia, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, à Empresa de Planejamento e Logística S.A., à Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados, à Comissão de Serviços de Infraestrutura e ao Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz)” (BRASIL, 2019).

quando constatadas irregularidades, ou quanto a questões de prognose/evidências, ou quando restar devidamente demonstrada a não observância da legalidade pela atuação administrativa.

Agora, passo ao exame de outro caso que também oferece subsídios para a reflexão sobre o tema da tese. Trata-se do processo 000.350/2021-4, em que o Tribunal de Contas da União examinou o encaminhamento da desestatização, com autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), destinadas à implementação de redes móveis em tecnologia 5G. Em suma, o caso analisado refere-se à conhecida licitação do 5G.

O referido processo de desestatização foi conduzido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Nos termos tratados pelo próprio TCU – Acórdão 2032/2021-Plenário –, a matéria em questão traduziu-se em “[...] múltiplas questões técnicas controvertidas de alta complexidade e, em alguns casos, relativas a prognósticos” (BRASIL, 2021a).

A matéria cinge-se exatamente ao núcleo desta pesquisa, pois no referido processo estabeleceram-se, nitidamente, as possibilidades de análise do controle externo sobre tema complexo, envolvendo, no outro lado, órgão independente regulador, cujo tema tratado envolve diretamente políticas públicas na área de telecomunicações; mas não só: como será visto oportunamente, foram tratados no presente processo de desestatização questões ligadas à política pública de educação.

A proposta originou-se do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), o qual, por intermédio da publicação da Portaria 418/2020/MCTIC, estabeleceu diretrizes para o edital de licitação do 5G, tendo a ANATEL como o Ente concedente, por se tratar, especificamente, do setor de telecomunicações. O tema ganhou tratamento de destaque na imprensa, não só pela sua relevância, mas pela repercussão de interesses políticos envolvidos. Como é comum em matérias complexas como esta, a deliberação do TCU se deu por intermédio de extenso Acórdão, sendo organizado, ao final, em recomendações e determinações à agência, para fins de encaminhamento das matérias e para que, assim, fosse dado prosseguimento ao processo de desestatização.

Cabe esclarecer que as decisões do TCU, após o processamento interno, acabam sendo proferidas por meio de Acórdãos, e a divisão dos encaminhamentos



em recomendação e determinações tem relevância para a questão aqui analisada, pois, na perspectiva do controle externo, as determinações são obrigações impostas ao órgão auditado, ao passo que as recomendações tratam de opiniões direcionadas a dotar o órgão auditado de informação para melhoramentos. Sobre o tema, na condução da pesquisa identificou-se que, recentemente, o TCU editou atos normativos disciplinando a matéria. Tendo em vista sua repercussão direta ao objeto da tese, merece análise os referidos normativos.

Primeiro, considerando a “[...] permanente necessidade de aprimorar a qualidade das deliberações do Tribunal”, o TCU editou a Resolução 315/2020, que “Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União”. Nesse sentido, conforme entendimento da própria Corte plasmada na referida Resolução, *determinação* concerne à “[...] deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares” (BRASIL, 2020h). A *recomendação*, por sua vez, refere-se à “[...] deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo” (BRASIL, 2020h). A norma ainda trata de uma terceira forma de comunicação, que diz respeito à *ciência*, que quer significar “[...] deliberação de natureza declaratória que científica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas” (BRASIL, 2020h).

A normativa esmiuça muito mais as formas de comandos ou comunicação ao gestor. Assim, as *determinações* devem observar algumas exigências, tais como: conter prazo para cumprimento, salvo nos casos de obrigação de não fazer e indicar o critério constitucional, legal ou regulamentar infringido e a base normativa que legitima o TCU a expedir a deliberação (art. 6º). Ainda, o texto da Resolução refere que não devem ser formuladas determinações em certos casos, dentre os quais: reiteração de determinação anteriormente proferida pelo Tribunal, exceto no exame das contas, quando deve ser avaliada a conveniência de sua renovação, conforme previsto no § 3º do art. 250 do Regimento Interno; observância de normativos, legislação ou entendimentos consolidados pelo Tribunal, com finalidade meramente

pedagógica; implementação de mecanismos de controle interno, governança e gestão, exceto os exigidos por lei ou norma e que demandem implantação imediata (art. 7º). Ressalta-se que § 1º do art. 7 estabelece que não devem ser objeto de determinação quaisquer situações que se enquadrem no inciso III do art. 2º (ou seja, matérias em que caiba *recomendação*).

De outra margem, percebe-se que as *recomendações*, conforme própria normativa do TCU, tratam de deixar ao critério da administração a sua implementação. Nesse sentido, instrumentalizado aqui um comando de natureza deferente ao jurisdicionado. Assim, conforme a citada Resolução, as *recomendações* “[...] devem contribuir para o aperfeiçoamento da gestão e dos programas e ações de governo, em termos de economicidade, eficiência e efetividade, cabendo à unidade jurisdicionada avaliar a conveniência e a oportunidade de implementá-las” (art. 11) (BRASIL, 2020h).

Cabe anotar que na Resolução do TCU consta importante expediente de abertura para a oitiva do jurisdicionado antes da deliberação final sobre o tema. Nesse sentido, o art. 14 estabelece que

A unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas (BRASIL, 2020h).

Além disso, “A manifestação a que se refere o caput deve ser viabilizada mediante o envio do relatório preliminar da fiscalização ou da instrução que contenha as propostas de determinação ou recomendação.” (art. 14, § 1º) (BRASIL, 2020h).

Busco evitar ao máximo a transcrição de texto normativo, mas, no ponto, os textos citados são importantes para compreender o que o Tribunal estabeleceu, abstratamente, sobre a forma como busca se comunicar com os jurisdicionados, a depender da forma de comandos que busca expressar. Dentro da perspectiva que temos trabalhado nesta tese, parece que a forma adotada pelo TCU pode se adequar ao tipo de decisões complexas.

Sobre a possibilidade de atuação da Corte de contas sobre o processo de desestatização, nos moldes estabelecidos para a tecnologia 5G, malgrado as críticas existentes citadas acima, entende-se que é possível a ação do controle

externo especificamente sobre os temas afetos à sua área de atuação. Não obstante o ponto central da crítica segundo a qual inexistente autorização constitucional e legal para tal competência, creio que as razões até aqui desenvolvidas parecem indicar para o sentido contrário.

Tecidas essas considerações, para maiores detalhes sobre a análise desta decisão remeto o leitor para a próxima seção, que trata do *diálogo como possibilidade de construção de decisões: uma saída democrática para questões complexas*. Preferi analisar a decisão de forma mais pormenorizada naquele espaço por se tratar de um claro exemplo dessa forma de abordagem pelas decisões da Corte (diálogo constitucional). Aliás, foi possível verificar que na referida decisão havia determinação para se inserir no processo de desestatização uma política pública voltada à educação o que, flagrantemente, configuraria uma decisão errada por parte da Corte, um exemplo de ativismo não desejado. Felizmente, a proposta acabou sendo rejeitada ao final, num verdadeiro e acertado exercício de autocontenção do órgão de controle.

Como visto, utilizei um caso bastante amplo, que consiste no processo de desestatização levado a cabo pelo poder público, cabendo às agências reguladoras estabelecer uma séria de atividades, inclusive com a implementação de políticas públicas setoriais, como forma de poder indicar de que forma podemos entender a legitimidade e a atuação das cortes de contas em atividades-fim do Estado. O exemplo serve para levar ao extremo como pode ocorrer tal controle e como pode se estabelecer um diálogo com as demais instituições – no caso das agências reguladoras a questão é ainda mais desafiadora porque representam instituições com independência e que atuam com base em critérios técnicos, por isso é interessante trabalhar com a legitimidade e o limite da atuação dos tribunais de contas sobre a atividade-fim nessa seara da atividade administrativa, uma vez que expõe a tensão entre o controlador e controlado, no limite.

A seguir, pretendo demonstrar um exemplo de decisão em que a investida do controle na atividade-fim administrativa ocorreu de maneira não adequada, evidenciando um comando em face da atividade regulatória que extrapolou a própria competência da Corte, ocasião em que a deferência por parte do controle externo seria mais adequada, tendo em vista as circunstâncias do caso.

A matéria em análise cuida de outro caso analisado pelo TCU e que tem relevância e impacto para toda a sociedade. Trata-se da política do Sistema de

Bandeiras Tarifárias aplicada nas contas de energia elétrica (BRASIL, 2018e). A matéria envolve o Ministério de Minas e Energia e a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e foi tratada em Auditoria Operacional realizada pelo TCU, oportunidade em que a fiscalização buscou verificar a efetividade da política adotada com o Sistema de Bandeiras Tarifárias. De acordo com o próprio TCU, a auditoria teve como objetivos, entre outros, identificar a: “transparência da política e seus resultados”; “efetividade em induzir uma resposta da demanda frente ao aumento de custos operacionais do sistema”; “melhoria do processo de reajuste tarifário”. As “questões de auditoria”, por sua vez, foram formuladas nos seguintes aspectos: “Questão 1: O Sistema de Bandeiras Tarifárias é efetivo em dar um sinal de preços de curto prazo ao consumidor? Questão 2: O Sistema de Bandeiras Tarifárias se mostra como um mecanismo efetivo de indução de eficiência nos reajustes tarifários das distribuidoras de energia elétrica? Questão 3: A metodologia utilizada para acionamento das Bandeiras Tarifárias é adequada? Questão 4: A administração da CCRBT é feita de maneira eficiente e econômica?”.

Em resumo, a fiscalização buscou avaliar nessa política pública a correlação entre as Bandeiras Tarifárias e o nível de consumo de energia elétrica. Cabe registrar, no ponto, a justificativa da fiscalização em relação à importância do tema, conforme o parecer da área técnica do TCU:

Afora o significativo montante envolvido na política pública em questão, cumpre-se destacar que a presente fiscalização se mostra relevante também em decorrência do aspecto social e do alcance das Bandeiras Tarifárias [...] tendo, na sua gênese, o objetivo primordial de provocar consumo consciente de energia nos períodos em que a geração está mais cara (BRASIL, 2018e).

Ainda como justificativa, destacou-se que

[...] uma fiscalização voltada ao desempenho dessa política pública mostra-se capaz de induzir o aperfeiçoamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias, em período inicial da sua implantação, auxiliando na definição adequada da sua prioridade central, com efeitos diretos na conta de energia elétrica paga pelos cidadãos, bem como primando pela eficiência na gestão dos recursos energéticos do País” (BRASIL, 2018e).<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> Ainda, em conclusão sobre a relevância da fiscalização, a área técnica do TCU destacou: “Sendo assim, a relevância do presente tema é assentada em três pilares: (i) aspecto social: impacto direto ao consumidor de energia elétrica; (ii) aspecto financeiro: montante de recursos financeiros arrecadados por meio desse sistema, da ordem de R\$ 3,5 bilhões somente em 2016; e (iii) aspecto

Com efeito, o Sistema de Bandeiras Tarifárias, implantado no exercício de 2015, sinaliza ao consumidor final se haverá ou não acréscimo no valor da energia, tendo como parâmetro-base as condições de geração de eletricidade. Em termos práticos, as contas de energia passam a ser acompanhadas das bandeiras de cores verde, amarela e vermelha, e, conforme consta no site da Aneel (2022), “Com as Bandeiras, a conta de luz fica mais transparente e o consumidor tem a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente.”

O corpo técnico do TCU realizou estudos sobre o sistema de bandeiras tarifárias abarcando todo o histórico da política pública, e aplicando diferentes metodologias no exame realizado. No Acórdão proferido pelo TCU, o Ministro Relator do processo destacou os principais pontos encontrados pela área técnica do tribunal, destacando-se:

10. Relativamente à primeira questão de auditoria (alínea ‘a’ supra), verificou-se que as Bandeiras Tarifárias não estão alcançando o relevante objetivo de provocar consumo consciente de energia nos períodos em que a geração está mais cara, estando elas, na verdade, assumindo um papel cada vez mais importante de antecipar receitas para evitar um acúmulo de custos para as distribuidoras de energia, deixando em segundo plano a pré-anunciada intenção de atuar como sinalizador para redução de consumo.

11. Digo pré-anunciada porque essa intenção recebeu bastante destaque – se é que não foi a mais destacada – à época do anúncio da implementação do sistema, induzindo os consumidores a crerem que seriam eles os principais beneficiados com essa medida.

[...]

15. O texto, segundo concluiu a unidade instrutiva, demonstra o papel secundário da sinalização do custo da energia ao consumidor, evidenciando a mudança do objetivo principal dessa ferramenta, a qual se distancia da noção de regulação por incentivo, uma vez que vem perdendo o foco no estímulo à redução do consumo pelo cidadão.

16. Essa alteração de foco tem como uma de suas prováveis causas, a meu ver, da falta de priorização, por parte do órgão regulador, da finalidade sinalizadora desse mecanismo de reação da demanda, cujo alcance sequer vem sendo monitorado. Conforme apontou a equipe da SeinfraElétrica, ‘Os resultados do Sistema como sinalizador e indutor de uma reação da demanda face a condições desfavoráveis de geração não são mensurados ou analisados pela Aneel, não permitindo avaliar a efetividade desta política pública nesse importante viés’. (peça 86, p. 59, item 322).

[...]

19. Diante disso, tenho por inadmissível que a Aneel, enquanto não forem adotadas medidas eficazes voltadas a priorizar a sinalização, para os consumidores, dos custos reais da geração de energia elétrica e a mensurar o alcance dessa sinalização, continue a veicular e disponibilizar, em seu site ou em quaisquer outros meios de comunicação, informações no sentido de que essa sinalização seria o principal objetivo do Sistema de Bandeiras Tarifárias (BRASIL, 2018e).

A decisão concluiu que as bandeiras apenas antecipam receitas para as distribuidoras, conquanto sua justificativa inicial tenha sido outra: indicar aos consumidores o custo relativo à geração de energia elétrica. Nesses termos, no ponto, a decisão foi no sentido de determinar à Aneel e ao Ministério de Minas e Energia para que promovessem, em 180 dias, o realinhamento do sistema às reais metas pretendidas, assim como abster-se de veicular informações que refiram que sua principal finalidade seja a promoção do consumo consciente.

Diante da análise da decisão e da informação produzida pelo corpo técnico do TCU, observa-se que, no caso, não caberia ao controle adentrar, de forma impositiva, em considerações que deveriam ficar a cargo da instituição competente pela política pública. Tal fato, na verdade, contraria o próprio entendimento do Tribunal sobre o seu papel nessa seara, consubstanciando, assim, um exemplo de invasão da esfera do jurisdicionado. Isso porque, da leitura do Acórdão 582/2018 não se percebeu atuação inconforme ao Direito (em sentido amplo, compreendidos os critérios da legitimidade e economicidade) por parte da Agência, razão pela qual a conclusão do Tribunal deve se dar de forma cooperativa, pois do contrário o controlador estaria indo além do seu limite de competências<sup>248</sup>.

Deve-se grifar, por relevante, passagem do Voto condutor ora analisado, oportunidade em que se revela uma atitude do julgador não circunscrita ao papel do controlador nos termos propostos neste trabalho, mas que transparece uma ação mais bem caracterizada por um ativismo em relação à matéria tratada, quando, no caso, espera-se do controlador externo, primeiramente, uma atitude mais deferente ao regulador, devendo se ater ao controle, efetivamente, que seria, no caso, demonstrado por uma violação ao Direito ou em razão de inquestionável erro na prognose da política pública fiscalizada, o que não restou demonstrado.

Nesse sentido, a manifestação contida no referido Voto acaba por revelar uma intervenção de cunho mais ativista, adentrando no espaço do regulador, caracterizando, assim, um exemplo de intervenção errônea da Corte. Vejamos:

[...] em consonância, aliás, com o seguinte entendimento, há muito por mim registrado em processo de auditoria operacional realizada em algumas agências reguladoras, entre elas a Aneel, com o objetivo de avaliar a atuação dessas entidades em relação à garantia da prestação de serviços públicos adequados ao pleno atendimento dos usuários:

---

<sup>248</sup> Nesse sentido, o TCU, acertadamente, em análise a Pedido de Reexame, retificou a decisão comentada (Acórdão 1166/2019-Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes).

‘27. [...] há anos, muito antes de passar a integrar esse colendo Tribunal de Contas, tenho tecido críticas e apresentado sugestões, a exemplo do que fiz ao longo desse voto, na esperança de reverter o atual quadro de insuficiente empenho das autoridades competentes – parte delas, obviamente, titulares dos mais altos cargos existentes no âmbito das agências reguladoras – na defesa dos interesses dos consumidores e usuários dos sistemas.

28. Nessas circunstâncias, considerando que ainda há muito que se fazer com vistas a assegurar o mínimo aceitável em termos de qualidade dos serviços regulados, mesmo tendo se passado tantos anos desde a criação das entidades alvo da presente Auditoria de Natureza Operacional, não posso deixar de avançar na busca da reversão do atual quadro de desrespeito aos usuários, pois, se assim não fizer, estarei não somente afrontando minha própria consciência, mas principalmente desonrando a nobre missão que me foi confiada como membro desta insigne Corte, cuja razão maior é, sem dúvida, assegurar a cada brasileiro que os recursos por ele confiados ao Estado lhe sejam revertidos mediante prestação de serviços públicos de excelência, independentemente de esses serviços terem sido concedidos à iniciativa privada ou mantidos sob a responsabilidade direta do Poder Público.’ (voto condutor do Acórdão 3405/2013-TCU-Plenário, proferido no TC-Processo 027.555/2010-0)

60. Parabeno também a equipe de meu Gabinete, sempre atenta à necessidade de inversão da cultura prevalecente nesse País e por mim combatida com afinco, qual seja, a de desrespeito aos usuários das políticas públicas e aos consumidores em geral (BRASIL, 2018e).

Observa-se que o controlador não pode ser o advogado dos usuários ou consumidores, ou julgar para não afrontar sua própria consciência (do julgador), mas sim atuar com responsabilidade política sob a ótica do Direito e da racionalidade do sistema. Não é possível que a atuação do controle externo busque fazer política, em última análise. Eis aí o seu limite. Quando não identificados os requisitos que tornam apto a interferência do controle, cabível a deferência<sup>249</sup>. A legitimidade do controle

---

<sup>249</sup> No entanto, isso não quer dizer que se concorde, por exemplo, com a conclusão de Silva Junior (2020), para quem, no controle da atividade-fim das agências reguladoras os tribunais de contas não poderiam emitir comandos direcionados diretamente a essas instituições. Na visão do autor, em suma, “Por outro lado, quando se trata de apreciação das contas do Presidente da República (inciso I), o TCU não dirige qualquer recomendação ou determinação a esse, e o resultado é encaminhado ao Congresso Nacional (art. 49, inc. IX). O mesmo tratamento deve receber o resultado das auditorias e inspeções realizadas nas agências reguladoras em relação às atividades-fim (inc. IV e VII), pois nesses casos, por envolver relação entre Poderes no exercício de competências específicas, o TCU deve se reportar ao titular do poder de controle, ao Congresso Nacional, que, ao receber a comunicação, por intermédio de umas das suas Casas ou de suas comissões, atuará, outrossim, conforme o feixe de competências estabelecido nos limites da Constituição, observada como acoplamento estrutural. Portanto, cotejando os comandos criados por força da jurisprudência do TCU, em sua aplicação ao controle operacional das agências reguladoras, e o texto constitucional, acoplamento estrutural entre os subsistemas político (controle externo - TCU) e jurídico (regulação normativa – agências reguladoras), percebe-se evidente rompimento dos limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Tais comandos revelam a ocorrência de falha regulatória descrita como “super-socialização” do direito no Trilema Regulatório, traduzida aqui como sobre-regulação, na medida em que o não atendimento aos limites do acoplamento estrutural, normas constitucionais que estabelecem a relação entre a manifestação de Poderes, importa na instrumentalização política do sistema jurídico, ou seja, das normas regulatórias emitidas pelas agências” (SILVA JUNIOR, 2020, p. 37/38). Como busquei demonstrar ao longo do trabalho, não se sustenta uma abordagem que

externo não anda junto com a ação política, mas no exercício constitucional de um controle pautado na técnica. Em verdade, esse perfil pautado pela técnica sobressai dos argumentos que utilizei na primeira parte do trabalho, em que situei os tribunais de contas no ramo de atuação caracterizada pela técnica, dentro de um desenho produzido pelo Estado Administrativo.

Outro exemplo que atrai um comentário crítico sobre a atuação do TCU, para uma reflexão mais ampla sobre seus limites, ocorreu em fiscalização solicitada pelo Congresso Nacional para examinar a conformidade de contrato de concessão da BR-101/ES/BA, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos. Neste processo foram tratados diferentes temas, mas pretendo sublinhar um caso em particular tratado no Acórdão 1447/2018 (BRASIL, 2018b). As consequências práticas da decisão, neste particular ponto que apresento, não têm expressivo impacto, se formos pensar nos valores vultosos dos contratos cotidianamente fiscalizados pelo TCU. Mas o caso chama atenção por evidenciar um caminho que, como entendo, não deveria ser seguido pela Corte, sobretudo pela insuficiência da fundamentação adotada.

Na referida fiscalização, observou-se que o “Plano de Exploração da Rodovia” (PER) previa a instalação de 20 radares fixos ao longo do trecho concedido. Conforme identificado pela unidade técnica, os radares fixos não foram instalados em razão da ausência de definição de suas localizações pela ANTT e pela concessionária. No Voto condutor, ressaltou-se que a agência reguladora agiu corretamente ao considerar não executado o investimento referente aos 20 radares fixos pendentes de instalação.

No entanto, o TCU deu um passo a mais, conforme pode ser observado no referido Voto. O relator ressaltou que, apesar de a unidade técnica não ter emanado proposta de determinação referente a esse tema específico, seria cabível determinação à ANTT para que, no prazo de 60 dias, definisse em conjunto com a concessionária, a localização de todos os radares fixos a serem instalados na BR-101-ES/BA, efetivando suas instalações no prazo máximo de 90 dias. Além da própria natureza do comando expedido, que pode ser criticável, chamou a atenção

---

relega aos tribunais de contas, em exames qualitativos da atividade-fim da administração pública, apenas um papel informacional. A sua intervenção, a bem da verdade, dependerá de sua fundamentação, sendo importante ator no controle da legalidade constitucional e na conferência de prognoses, em que exsurge sua legitimidade de controlador podendo, nesses casos, emitir comandos aos jurisdicionados.



os fundamentos para a determinação: “tendo em vista os recorrentes acidentes ocorridos na rodovia concedida, com base no princípio do interesse público”.

Tem-se que, aqui, nem o controle de prognose se mostrou satisfatório, tampouco a omissão administrativa foi devidamente caracterizada como afronta ao Direito. No caso, a falta de instalação poderia gerar repercussão financeira para a concessionária, sendo necessário o acompanhamento do TCU nesse particular. Porém, determinar à agência a instalação dos radares, em prazo estabelecido, parece extrapolar a competência da Corte, caso em que seria mais adequado uma comunicação, porque a matéria deve ser decidida no âmbito da agência.

Além do insatisfatório controle sobre as causas (a decisão apenas refere a ocorrência de “recorrentes acidentes”), o comando fundamentou-se, sem maior densidade, no “princípio do interesse público”. E esse é um grande problema em termos de utilização de princípios como forma de justificar decisões. Nesse sentido, para um melhor controle, necessário que a Corte não adote decisão alegando, abstratamente, “princípios”, numa acepção desprovida dos contornos que os princípios merecem ter.

Sobre princípios, relembro que

Há uma dimensão antecipatória de sentido, que quer dizer que não é um conceito vazio e que este norte tem de ser respeitado de modo que, segui-lo ou não, sempre demandará uma fundamentação que explicita a interpretação jurídica mais adequada (correta) (STRECK, 2020a, p. 374-375).

Ainda, muito mais que instrumentos para uma abertura para o mundo de valores abstratos<sup>250</sup>, os princípios devem ser tratados como “fechamento interpretativo”<sup>251</sup>.

No caso em análise, o “princípio do interesse público” foi utilizado de forma retórica, sem fundamentação necessária, e foi manejado para impor comando ao jurisdicionado em matéria que deveria ser uma decisão tomada pela própria agência,

---

<sup>250</sup> Nesse sentido, “Definitivamente o conceito de princípio não se determina pelo grau de abstração ou generalidade. É preciso ter cuidado para não transformar um princípio em cláusula geral. Nem conceber os princípios como ‘aberturas axiológicas’ do sistema – tal como faz a maioria da doutrina privatista em autores como Canaris – a partir de onde se professa a ideia de que os princípios são o portal de entrada dos valores no direito positivo” (OLIVEIRA, 2008, p. 222-223).

<sup>251</sup> Conforme Streck (2020a, p. 375-376), “Nestes termos, os princípios jurídicos devem ser compreendidos a partir da tese da descontinuidade como normas que possuem imperatividade e que instituem o mundo prático ao Direito no atravessamento da porosidade das regras (é nisso que ocorre a transcendência). Assim, servem como um ‘fechamento’ interpretativo, sendo, portanto, um entrave à discricionariedade judicial”.

tendo em vista seu conhecimento sobre o tema e, de outro lado, haver insubsistência dos fundamentos utilizados pelo TCU.

Após as considerações sobre o tema, foi possível perceber que a teoria que embasa a Estado Administrativo americano pode ser utilizada para compreendermos a forma como se estabelece a independência dos tribunais de contas frente aos órgãos controlados. E, nessa medida, entendo que, dentro da sua área de atuação, estão legitimadas tais instituições para o controle, inclusive da atividade-fim da administração, desde que respeitado o nível de análise que será exercido, bem como as matérias próprias que cabem à intervenção dos tribunais de contas.

Nesses termos, a própria doutrina subjacente ao *administrative state* pode ser mobilizada para a limitação das Cortes de contas nesse tipo de análise, porquanto significa, enfim, o respeito a um núcleo de atividade própria administrativa.

Enfim, os casos acima examinados permitem concluir que a ação do controle pode ocorrer de forma apropriada ou inadequada. Assim, é impossível afirmar que no controle da atividade-fim administrativa o TCU é ativista ou não ativista, por exemplo. Há casos de adequação e inadequação. Portanto, o trabalho busca evidenciar essas possibilidades e ressaltar como é possível construir decisões constitucionalmente adequadas e democráticas, dentro da base teórica adotada. Busca igualmente apontar para quando há inadequação nas decisões, ou seja, quando se ultrapassa a linha de legitimidade de sua atuação. O reconhecimento das possibilidades e limitações, portanto, poderá melhor ser estabelecida tendo como base os parâmetros aqui examinados.

Mas ainda merece ser examinada uma questão tão importante quanto essa, que diz respeito à forma de interação entre tais atividades. A próxima seção buscará apresentar uma forma que possa ser uma saída democrática para lidar com um tema tão dinâmico e complexo como o presente. Nesse sentido, serão exploradas as possibilidades que o diálogo pode desempenhar como modelo de construção de decisões democráticas para questões complexas.

### 5.2.1 O diálogo como possibilidade de construção de decisões: uma saída democrática para questões complexas

Na primeira parte deste trabalho, argumentei sobre como pode ser estabelecida a relação entre o Poder Judiciário e uma instituição independente como

os tribunais de contas, em matérias que apontam para uma certa deferência em relação a esta instituição independente, sem querer afastar a atuação do Poder Judiciário quando isso se fizer necessário. Tratei de demonstrar que, dada a complexidade e especialidade das matérias atinentes à atuação das Cortes de contas, seria constitucional e adequado uma autocontenção do Judiciário, oportunidade em que mobilizei argumentos do *administrative state* para demonstrar essa forma de relação entre instituições. Nesse sentido, observei que exsurtem novas possibilidades para a jurisdição constitucional sob esse contexto.

Nessa perspectiva, Abboud lembra que não se mostra como a melhor via uma aposta idealizada no julgador para resolver todas as questões. Em realidade, é sob esse paradigma que logramos passar a pensar em outros âmbitos de decisão<sup>252</sup>. O exemplo aqui explorado (desestatização – tecnologia 5G) aponta para essa forma de coordenação (diálogo) que pode se estabelecer entre a administração pública – por intermédio da agência reguladora ANATEL – e o controle exercido pelo TCU, num ambiente não restrito ao campo do Judiciário e que pode gerar decisões democraticamente concertadas. Considerando-se a complexidade das situações que se apresentam às Cortes de contas na atualidade, faz-se necessário pensar em outras formas de resposta por parte dessas instituições, não podendo ficarem restritas à sua tradicional maneira de atuar<sup>253</sup>.

Sigo com o mesmo caso acima examinado, para explorar particularidades concernentes aos arranjos possíveis quando surgem questões afetas diretamente a

---

<sup>252</sup> Sobre este ponto, Abboud ensina que: “Parte desse infantilismo decorre da idealização, mais ou menos consciente, da figura do julgador que, em nossa visão, também paira sob o imaginário jurídico brasileiro. Enquanto a atividade legislativa e executiva é apresentada como negociata, troca de favores, a atividade judiciária é posta como função de credibilidade, técnica realizada de forma asséptica, sem nenhuma influência política ou coisa do gênero. Ao adotar essa insistência obstinada na ampliação sem limites dos léxicos lícito/ilícito e constitucional/inconstitucional, a independência do judiciário e, com ela, a autonomia do direito, colocam-se em grave risco. Não raro, a população judicializa lides notoriamente políticas, que só podem ser solucionadas no âmbito político por excelência (i.e., o Legislativo). Em situações como essa, cabe ao Judiciário exercitar a *forbearance*, e evitar pronunciar-se sobre o mérito da questão, ainda que, nada obstante, a primeiro momento, formalmente, pudesse fazê-lo” (ABBOUD, 2021, p. 639).

<sup>253</sup> Veja-se, nesse sentido, a Recomendação Conjunta Presi-CN n. 02/2020, do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da qual “Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas.” Entre outros temas, a referida “Recomendação” trata do “Respeito às Decisões Administrativas” e, de acordo com o art. 2.º, recomenda aos membros do Ministério Público brasileiro, quando se tratar de fiscalização de políticas públicas, “[...] seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.” Além disso, a Recomendação trata dos “diálogos institucionais”, oportunidade em que recomenda aos membros do MP a ampliação do diálogo interinstitucional “[...] como meio de fortalecer o controle proativo e resolutivo da políticas pública, bem como viabilizar e racionalizar o acesso às informações” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP), 2020).

políticas públicas nas avaliações realizadas pelo TCU. Diante de todas as informações levantadas pelo controle externo, em que surgem questões relacionadas à própria política pública desenvolvida, devem as Cortes de contas exercerem uma autocontenção absoluta, ou podem elas agir de alguma forma capaz de contribuir para decisões da administração pública de forma mais racional?

Essa questão apareceu nitidamente no processamento do edital de licitação do 5G, e o que merece ser ressaltado, pela sua importância, é a forma como a matéria foi enfrentada pelo tribunal.

Minha intenção aqui não é analisar propriamente o mérito da decisão (por exemplo, adentrar na questão de erros ou acertos na precificação das bandas licitadas, análise de sobrepreços etc.), mas examinar como pode ocorrer a manifestação do tribunal. No limite, trata-se de examinar, no caso concreto, a legitimidade e o limite da sua atuação em um caso concreto de alta complexidade e que diz respeito diretamente ao desenvolvimento da regulação – política pública.

Com a base teórica desenvolvida até o momento, creio que possamos afirmar que, sob um novo olhar do papel da jurisdição constitucional, o paradigma da abnegação do Direito admite um papel deferente do Judiciário em relação ao estado administrativo, sendo que os tribunais de contas exercem uma função importante na seara administrativa e regulatória do Estado, a partir do controle. Como vimos, é pronunciada a crítica que se faz ao papel do tribunal de contas no controle da atividade regulatória. No âmbito dessa crítica, ao mesmo tempo em que se advoga a independência das agências reguladoras frente ao Poder Judiciário, também é defendida a sua autonomia em relação ao controle externo exercido pelos tribunais de contas.

Entendo que, neste último ponto, apenas parte do argumento é correto. De fato, não cabe aos órgãos de controle substituir o regulador na sua atividade finalística<sup>254</sup>. Contudo, creio que os tribunais de contas, se os reconhecemos como entidade autônoma, constituída a partir de conhecimento especializado e técnico, de matiz constitucional (como argumentado na primeira parte deste trabalho), deve ser reconhecido como um importante ator na contribuição da atividade administrativa e

---

<sup>254</sup> Dantas (2018) destaca que: “O TCU tem se esmerado em realizar auditorias operacionais que identificam fragilidades, riscos e oportunidades de aperfeiçoamento na gestão governamental. Justamente por navegar nos mares da eficiência, e não no controle estrito da legalidade, é preciso resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo, e é essa a autocontenção que defendo.”

regulatória, em vez de ficar restrito a uma atividade essencialmente de julgamento de contas de administradores públicos, ou com meras funções cartorárias. Não é isso que a Constituição de 88 previu, e não é isso que uma instituição com suas características merece ser. Mas, não obstante isso, também tem seus limites. Essa parece ser a hermenêutica adequada sobre a matéria.

Voltemos ao caso em análise.

O que demonstra o processo de desestatização da tecnologia 5G, que utilizo como exemplo para a atuação do TCU, é que em processos marcados pelas especificidades e complexidades como este, requer-se uma forma adequada para enfrentar os respectivos desafios<sup>255</sup>.

No caso examinado, foi aventada a atuação do tribunal de contas para determinar à agência reguladora adotar investimentos na área de educação, propriamente uma política pública para conectividade das escolas públicas no bojo do processo da tecnologia 5G.

No caso, ao final, após a deliberação do Colegiado, esse ponto foi convertido em recomendação, deixando de ser uma determinação por parte do Tribunal, por entender que, no caso de política pública, seria mais adequada uma autocontenção da Corte. Estaria mesmo equivocada eventual atuação da Corte nesse sentido? Seria inconstitucional? Ou melhor, em que casos estaria equivocada a atuação da instituição?

Com efeito, neste ponto, entendo que seria equivocada, e mesmo inconstitucional, uma atitude do TCU no sentido de determinar a inclusão de uma política pública para ser implementada no processo de desestatização. A decisão, nesse sentido, fica entre dois posicionamentos sobre a solução cabível: o tribunal de contas poderia determinar a imposição da medida (para quem defende uma atuação mais forte, inclusive com mandamentos obrigatórios nessa seara), enquanto, noutra margem, há quem possa entender que não caberia nem mesmo a incursão da Corte

---

<sup>255</sup> Atualmente, o procedimento respeitante à fiscalização dos processos de desestatização, no âmbito do TCU, ocorre por intermédio da Instrução Normativa n. 81/2018, que segue o poder regulamentar conferido pelo art. 3.º da Lei Federal n. 8.443/1992 (Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências), e, no particular, a previsão no art. 71, inciso IV, da CF88, que confere a competência para “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;”. Além disso, segue, como parâmetro legal, o disposto no Programa Nacional de Desestatização – PND, que está inscrito na Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997.

neste aspecto. Nesse sentido, adiante destaco como é possível conceber as possibilidades da Corte nesse tema, diante da base teórica desenvolvida, buscando evidenciar instrumentos que possibilitam ao TCU estabelecer uma relação de diálogo com as demais instituições.

A complexidade impõe a necessidade de uma nova visão sobre o enfrentamento de matérias dessa envergadura. Tem-se ao lado da escolha política deliberada pelo ramo político do governo o arcabouço jurídico que o circunscreve, além de potencialidades e limitações de ordem técnica. No campo do controle, esses arranjos estão sob permanente tensão e desafiam soluções que signifiquem o respeito ao Direito, ao mesmo tempo que não deturpem o espaço próprio de escolha do administrador, no planejamento e execução da política pública envolvida.

Parece que aqui, uma vez reconhecida que a abnegação deve respeitar a autonomia do direito, o diálogo exsurge como potencial modelagem de decisão capaz de permitir a construção de respostas constitucionalmente adequadas, levando em consideração a complexidade do fenômeno.

Georges Abboud (2021), embora não trate especificamente da questão do controle externo levado a cabo pelos tribunais de contas, mas sim da atuação do poder judiciário diante das deficiências próprias do paradigma da decisão, ensaia uma forma de saída com o paradigma da proceduralização. Nesse sentido, a ideia de diálogo e “vias abertas ao aprendizado” manifestam-se como formas de enfrentar essas questões<sup>256</sup>.

Deve-se advertir que a utilização do diálogo institucional nem sempre pode ser uma saída adequada para a resolução de questões. Ao contrário disso, o seu uso, não raro, pode ser pernicioso. Numa perspectiva da atuação do Poder Judiciário, cabe a referência de que “[...] diálogos institucionais” são tudo e são nada”, numa alusão ao fato de que a expressão tem sido utilizada de forma não relacionada a critérios determinados, podendo dar azo a ativismo por parte das Cortes (TASSINARI; LOPES, 2018). Não obstante o potencial uso inadequado do

---

<sup>256</sup> Na relação entre Executivo e Judiciário o autor destaca: “Ressaltamos a todo momento que o paradigma da proceduralização procura solucionar as deficiências fundamentais do paradigma da decisão e manter vias abertas ao aprendizado. Ora, o Executivo pode colaborar no fornecimento de informações que formem esse aprendizado, levando ao Judiciário um conhecimento prático que ele não detém, tais como os reais obstáculos da gestão da coisa pública e os principais entraves orçamentários e administrativos para alcançar o fim almejado. O Executivo, tal como o Poder Legislativo, deve se manter constantemente atento à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e buscar evitar repetir inconstitucionalidades já reconhecidas no passado” (ABBOUD, 2021, p. 604).

modelo dialógico, os autores referem que não é o caso de invalidar tal modelo, mas sim que sua utilização merece uma maior reflexão, porquanto “Procedimentos e diálogos só fazem sentido se uma mínima base interpretativa for compartilhável” (TASSINARI; LOPES, 2018)<sup>257</sup>.

Além disso, no mesmo sentido, Abboud (2021) assevera que, não raro, a expressão *diálogo institucional* pode ser usada como “álibi retórico”. Esse diagnóstico, como é mesmo referido pelo autor, não significa que se deva afastar a ideia de diálogo<sup>258</sup>. Ao contrário disso, o diálogo merece ser incentivado. Nesse contexto, refere como melhor expressão a caracterizar o fenômeno um diálogo constitucional. Conquanto esteja pensando mais especificamente no âmbito da jurisdição constitucional, na relação Judiciário e Legislativo, creio que as sínteses conclusivas sobre a prática referidas pelo autor são adequadas para explorar o

---

<sup>257</sup> Assim, a advertência feita pelos autores nos alerta para o cuidado necessário acerca da utilização do modelo dialógico. É preciso estar ciente que tal atitude pode ser manejada para uso ativista, no sentido de um decisionismo político sem critérios. Dessa forma, como bem exposto: “Como se pode perceber, longe de invalidar o modelo dialógico, problematizar esse tema desafia seu aprofundamento, reclamando mecanismos institucionais, incentivos, sanções, desenhos, procedimentos que estruturam o diálogo. E pede também que se dê um passo atrás, um recuo em direção à parte mais substancial dos debates sobre ativismo judicial, especialmente no que diz respeito à questão interpretativa. A própria qualificação de uma decisão como ativista passa por isso. Para finalizar, todas essas complicações parecem sinalizar que não há uma maneira puramente ‘institucionalista’ de resolver o problema. Procedimentos e diálogos só fazem sentido se uma mínima base interpretativa for compartilhável, se pudermos reconhecer como autênticas as aplicações aos casos concretos dos princípios que fundam constituem uma sociedade. Equilíbrio talvez seja a palavra” (TASSINARI; LOPES, 2018).

<sup>258</sup> Conferir também, nessa perspectiva, trabalho de Lima e Barbosa (2018), intitulado *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*, em que os autores trabalham, numa visão dialógica, acerca da possibilidade de superação, pelo Poder Legislativo, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal), quando do exercício do controle de constitucionalidade. No ponto, destacam os juristas: “Daí a se falar não mais na existência de um Poder com o monopólio da última palavra, mas, sim na construção de uma prática dialógica que possibilite a convivência do constitucionalismo com a democracia. Poderes independentes e harmônicos, justamente porque dotados desses qualificativos, devem ser capazes de aprimoramento contínuo e dialético a respeito de questões relevantes para o país. O Parlamento pode e deve participar da tarefa de interpretação da Constituição, como interlocutor privilegiado, dada a sua configuração de instância representativa da vontade popular para as deliberações políticas.” Além disso, destacam: “Nessa ambiência, a postura dialogal, longe de representar o desprestígio ao âmbito de atribuições próprias de cada instituição surge como componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes. Implica a admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles. Desse modo, a decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade será apenas provisoriamente a última palavra sobre o tema que constitui o seu objeto. Será o derradeiro pronunciamento até que sobrevenha outro do Poder Legislativo, que então assumirá temporariamente a função de última palavra, enquanto não seja realizado novo julgamento pela Corte Constitucional. E assim sucessivamente, em um espiral dialético-argumentativo, em que cada nova manifestação sobre o assunto eleva a discussão para um outro patamar” (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 120-121).

diálogo que pode ser estabelecido entre os tribunais de contas e os órgãos auditados em matérias sensíveis como as aqui tratadas. Assim, Abboud assera que:

Portanto, são diversas as vantagens do diálogo institucional/constitucional: i) amadurece as instituições (Poderes), as quais reconhecem os limites de sua competência; ii) evita que ocorra conflito entre Poderes; iii) confere espaço de estabilidade e governabilidade possibilitando que problemas graves sejam solucionados sem rupturas democráticas; iv) aumenta a complexidade na resolução dos problemas sociais. O diálogo permite soluções que, de forma isolada, não seriam possíveis a cada um dos Poderes; v) recrudescer o diálogo como eixo de solução de conflitos em uma democracia constitucional; vi) quebra o monopólio da interpretação constitucional transformando a jurisdição constitucional em um espaço mais plural; vii) fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional; e diminui as fraturas entre Poderes, na medida em que o diálogo permite soluções menos incisivas de um Poder em relação ao outro (ABBOUD, 2021, p. 637).

No que respeita especificamente à relação Judiciário e Administração Pública, o autor refere a possibilidade de “ação coordenada”, o que também se mostra adequado quando pensamos na relação aqui estabelecida entre controle externo (tribunais de contas) e administração pública.

É preciso ter presente que as Cortes de contas têm competências próprias, como já enunciado, mas as características que são diretamente relacionadas ao desenvolvimento da atividade-fim administrativa acabam atraindo a atenção do controle, por se tratar de atividade típica do Estado. Dessa forma, não se mostra como mais adequada a literatura que busca afastar qualquer intervenção do controle nesse sentido, ou que pretende, no que tange a essa matéria, que sua intervenção seja meramente opinativa. Tenho que, no que concerne a tais assuntos, a intervenção das Cortes de contas pode ir além da simples recomendação, ou melhor, é preciso encarar a participação do controle, nesse tipo de matéria, como uma recomendação qualificada, que merece análise e resposta fundamentada pelo órgão auditado.

Por outro lado, acredito que a própria legitimidade da Corte de contas deve ser amparada num posicionamento que assuma as dificuldades do administrador ou regulador, mas que também dê subsídios para construir soluções dentro do Direito.

Parece, num primeiro momento, paradoxal a relação diálogo e autonomia do direito, porque a ideia de diálogo tende a expor uma abertura a questões que podem minar a própria autonomia do direito. Contudo - e por isso é importante entender sobre a necessidade de novas formas de intervenção para enfrentar as complexidades atuais -, a aceitação da relação dialogada pode ocorrer numa forma



constitucionalmente orientada. É nesse contexto que os alertas referidos pelo texto citado de Tassinari/Lopes e Abboud são extremamente importantes para uma visão mais apurada e prudente do fenômeno, sob pena de a ideia do diálogo ser apenas um “truque” para a atuação de forma ativista pela Corte de contas.

Nessa linha de pensamento, as críticas que entendem pela negativa de atuação do controle externo nesse campo, uma vez que entendem faltar legislação expressa de permissão nesse sentido, acabam por se desmanchar no ar, uma vez que não conseguem entender o fenômeno mais amplo que se impõe.

Uma questão que merece ser lembrada aqui é que o tribunal de contas não é estruturado como os órgãos do Poder Judiciário, como foi demonstrado na primeira parte deste trabalho. A especialidade e tecnicidade do órgão de controle externo deve pesar no raciocínio institucional aqui tratado, porque a diálogo estabelecido ocorre entre técnicos de instituições diversas, mas que deveriam se somar para tornar a decisão final mais bem orientada.

Por isso não é possível pensar em termos de uma única decisão prolatada pela Corte de contas a ser cumprida pela administração, de forma direta e unidirecional. O próprio processo de construção do posicionamento do tribunal de contas é alimentado por informações provenientes da agência regulatória, com envio de documentação e reuniões entre as partes. Isso não afasta a independências das instituições, mas permite uma deliberação mais dialogada, evitando desperdício de energias envolvidas<sup>259</sup>.

A administração pública, no caso, por meio da agência reguladora, tem muito a contribuir sobre questões técnicas específicas sobre a modelagem dos processos que pretender concretizar. Diante desse quadro, e entendendo a complexidade do fenômeno, os tribunais de contas devem adequar e direcionar as ações administrativas de acordo com as diretrizes legais, quando for o caso (há um complexo material normativo sobre tais processos), mas deve refletir que em alguns pontos “[...] o próprio direito não entende e não tem capacidade de entender.”

---

<sup>259</sup> Veja-se, por exemplo, que no processo de desestatização enfrentado pelo controle externo do TCU, conforme o direito positivo vigente, a Agência não estaria obrigada a apresentar o edital previamente ao tribunal de contas (não há imposição legal nesse sentido); contudo, a prática adotada, via de regra, tem sido a de que os reguladores busquem a participação do tribunal de contas já no início do processo, a fim de garantir maior transparência e segurança.

(ABBOUD, 2021, p. 664). Esse é o desafio que se impõe para o controle de atos administrativos dessa natureza na conjuntura atual<sup>260 261</sup>.

De certa forma, a legitimidade das Cortes de contas está atrelada à sua própria maneira de entender o seu papel no desenho institucional. Ela deve atuar para fazer concretizar os princípios constitucionais, mas deve saber respeitar os limites que apontam para a margem de decisão que cabe ao administrador; deve impor a obrigação de a administração motivar os seus atos e, assim, buscar adequar a decisão aos parâmetros constitucionais, mas, de outro giro, deve ser deferente aos pontos próprios da atividade técnica ínsita à área sobre a qual recai o controle. Todavia, isso sempre dependerá do caso concreto.

Afora o exame de aspectos puramente técnicos e circunscritos às áreas de atuação próprias da Corte (orçamento, finanças, contabilidade etc.), os quais ganham força de determinações nas suas decisões, é possível que, diante das informações reunidas durante o processo, o tribunal possa estabelecer recomendações ao órgão auditado. Essas recomendações proferidas pelo controle externo devem estar acompanhadas de demonstrações técnicas, sendo devidamente justificadas. Eis aí a sua força. Embora não guardem a força de determinações, certo é que as recomendações, em sendo devidamente justificadas, transferem ao órgão controlado (auditado) o ônus de fundamentar seu posicionamento, acarretando um verdadeiro constrangimento, e o jurisdicionado deverá produzir resposta fundamentada se decidir não seguir a decisão recomendada pelo controlador. É nesse sentido que a ideia de diálogo pode ser útil também para a construção de decisões na esfera do controle.

---

<sup>260</sup> Neste ponto, conquanto referindo-se ao Poder Judiciário, fundamental o ensinamento de Abboud (2021, p. 663-664): “A Tese da abnegação confere ao direito um papel marginal, sem que, com isso, lhe diminua a autonomia ou a importância. Seus limites, redefinidos, são preservados pelo não julgamento de questões que ultrapassam seus horizontes epistemológicos. Caso contrário, ele próprio se degenera, tornando-se ilegítimo. Abnegando-se, cede o poder que, nos tempos atuais, tem-se revelado excessivo. Assim, a abnegação, praticada sob os auspícios da proceduralização, poderá dar as bases para um agir cooperativo entre Judiciário e Administração Pública. Contudo, é preciso ressaltar que ela não é sinônimo de indevassabilidade, nem enunciado performático, tal como a discricionariedade administrativa. Sob a perspectiva da proceduralização, a defesa dos direitos fundamentais sempre autorizará o resgate do paradigma da decisão. A abnegação só poderá ocorrer diante do que o próprio direito não entende e não tem capacidade de entender. Entender o contrário é advogar pelo sequestro da complexidade técnico burocrático das pós-modernidade pelo simplismo do código lícito/ilícito.”

<sup>261</sup> Necessário ressaltar que a própria característica da composição dos tribunais de contas permite também um controle técnico – exemplo disso é a fiscalização de prognoses, como defendido aqui nesta tese.

Os tribunais de contas, nesse sentido, são vocacionados para produção de informações qualificadas. Entender que suas recomendações teriam apenas o condão de opinar sobre questões atinentes ao desenvolvimento de políticas públicas, nos limites devidos, sem qualquer força capaz de constranger o órgão controlado, seria renegar uma *accountability* que se faz necessária num Estado republicano. Os tribunais de contas, nesse contexto, mostram-se como fiscais de prognoses e possuem legitimidade para apontar os erros na condução da ação estatal.

Como se sabe, as políticas públicas e o processo regulatório são estabelecidos em ciclos, sendo que a atividade estatal deles decorrente deve sofrer permanente constrangimento nos moldes aqui referidos. Conflitos e rupturas sempre existirão. Mas a democracia tem muito a ganhar se essa forma de decisão for buscada pelas instituições envolvidas e se os potenciais erros forem assimilados para alimentar melhorias no sistema. Além disso, é preciso que a literatura crítica acerca do potencial uso pernicioso dos diálogos institucionais seja levada a sério, a fim de garantir uma interação potencializadora da democracia, e não o seu contrário.

Ressalto, também, que o acompanhamento da matéria de atividades ligadas a políticas públicas e regulação se mostra como uma virtude para fins de *accountability*, e tais ações, a meu ver, poderiam ocorrer em toda a sua extensão, desde o seu planejamento, conferindo uma maior transparência e permitindo suspender atos irregulares já no seu nascedouro. Não entendo haver proibição constitucional nesse sentido, a despeito de pensamento contrário<sup>262</sup>. O controle realizado desde o início da ação administrativa, sem dúvida, contribui para evitar que a ação dos órgãos de controle venha a ser realizada de forma ineficiente ou que acabe por desregulamentar toda uma cadeia de ações, produzindo ruídos no sistema, o que, aí sim, seria nitidamente pernicioso. A atuação prévia e concomitante, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, mostra-se como um

---

<sup>262</sup> Conferir, nesse sentido, (JORDÃO, 2020), em que é abordada “A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?”. Em conclusão de sua análise, após tecer críticas à atuação prévia da instituição, “O autor reconhece o esforço do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da administração pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar essas decisões ou interferir nas opções da administração ainda antes de que elas sejam publicadas. Ainda que essa solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional” (JORDÃO, 2020, p. 363).

arranjo salutar para criar decisões democráticas. É justamente no agir prévio e concomitante que se evitam decisões que possam desestabilizar o sistema, uma vez que o diálogo conquistado ao longo do processo permite a manifestação da administração pública (também incluídas as agências reguladoras) em sua inteireza<sup>263</sup> <sup>264</sup>. Na verdade, a atuação prévia por parte dos órgãos de controle pode evitar uma manifestação unilateral do próprio tribunal de contas em fase posterior (conturbando ainda mais o ambiente institucional).

Dentro dessa orientação, com efeito, a abertura de discussão com especialistas é uma forma de subsidiar decisões da Corte em matérias que requeiram maior cognição. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (Poder Judiciário), como sabido, a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas se apresentam como possibilidades nesse sentido, já que a sua existência tem o condão de

[...] possibilitar uma pluralização e democratização do debate sobre a constitucionalidade de uma norma em controle concentrado, para que reduza-se o máximo possível a possibilidade de erro, aumentando-se as chances de se garantir a integridade do Direito com aumento da legitimidade na própria decisão do STF (OMMATI, 2020, p. 318).

Sob esse viés, verifiquei na pesquisa que o Tribunal de Contas da União tem lançado mão de instrumento que pode vir a agregar elementos construtivos para o debate, nos moldes do *amicus curiae* e das audiências públicas no âmbito do

---

<sup>263</sup> À guisa de ilustração, refiro pesquisa de cunho empírico sobre o tema, no âmbito da ciência política, em que Monique Menezes trabalhou sobre a relação entre *O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços*. Na oportunidade, em sede de conclusão, a autora argumentou que a atuação do TCU acaba por favorecer a legitimidade da atuação das agências, garantindo decisões mais democráticas e transparentes, assim como garantiu um maior equilíbrio entre usuários e concessionárias (MENEZES, 2012). Tais achados vão ao encontro do que é ressaltado na tese. A autora focou sua análise a partir da ideia de *accountability* horizontal, nos termos propostos O'Donnell, buscando verificar os efeitos das auditorias sobre a qualidade da regulação realizada pelas agências.

<sup>264</sup> Cabe destacar outra conclusão do trabalho de Monique Menezes que não encontrei nas análises próprias do campo do Direito, mas que deve valer como um elemento de reflexão para o exame da matéria, que diz respeito ao fato de que, ao final das contas, o controle exercido pelo TCU acabou propiciando, indiretamente, uma maior participação de controle legislativo sobre as agências reguladoras, o que só pode ser encarado como um incentivo à construção de decisões democráticas. Nas palavras da autora: “Por fim, a mudança institucional no arcabouço regulatório resultou em um efeito não esperado pelos reformistas da década de 1990, a saber: um aumento da presença do poder Legislativo na fiscalização das políticas públicas no Brasil. Se, antes da reforma, os setores regulados pelas agências reguladoras eram controlados pelas burocracias do poder Executivo, a partir das privatizações e da delegação de poderes às agências reguladoras, o poder Legislativo, por meio do TCU, passou a fiscalizar, de maneira mais intensa, a implementação das políticas desses setores, embora o poder Executivo continue com uma atuação mais forte” (MENEZES, 2012, p. 123).

judiciário, com a criação dos chamados *Painéis de Referência*, utilizados na condução de auditorias de qualidade, em que se expressa a atuação do tribunal em temas dessa natureza.

Seguindo diretrizes da INTOSAI, o TCU institucionalizou (BRASIL, 2013a) a figura dos *Painéis de Referência* que, conforme descrito pela própria instituição, trata-se de uma

[...] reunião de pessoas reconhecidas e experientes em determinada área para debater e opinar sobre a matéria exposta. Em auditoria, os objetivos gerais do painel de referência são: contribuir para a garantia de qualidade (ISSAI 3000, p. 55), para a análise e interpretação de dados (ISSAI 3000, p. 101) e para fortalecer o processo de *accountability* de desempenho (TCU, 2013b).

Embora seja um instrumento salutar para a democratização e correção das decisões da instituição, os *painéis de referência* não têm tomado parte dos objetos de pesquisa. No entanto, intui-se que sua correta apropriação pelas Cortes de contas deve qualificar ainda mais as auditorias de qualidade da instituição, sendo meio hábil para a sua legitimação nesse âmbito de ação. Nos últimos anos, os *painéis de referência* foram disponibilizados na plataforma *youtube*, permitindo amplo acompanhamento pela sociedade e por especialistas, além daqueles que são convidados para integrarem os painéis.

Exemplo recente e de grande envergadura foi o Painel aberto para discutir os parâmetros para fiscalização do TCU acerca do “Panorama Recente da Atuação do BACEN na Condução da Política Monetária”, que foi solicitada pelo Poder Legislativo ao TCU. Na oportunidade, o Painel contou com autoridades da área<sup>265</sup>, no sentido de subsidiar o trabalho a ser realizado pela instituição. De fato, tais painéis são uma forma de a instituição reunir críticas e sugestões de especialistas quanto ao planejamento e execução da auditoria operacional a ser realizada, assim como reorientar os rumos de trabalhos que já tenham sido iniciados.

Na análise da figura dos *Painéis de Referência* o que se mostra interessante é que a instituição busca ouvir autoridades ainda no decorrer dos trabalhos, os quais, posteriormente, serão submetidos, na forma de processo, aos magistrados da Corte. Assim, além da qualificação do próprio quadro técnico do tribunal, essa

---

<sup>265</sup> Os trabalhos, realizados em dezembro de 2021, tiveram a participação do próprio atual Presidente do Banco Central, assim como a intervenção de ex-presidentes da instituição, como Armínio Fraga Neto, Henrique Meirelles, Afonso Celso Pastore e Ilan Goldfajn (BRASIL, 2021d).

abertura para a discussão ainda na fase inicial dos trabalhos é uma forma de direcionar a fiscalização com base em informações de outros agentes da sociedade. Com isso, permite-se identificar se o planejamento e os mecanismos de fiscalização são suficientes e adequados para o escopo pretendido, além de submeter à análise prévia eventuais achados de auditoria. Adicione-se a isso o processo de diálogo que o órgão de controle pode criar com o próprio órgão auditado em temas próprios de fiscalização da atividade finalística da administração, seja em termos de regulação, políticas públicas, etc.

Por isso, os *painéis de referência* mostram-se como instrumentos potencializadores de uma atuação mais plural e democrática, devendo ser ainda mais incentivados e utilizados pelos tribunais de contas. Isso porque as decisões posteriores eventualmente tomadas e direcionadas aos gestores públicos tendem a possuir uma base de fundamentação muito mais consistente.

Ainda, não obstante a forma de atuação por meio de determinações e recomendações, nota-se que o TCU exerce atividade tipicamente informacional, seja à administração direta, seja às agências reguladoras, ou mesmo em relação a outros Órgãos federais, como o Legislativo, sem um viés de determinação ou recomendação (o caso da *ciência* ao administrador), mas no sentido de passar informações técnicas desenvolvidas no bojo de apurações de sua auditoria, buscando agregar subsídios para a formulação de ações governamentais. Neste caso, o que se entende é que a atuação é tipicamente colaborativa.

Exemplo dessa forma de atuação pôde ser verificada no acompanhamento do programa do governo federal em subsidiar o óleo diesel aos caminhoneiros, que teve o escopo de interromper a paralisação (greve) deflagrada em maio de 2018. A produção de informações pelo TCU ocorreu por intermédio de “Relatório de Acompanhamento<sup>266</sup>”. O tema tratado, em específico, foi o exame sobre as ações adotadas pelo governo federal quanto à regulação de preços de derivados de petróleo e à concessão de subsídios em decorrência da referida greve. No exame do trabalho técnico produzido pela Corte é possível perceber um enfrentamento não

---

<sup>266</sup> “Art. 241. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e II – **avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados**” (BRASIL, 2022c, grifo nosso). No caso comentado, a análise se deu de acordo com o inciso II do art. 241 do RITCU.

apenas da conformidade legal dos atos realizados, mas um exame da própria política de regulação de preços dos derivados do petróleo e seu impacto para os problemas gerados, com a paralização citada, que, indiretamente, trouxe grandes transtornos para a sociedade. Conforme referido no próprio trabalho técnico da Corte

A presente fiscalização teve por objetivo examinar as ações adotadas pelo Governo Federal quanto à regulação de preços de derivados de petróleo, pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), e à concessão de subsídios, a ser acompanhada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), apreciando não apenas a conformidade, mas também identificando impactos, ineficiências e oportunidades de atuação estatal (BRASIL, 2022c).

Em síntese, o trabalho pautou-se a partir dos seguintes questionamentos: “Quais foram as principais ações adotadas pelo Governo Federal para contornar a crise decorrente da greve dos caminhoneiros, ocorrida em maio de 2018? As ações envidadas pela ANP, MME, CNPE e Presidência da República respeitaram os termos da LRF, LDO, Lei das S.A., princípios da Administração Pública e as diretrizes do planejamento do Governo Federal? Quais foram os resultados do Programa de Subvenção Econômica promovido pelo Governo Federal? Qual o panorama do abastecimento de combustíveis no Brasil para o médio e o longo prazo? Quais os principais riscos à segurança energética nacional relacionadas ao abastecimento de derivados de petróleo?” Como se percebe, trata-se de uma atuação sobre a qualidade da própria política energética conduzida pelo governo e pela agência reguladora, mas o que quero ressaltar aqui é a forma de relação estabelecida com as instituições envolvidas, em que o TCU se apresenta como uma típica instituição de produção informacional para a governança.

Com efeito, o resultado do trabalho foi o de “[...] dar ciência [...]” do resultado do trabalho aos órgãos interessados, “[...] para que possam considerar o resultado desta fiscalização no âmbito do cumprimento de suas respectivas competências” (BRASIL, 2020i).<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> Na literalidade, o *decisum* foi reproduzido da seguinte forma: “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 241, inciso II, e 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU, em: 9.1. dar ciência deste Acórdão, assim como do Relatório e Voto que o fundamentam e do Relatório de Auditoria elaborado pela Seinfra Petróleo (peça 62), à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério de Minas e Energia, à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, ao Conselho Nacional de Política Energética, à Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal, à Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados e ao Conselho Administrativo

Merece ser salientado também as normativas recém aprovadas pelo Tribunal de Contas da União no sentido de oitiva prévia dos jurisdicionados antes da sua deliberação final. A regra foi institucionalizada pela Instrução Normativa n. 86/2020 e pela Resolução n. 315/2020<sup>268</sup>. Cita-se aqui, como exemplo ilustrativo, o disposto da referida Instrução Normativa<sup>269</sup>:

§ 8º Preliminarmente ao encaminhamento ao Relator, a Unidade Técnica deve apresentar o relatório de acompanhamento para comentários dos gestores, preferencialmente por meio de reunião técnica, com vistas a assegurar a celeridade do exame da matéria pelo Tribunal.

§ 9º Caso o órgão gestor do processo de desestatização demonstre interesse em apresentar contribuições adicionais àquelas expostas na reunião de que trata o parágrafo anterior, será concedido prazo de até quinze dias para manifestação, período em que ficará suspenso o prazo previsto no caput deste artigo (BRASIL, 2020j).

No exame da Resolução 315/2020-TCU pôde-se perceber que se trata de resultado de estudo prévio realizado pela instituição (BRASIL, 2020c), no sentido de racionalizar os comandos decisórios. A partir do exame do Voto-Conductor é possível perceber a inovação acerca da oitiva prévia dos gestores acerca das possíveis determinações e recomendações, na esteira da necessidade de abertura da Corte ao diálogo com os jurisdicionados:

Vale ressaltar que uma das principais alterações introduzidas pelo projeto de Resolução é a obrigatoriedade de solicitação dos comentários do gestor pela unidade técnica previamente à proposição de determinação ou recomendação. Trata-se de prática internacional aplicável às auditorias que agora se pretende trazer para esta Corte. Atualmente, tal medida é exigida apenas nas auditorias operacionais ou quando houver achados de alta complexidade ou de grande impacto, sendo opcional nas demais situações, a critério do dirigente da unidade técnica, consoante o disposto no item 144 das Normas de Auditoria do TCU. A análise dos comentários dos gestores a respeito das determinações e recomendações aventadas pelos auditores, independentemente do tipo de processo, reduzirá consideravelmente o risco da adoção de deliberações inviáveis, excessivamente onerosas ou inoportunas, além de possibilitar a identificação de medidas alternativas. Com essa medida, o TCU estará apto para atender de forma plena as diretrizes estabelecidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro as quais preconizam que as deliberações proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial, devem considerar as consequências práticas da decisão (BRASIL, 2020c).

---

de Defesa Econômica, para que possam considerar o resultado desta fiscalização no âmbito do cumprimento de suas respectivas competências” (BRASIL, 2020i).

<sup>268</sup> Referidas normas são fruto de tomada de decisão em processo administrativo interno, que tratou de estudos e conclusões sobre a necessidade de desburocratização no âmbito do controle externo.

<sup>269</sup> Os §§ 8.º e 9.º foram acrescentados ao art. 9 da Instrução Normativa-TCU n. 81/2018 pela In86/2020.



Neste ponto, a institucionalização de práticas como essa é promissora para a construção de um controle externo mais democrático, assim como alavanca a legitimidade das decisões da Corte. Ainda, cabe destacar que essa prática foi realmente institucionalizada nas instruções realizadas no âmbito do TCU, como foi possível perceber na condução da pesquisa de Acórdãos no site da instituição.

Outras abordagens constantes nesse referido normativo foram comentados alhures e, no seu conjunto, evidenciam um importante fator que diz respeito à reflexão por parte da própria Corte de contas Federal sobre o seu papel no controle externo, o que deverá igualmente refletir nos demais tribunais da federação, dado o seu posicionamento e sua influência sobre as demais instituições de controle.

Falando especificamente sobre o acompanhamento de políticas públicas pelo Tribunal de Contas da União, além dos instrumentos acima explicitados, como as auditorias operacionais e os *painéis de referência*, há uma série de outros meios pelos quais a Corte busca profissionalizar sua atuação nessa área. Entendo que para os propósitos desta pesquisa, é interessante compreender esse esforço por parte da instituição, porquanto tende a ter impacto em seus trabalhos técnicos e, por consequência, em suas decisões na área.

As auditorias operacionais e os painéis de referência, como ressaltado, são instrumentos de viabilidade para recolhimento e exame de dados por parte da instituição, e mostram-se como ferramentas importantes para uma relação dialógica com as instituições controladas. Além disso, foram identificados, nessa pesquisa, outros campos de ação da Corte nesse sentido.

Com a Portaria-TCU n. 188/2020 (BRASIL, 2020f) foi aprovado o Referencial de Controle de Políticas Públicas no âmbito da instituição. A norma decorre de comando da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) que impõe ao Tribunal de Contas da União o envio de um “quadro-resumo” à Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, referente à qualidade da implementação e ao alcance de metas e dos objetivos dos programas e das ações governamentais objeto de auditorias operacionais realizadas para subsidiar a discussão de Projeto de Lei Orçamentária. Chama a atenção que, por intermédio do Referencial de Controle de Políticas Públicas do TCU, reconhecido está o papel das agências reguladoras como não apenas executoras de políticas públicas, mas também formuladoras e avaliadoras de políticas. Assim,

Em nível federal, os órgãos centrais e os ministérios são os principais responsáveis pela formulação de políticas públicas. Contudo, eles não são os únicos a desempenhar esse papel. Agências reguladoras, órgãos e entidades executivas, legislativo e outros atores, também colaboram na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas (BRASIL, 2020f).

Da análise do material, percebe-se que se trata de um esforço da instituição para a definição de parâmetros objetivos tendentes a direcionar os processos de fiscalização em políticas públicas. Tal fato ocorreu em decorrência de uma deliberação do Plenário (Acórdão 2608/2018-TCU-Plenário, BRASIL, 2018d) sobre a necessidade nesse sentido. Esse documento foi construído a partir de referência de manuais emitidos por organizações internacionais, tais como: “International Organization of Supreme Audit Institutions (Intosai)”, Organização das Nações Unidas (ONU), Banco Mundial, Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), *U.S. Government Accountability Office (GAO)* e o *U.K National Audit Office (NAO)*.” Visa, em resumo, a orientar, com base nas práticas de organizações internacionais e de acordo com normativos sobre o tema, a avaliação de políticas públicas, inclusive a regulatória, pela Corte de Contas.

Em uma outra via, destaca-se o recente *Referencial de Governança Multinível*, fruto de um projeto entre o TCU e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, em nível nacional, resultou em uma publicação conjunta entre o próprio TCU, o Instituto Rui Barbosa (IRB) e a Associação dos Tribunais de Contas (ATRICON). Trata-se de um documento que dispõe de instrumentos para avaliação da governança multinível, voltado para cooperação entre os tribunais de contas da Federação. São exemplos que indicam o esforço da instituição em capacitar o quadro profissional para a realização das auditorias de qualidade, contribuindo para expertise do tribunal, indo ao encontro da característica que lhe ressalta a capacidade institucional. Os mencionados referenciais também destacam a natureza do controle em políticas públicas, que deve se estabelecer a partir de uma visão de deferência à administração, sem afastar o controle.

Na prática, tem-se como exemplo de decisão recente o Acórdão do TCU que tratou, em sede de Auditoria Operacional (BRASIL, 2022a), da avaliação das políticas públicas de “estratégia digital destinadas à qualidade da educação básica

brasileira, com enfoque especial na formação e capacitação dos alunos para o mundo digital, bem como na infraestrutura e acesso às tecnologias da informação e comunicação. A decisão pautou-se pelo Referencial de Controle de Políticas Públicas – TCU (2020) e pelo Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas – IRB, ATRICON e TCU (2021). A decisão, por se tratar essencialmente de uma política pública a ser desenvolvida pelo Governo e demais entidades, teve como encaminhamentos, após detalhado diagnóstico por parte do Corpo técnico do tribunal e da apreciação de seus Membros, inúmeras recomendações ao jurisdicionado, ficando estabelecido e autorizado o monitoramento por parte do controle externo sobre o tema.

Nesse sentido, a autocontenção do TCU frente aos Órgãos competentes para desenvolver a política pública se mostrou acertada. O Tribunal teria errado em adentrar na esfera do administrador por intermédio de determinações, porquanto, da leitura do relatório de auditoria, não foram identificados desrespeito à legalidade ou não confirmação de prognoses.

Com efeito, verificou-se que a fiscalização partiu da análise da *Política de Inovação Educação Conectada* (conforme Lei 14.180/2021), que tem como objetivos: universalização do acesso à internet em alta velocidade nas escolas públicas e fomentar o uso pedagógico de tecnologias digitais na educação. A fiscalização realizada pelo TCU ocorreu a partir dos seguintes questionamentos:

a) Questão 1: Os mecanismos de governança do PIEC, na esfera federal e entre as esferas de governo, garantem o planejamento, o financiamento e a coordenação das ações de apoio ao uso de TDIC na educação básica? b) Questão 2: Como estão sendo operacionalizadas as ações de apoio do PIEC referentes à formação de professores para incorporação do uso das TDIC na educação básica? c) Questão 3: As iniciativas do PIEC se coordenam e são suficientes para apoiar às redes de educação básica no acesso à infraestrutura de conectividade e de equipamentos e recursos tecnológicos? (BRASIL, 2020g, p. 4).

A equipe de auditoria identificou inúmeras inconsistências, no entanto, incapazes de ensejar determinações ao jurisdicionado<sup>270</sup>, daí ser um nítido caso em

---

<sup>270</sup> Para se ter uma noção sobre as conclusões da equipe técnica do Tribunal: “a) necessidade de fortalecimento da sinergia entre as quatro dimensões estruturantes do PIEC na execução e na accountability de suas ações. Segundo apurado, transcorridos mais de três anos de implementação do PIEC, a forma com a política está instrumentalizada não favorece a conjunção de ações em prol do que foi concebido e desenhado pelo programa, o qual deveria estar contemplando intervenções integradas e bem delimitadas que considerem, de forma global, a lógica das suas quatro dimensões, ao invés de ações fragmentadas, desarticuladas e com ênfase

que as recomendações se mostram adequadas, numa construção decisória em respeito às capacidades institucionais, à separação de poderes e à legitimamente

---

apenas nas metas de acesso das escolas à conectividade, que ocorrem com prejuízo à efetividade da política, deixando de evidenciar outros desafios associados, por exemplo, à formação de professores, ao planejamento do uso das TDIC pelas redes de ensino e à disponibilidade de equipamentos tecnológicos nas escolas; b) ausência de consolidação institucional da dimensão Visão do PIEC em relação aos instrumentos de planejamento definidos e às instâncias de apoio técnico às redes de ensino. No caso, apurou-se que o plano local de inovação (PLI), principal documento orientador para a inclusão da inovação e da tecnologia na prática pedagógica das escolas públicas de educação básica e cuja elaboração cabe às secretarias de educação, encontra-se institucionalmente enfraquecido e com perda de importância, contrário ao que foi definido no desenho do PIEC. Outrossim, a tecnologia educacional ainda não se encontra integrada ao planejamento pedagógico das escolas e os Núcleos de Tecnologia Educacional (NTE), montados no âmbito do Proinfo – programa que antecedeu ao PIEC – e que funcionavam como importantes estruturas de apoio à incorporação das tecnologias educacionais, encontram-se desmobilizados ou em condições inadequadas de funcionamento; c) ausência de definições importantes na governança multinível do PIEC em relação às estimativas de custos para sua implementação, ao financiamento das responsabilidades atribuídas aos diferentes níveis de governo e à atuação técnica e coordenadora do Comitê Consultivo. Segundo apurado, o PIEC não dispõe de levantamento adequado e de planificação dos valores sobre o custo do programa em todas as esferas que nele atuam; a definição de estimativas de custos dessa política espelha-se em uma visão restrita de financiamento apenas de conectividade, deixando de ter a visão integrada das suas quatro dimensões atuando em conjunto; não há visão de médio e longo prazo em relação à base de financiamento do PIEC nem transparência quanto à programação plurianual de recursos; as secretarias de educação possuem pouca autonomia decisória sobre a composição dos gastos em suas áreas de responsabilidade; d) baixa articulação do PIEC com programas relacionados à formação inicial de professores, em atenção ao que preceitua a Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Sobre isso, apurou-se que o MEC não tem se articulado com as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) para incluir o componente tecnológico na formação inicial de professores, não utiliza mecanismo para induzir a inclusão desse tema na residência pedagógica e não disponibiliza currículos de referência para formação de professores mediados por tecnologia, alinhados com a Base Nacional Comum Curricular (BNCC); e) carência, em relação às ações de formação continuada na perspectiva do PIEC, de aperfeiçoamentos institucionais, bem como oferta da plataforma AVAMEC (Ambiente Virtual de Aprendizagem do MEC) ainda pequena, com alcance limitado e sem focalizar segmentos de professores que mais precisam. Ou seja, o PIEC tem atuação muito restrita com relação à formação continuada, considerando que não articula a oferta de outras iniciativas do MEC, das redes de educação e das IES, que têm grande potencial de oferta. Por outro lado, a AVAMEC, que é o principal meio de oferta de formação continuada previsto no desenho do PIEC, carece de uma curadoria eficaz que oriente melhor seu foco, direcionando para segmentos dos professores que mais precisam de ações de formação continuada sobre o uso de TDIC na prática pedagógica, garanta a relevância da oferta para os objetivos do programa e forneça informações importantes para os professores da educação básica que pretendem usá-la; f) condições inadequadas de conectividade, impondo limitações para que escolas públicas de educação básica alcancem níveis de maturidade mais elevados na adoção e no uso da tecnologia. Apurou-se que, embora o número de escolas públicas conectadas à internet tenha aumentado, ainda há parcela significativa de escolas da rede municipal e localizada em áreas rurais que não contam com nenhum dispositivo com acesso à rede. Outrossim, apesar de a velocidade média de conexão das escolas públicas ter aumentado, em regra, ainda não é suficiente para o uso diversificado da internet e restringe a utilização pedagógica das TDIC. Tem-se, ademais, que nem todas as escolas conectadas por meio do PIEC possuem banda larga com qualidade compatível com suas necessidades; e g) desigualdades de acesso a equipamentos de informática pelas redes de educação básica, obsolescência desses equipamentos e falta de estrutura de apoio ao seu uso e manutenção. 19. Como resultado, a equipe de fiscalização sugere recomendações ao Ministério da Educação com o objetivo de aperfeiçoar os procedimentos relacionados à governança multinível do PIEC, às ações de formação de professores e à disponibilidade de infraestrutura de conectividade e de equipamentos tecnológicos nas escolas” (BRASIL, 2020g, p. 3).

democrática. A autorização de monitoramento é importante para, no processo de acompanhamento da política, serem efetuadas novas intervenções de controle, quando assim for necessário.

Por fim, para não deixar sem resposta o caso apresentado na Introdução deste trabalho, volto ao exemplo da fiscalização do TCU sobre a falta de fixação de diretrizes pelo Ministério da Saúde para o estabelecimento da quarentena durante a pandemia.

Com efeito, tendo em vista o surgimento da pandemia da Covid-19 causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, as ações governamentais são demandadas com urgência para fazer frente ao quadro pandêmico. Como já referido, o Tribunal de Contas da União analisou Representação referente à inexistência de fixação, pelo Ministério da Saúde, de diretrizes e das condições para a realização de quarentena, que teria como finalidade evitar a propagação na sociedade do novo coronavírus (BRASIL, 2022b).

É sabido que a quarentena foi prevista na Lei Federal n. 13.979/2020 e, para sua integral implementação, a referida lei demandava regulamentação pela Pasta competente, a qual restou instrumentalizada pela Portaria GM/MS 356/2020. Não obstante, a área técnica do TCU constatou que inexistiu detalhamentos sobre os critérios para a fixação da quarentena, medida central para o enfrentamento da pandemia. Nesses termos, a auditoria manifestou-se no seguinte sentido:

[...] essa lacuna perdura desde fevereiro do ano passado, quando foi publicado o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus e mais de um ano depois não houve a regulamentação nos termos propostos pela própria Portaria GM/MS 356/2020. Nesse sentido, portanto, resta evidente que a atuação corretiva do órgão ou entidade jurisdicionada ou a do órgão de controle interno não é suficiente para dar o adequado tratamento ao fato ora tratado, havendo necessidade do exercício da atividade de controle externo por parte desta Corte de Contas (BRASIL, 2021e).

No caso, ainda, a área técnica do TCU requereu medida cautelar no sentido de impor ao Ministério da Saúde a adoção de critérios para a adoção de quarentena.

A questão que surge, como salientei na Introdução, é: o que o Tribunal de Contas tem a ver com a fiscalização sobre programa de prevenção à pandemia da Covid? O Tribunal de Contas não deve tratar apenas das “contas” governamentais? Se acaso se entender que o controle externo pode enfrentar esse tipo de questão,

outros questionamentos também vêm à tona: qual o seu papel? Qual sua legitimidade? Quais os limites de atuação? Quais os impactos?

O deslinde da situação pelo TCU neste caso, a meu ver, mostrou-se adequada, porque o tribunal entendeu que a omissão da União, no caso, não afrontou a Constituição, mas alertou (recomendação) o Ministério competente que a fixação de diretrizes seria mais adequada para uma ação nacional e coerente no enfrentamento da pandemia, iniciando um diálogo com a administração nesse sentido.

Em verdade, o TCU identificou que a omissão da Pasta da Saúde não contrariou o texto constitucional, fundamentando sua conclusão no sentido de que, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6343, restara fixado o papel da União e dos demais entes federados para o enfrentamento da pandemia, cabendo à União, de acordo com o texto constitucional, diretrizes gerais, sem afastar a autonomia dos demais entes. Nesses termos, a interpretação da Corte de Contas Federal foi no sentido de que

Considerando o que estabelece o art. 24, § 3º, da Constituição da República de 1988 (Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades), os entes subnacionais podem decretar a quarentena a seu critério, no exercício de suas competências (BRASIL, 2022b).

Assim, a conclusão se deu da seguinte forma:

Acerca dessa lacuna de critérios objetivos para se estabelecer normas gerais sobre quarentena, entende-se que o fato se encontra albergado no campo da faculdade da União, notadamente do Ministério da Saúde, que ficou com o papel de regulamentação conferido pela Lei 13.979/2020, sendo feita pela Portaria GM/MS 356/2020 (BRASIL, 2022b).

Por conseguinte, o TCU entendeu que a omissão do Ministério da Saúde não afrontou o Direito, não cabendo qualquer determinação por parte da Corte ao jurisdicionado. Acertada, portanto, a autocontenção da instituição.

Não obstante, diante do resultado do exame mais qualitativo da questão, a área técnica identificou que, no caso, seria mais adequada a fixação de diretrizes gerais para coordenar os esforços dos demais entes federados. Conforme salientado pela auditoria:

Embora se reconheça que não se pode ter um quadro fechado de critérios, o Ministério da Saúde, em conjunto com Conass, Conasems, Anvisa, e especialistas, poderia adotar critérios mínimos, que servissem de orientação para os gestores locais, os quais deveriam utilizar também os aspectos regionais e locais para adoção da decretação de quarentena (BRASIL, 2022b).

Com isso, entendeu cabível, numa relação de diálogo, recomendar à Pasta da Saúde

[...] que estabeleça critérios objetivos para decretação de quarentena no Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus ou em outra norma interna, que sirva de orientação aos entes subnacionais nos procedimentos para decretação de quarentena (BRASIL, 2022b).

Ao final, a decisão do TCU fez adaptações ao encaminhamento da área técnica e concluiu: “Como a mencionada normatização do Ministério da Saúde não abrange a quarentena sob o aspecto coletivo, entendo que cabe a expedição de recomendação nesse sentido (BRASIL, 2022b).

Dessa forma, uma vez que não caberia um controle “forte” (mandamental) do tribunal em relação ao caso, a sua colaboração dentro de um ambiente de diálogo foi acertada, tendo em vista a não afronta direta ao Direito por parte da administração pública. De qualquer sorte, respondendo à indagação primeira, as bases teóricas e normativas desenvolvidas até aqui permitem concluir que se mostra possível o controle sobre tal matéria, sendo que a forma de comando emanado da instituição dependerá das circunstâncias tratadas, sendo que, no caso concreto, de fato, a recomendação se mostrou a mais adequada.

### 5.2.2 O discurso do *controle de segunda ordem*: compreensão, crítica e considerações

Há um ponto que nos permite adentrar, a um só tempo, numa questão essencial sobre o controle da atividade-fim da administração; discutir com a crítica existente, e tecer algumas conclusões. Refiro-me, no ponto, ao *discurso de segunda ordem*, que se mostrou, no âmbito do TCU, como modo de referir a necessidade de uma autocontenção ou deferência à atividade finalística da administração, aqui em específico, a atuação sobre a atividade das agências reguladoras no seu mister principal.

Necessário ressaltar a existência de crítica a qual afirma que, na realidade, o discurso do TCU é diferente do que ocorre na prática<sup>271</sup>. Essa crítica, em síntese, refere que, embora as manifestações do TCU sejam no sentido de que, no exame da atividade finalística das agências reguladoras deveria haver um *controle de segunda ordem*, numa espécie de *self restraint*, o que de fato ocorre é que a Corte vai além, substituindo a vontade do regulador, não obstante o discurso pregado pela instituição.

Dessa forma, necessário então, tendo como base a posição do TCU e a crítica doutrinária, verificar a jurisprudência da Corte nesse sentido, a fim de buscar entender o que de fato ocorre na prática, e propor considerações sobre o tema.

Sobre a presente questão, no âmbito do TCU é emblemático o teor do Acórdão 1703/2004 (BRASIL, 2004), de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em que foram plasmadas as bases para o que a Corte passou a denominar de *controle de segunda ordem*. O processo (Pedido de Reexame<sup>272</sup>) que resultou no referido Acórdão tratou de fiscalização do TCU sobre a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, além de acompanhamento da execução do contrato de concessão e avaliação do seu equilíbrio econômico-financeiro. Foi exatamente no reexame da matéria que a Corte lançou bases para o discurso de controle de segunda ordem, como reconhecido pela instituição, ao tratar das “Considerações sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras” (BRASIL, 2004). Com efeito, no Voto do Relator é possível vislumbrar de forma clara o seu posicionamento acerca da possibilidade de o tribunal controlar a atividade finalística da agência, ao tempo em que expõe como tal controle deve ser realizado: “Com fulcro nessas breves considerações, entendo ter ficado patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Entretanto, cumpre analisar a forma como o Tribunal deve atuar e os limites dessa atuação” (BRASIL, 2004). Diante desse posicionamento, é possível observar qual é o discurso do tribunal sobre o tema.

No ponto, as considerações declinadas no Acórdão 1703/2004 são: “O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos” (BRASIL, 2004). Nessa linha, a consideração que se mostrou a espinha

---

<sup>271</sup> Nesse sentido, por exemplo: Reis e Dutra (2020).

<sup>272</sup> Pedido de Reexame em face do Acórdão 988/2004-TCU-Plenário.



dorsal do argumento, e que passou a ser fundamento para outras manifestações da Corte, assim como objeto de crítica, foi:

[...] a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado (BRASIL, 2004).

Além disso, com base na conclusão do Voto, conforme abaixo transcrito, é possível perceber uma regra de autocontenção específica, no sentido de que a Corte só poderia emitir determinações no caso de ilegalidade constatada:

31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União.

32. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.

33. Com espeque nesses argumentos, entendo que compete a este Tribunal recomendar a adoção das providências que se fizerem necessárias para tornar mais eficiente a atuação finalística e discricionária das agências reguladoras. De maneira semelhante a que se verifica nas auditorias operacionais, agora tão frequentes nesta Corte, o produto final das auditorias realizadas nessas atividades deve ser um conjunto de propostas e recomendações, cuja implementação propiciará uma maior qualidade na prestação de serviços públicos. Porém, quando for detectado o descumprimento de uma norma jurídica, o TCU pode e deve determinar a adoção das medidas tendentes a ilidir essa irregularidade (BRASIL, 2004).

Com base nessas considerações, uma primeira observação que se impõe diz respeito a dois pontos tratados no posicionamento vazado no acordão paradigma, qual seja: o tribunal de contas, no caso o TCU, possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras; por outro lado, a instituição, no seu agir, não pode substituir o órgão regulador, sob pena de se constituir em atitude

inconstitucional. Sobre tais pontos, que seriam máximas do discurso da decisão paradigma, entende-se que estão na linha do que tem sido construído nesta tese. Mas é preciso ir além. Com base na crítica sobre a atuação das Cortes de contas no controle das agências, é preciso analisar qual o significado dessa orientação exposta pela própria instituição.

Hoje, não se pode mais vincular a ideia de legalidade a algo restrito à lei como espécie normativa. Isso importa estar atento para o fato de que há uma nova visão sobre o que se compreende por legalidade. Nessa dimensão do conhecimento, o constitucionalismo em que estamos inseridos requer uma forma de compreensão que coloque a Constituição no centro das discussões<sup>273</sup>. Com isso, se quer dizer que “Por supuesto que el imperio de la ley es también, y ante todo, imperio de la ley fundamental, es decir de la Constitución a la cual se subordinan todas las demás.” (DIÁZ, 2006, p. 14). Essa tese coloca, portanto, a centralidade da constituição quando se está falando de legalidade<sup>274</sup>. Ainda, em específico ao caso do controle da administração pública, ou melhor, como se dá a abrangência desse controle no Estado Democrático de Direito, Elías Díaz ressalta que “El Estado de Derecho es así el establecimiento de límites y controles legales (y legítimos) a todos los poderes y, muy en especial, al poder ejecutivo, a la Administración, al Gobierno.” (DIÁZ, 2006, p. 15).

Nesse ambiente em que a Constituição se projeta, efetivamente, como norma fundamental, Paulo Otero descreveu com acerto o deslocamento que ocorre da

---

<sup>273</sup> A ideia aqui diz respeito ao Constitucionalismo Contemporâneo, que pode ser representado como “[...] um fenômeno que surge no segundo pós-guerra. Esta expressão foi cunhada no livro *Verdade e Consenso* para superar as aporias das teorias neoconstitucionalistas. O Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis política-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)” (STRECK, 2020a, p. 57).

<sup>274</sup> Streck (2017) sempre destaca a importância de se reconhecer a importância da Tese da “legalidade constitucional” de Elías Díaz, o que assume especial importância para o tema aqui discutido. Nesse enquadramento, ressalta a seguinte observação: “[...] quando uso a expressão “legalidade constitucional”, com base em Elís Díaz, refiro-me ao fato de que saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do Direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de Direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal, não seríamos capazes, nessa quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática” (STRECK, 2017a, p. 631).

centralidade da lei em direção à Constituição, ao tratar do “conteúdo da legalidade vinculativa da Administração Pública.” Em verdade, o autor argumenta haver uma quebra do mito da lei em relação à Administração, quando é possível vislumbrar, evidentemente, a “substituição da lei pela Constituição”, o que tem impacto profundo no entendimento e na prática do Direito Administrativo. Sobre este fenômeno que nos permite pensar no controle sobre a administração pública, seja sobre agências reguladoras, seja sobre a própria administração direta na sua atividade-fim, o diagnóstico da centralidade da Constituição é essencial. Nesses termos, tem-se que:

Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a administração pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitantes da actividade administrativa, registrando-se que **a aplicação da Constituição à administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa**<sup>275</sup> (OTERO, 2019, p. 735, grifo nosso).

Isso significa que não se pode querer afastar o controle da atividade finalística da administração pública apenas com base no argumento de que a atuação do órgão de controle externo só pode ocorrer quando houver contrariedade à lei (*stricto sensu*). É preciso adensar mais este argumento, mas já é possível adiantar que se deve ter em conta desde já que o controle de legalidade envolve não apenas a lei<sup>276</sup>, mas uma “legalidade constitucional”.

Além disso, calha anotar que está expresso na Constituição de 88 a possibilidade de um controle operacional, com base na legitimidade e

---

<sup>275</sup> Ainda, na linha de reflexão do Jurista português: “Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a administração pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se, neste preciso sentido, que se afirme, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição” (OTERO, 2019, p. 735).

<sup>276</sup> Em sentido semelhante, Rui Medeiros refere que “Como é sabido, no moderno Estado de Direito, a ideia de subordinação à lei é completada pela ideia de subordinação ao Direito, no sentido de que não existe apenas um dever de obediência à lei, como lei ordinária, antes existe sobretudo um dever de obediência ao ‘*bloc légal*’. Daí que se fale também em princípio da juridicidade: a fórmula princípio da juridicidade representa e descreve de modo mais exacto a ligação entre a Administração e o Direito do que o tradicional princípio da legalidade. O princípio da constitucionalidade é, nesta acepção, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da legalidade em sentido amplo” (MEDEIROS, 1999, p. 189-190).

economicidade da atuação administrativa. Portanto, não é correta uma interpretação restrita que só permita um controle, com rigor, quando houver uma infração à lei. Penso que, ao contrário disso, o texto constitucional e o paradigma teórico hoje existente reclamam que o controle ocorra com efetividade sob os aspectos acima destacados, quais sejam, por intermédio da legitimidade e economicidade do gasto, a partir de uma abordagem operacional do controle.

Nesse contexto, falando de outro modo, o controle da “legalidade constitucional” inclui a fiscalização da legitimidade e economicidade, possibilitando, naturalmente, a atuação do órgão externo em aspectos dessa natureza.

Diante do exposto, considerada a noção de que o controle exercido pelas Cortes de contas não está restrito apenas à verificação da devida aplicação da lei, mas tem como paradigma a Constituição em seu conteúdo - além do fato de que também a Constituição, expressamente, permite o controle operacional, por intermédio da legitimidade e economicidade da atuação da administração pública -, entende-se que é possível reconhecer como legítima uma atuação mais abrangente do controle externo. Assim, o próprio teor do Acórdão 1703/2004, que ficou marcado como paradigma para esse tipo de abordagem, não merece ser lido a partir de uma visão restrita. O que deve ser extraído desse contexto é a necessidade de que não deve existir a substituição do administrador pelo controlador, mas não uma leitura absurdamente restritiva da atividade do controle, no sentido de que estaria preso este apenas a um controle de legalidade (no sentido estrito).

O ponto é: para quem defende uma visão restritiva da atuação do tribunal de contas na atividade-fim da administração pública, só caberia determinações (com poder de obrigatoriedade), ao se vislumbrar violação à lei. Entretanto, tem-se que tal fato não se sustenta, em razão da ideia aqui discutida da “legalidade constitucional” e das possibilidades conferidas pelo próprio texto constitucional, que conferem um amplo poder de análise (legalidade, legitimidade e economicidade). A ideia de ser um controle de “segunda ordem” quer significar, entendo, a impossibilidade de a Corte de contas tomar decisões típicas das agências ou da administração pública, como, por exemplo, querer implementar uma política pública dizente ao tema regulado. Isso está absolutamente vedado.

Acredito que a redação do Acórdão 1703/2004, que tem sido fundamento para dizer que o TCU só pode determinar ações quando houver ilegalidade, acabou por gerar confusão, ou a possibilidade de criação dessa interpretação que busca

sustentar que somente no caso de violação à lei caberia decisão dessa natureza. O que busquei demonstrar acima é que, sim, ao tribunal de contas, na atividade-fim da administração, cabe um controle de segunda ordem. Contudo, a qualidade e a extensão desse controle são maiores que a interpretação referida busca dar ao acórdão citado. Significa, em última instância, saber qual o alcance do que se entende como irregular ou ilegal na esfera do controle externo. Acredito que dentro da ideia de irregularidade/ilegalidade encontra-se a possibilidade de examinar questões atinentes à legitimidade e economicidade, por expressa disposição constitucional. E, nesse sentido, há a permissão para uma atuação por meio de comandos/imposições aos órgãos fiscalizados.

Por outro lado, é possível perceber que a utilização dos pronunciamentos da Corte, na forma de determinações e recomendações, permite estabelecer, por intermédio das recomendações, um diálogo com as demais instituições, buscando construir decisões mais democráticas, diante da complexidade dos casos analisados, o que estaria, também, dentro do significado do discurso do controle de segunda ordem. Por oportuno, necessário repisar que essa comunicação via recomendações, como sustento, merece ser reconhecida como uma recomendação qualificada, exigindo do jurisdicionado uma reflexão sobre as conclusões dos trabalhos do controle externo, sendo-lhe transferido o ônus de justificar as suas decisões ou omissões objeto de controle.

## 6 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho procurei apresentar elementos capazes de indicar uma melhor compreensão sobre o lugar das Cortes de contas no desenho institucional brasileiro. Nesse sentido, um dos objetivos da tese foi o de tentar melhor entender o que é isso, os tribunais de contas? Com efeito, o seu papel ainda é muito disputado pelos estudiosos do tema, havendo diversos questionamentos sobre sua relação com os demais Poderes e os limites de sua função. Os tribunais de contas compõem, juntamente com outras instituições, uma complexa rede de controle da gestão pública. Nesse sentido, a noção de controle é bastante ampla e implica o exercício de diferentes processos que têm como finalidade evitar irregularidades na condução das ações governamentais, instrumentalizadas pela máquina pública.

Ocorre que não parece adequada a interpretação restrita que busca atrelar uma submissão das Cortes de contas ao Parlamento, sobretudo em tempos atuais, em razão das mudanças que se deram em nível de especialização e importância desses órgãos técnicos no controle da ação estatal e, igualmente, pelo fato de tais controles se tornarem ainda mais qualitativos em relação à atuação do Estado. Por outro lado, em relação ao Judiciário também deve ser discutido o seu papel de independência no controle da administração pública, a partir da ideia de deferência.

Sob uma perspectiva mais ampla, mereceu análise o processo de institucionalização dos órgãos de controle externo da administração pública, representados pela denominadas *Instituições Superiores de Controle*, razão pela qual se sobressai a justificativa para, embora as conclusões da tese possam ser compreendidas no âmbito de todos os tribunais de contas da federação, dedicar atenção ao Tribunal de Contas da União, por este último representar, no Brasil, a Instituição Superior de Controle. Observou-se que dois são os grandes modelos: o modelo colegiado de tribunal de contas (inspiração na *Court des Comptes* francesa) e o modelo das Auditorias-Gerais ou Controladorias-Gerais, que não são caracterizadas pela colegialidade, mas sim pela concentração de poderes na figura do Auditor-Geral (CARVALHO; RODRIGUES, 2018). Embora existam dois modelos de controle distintos, é necessário ter em conta que as especificidades locais e do processo histórico acarretam novas formas de modelos (WILLEMANN, 2016), o que explica as características próprias do Tribunal de Contas da União, que agregou

especificidades institucionais no seu processo histórico em relação aos seus congêneres. No Brasil, a noção de uma instituição independente como o tribunal de contas só se afirmou com a República, tendo participação direta de Rui Barbosa.

A Constituição Federal de 88 tratou em normativos específicos as atribuições das Cortes de contas, consolidando competências tradicionais observáveis no processo histórico da instituição, assim como dotou-a de novas funções, com notável ampliação de possibilidades na seara do controle. Em decorrência da generalidade das atribuições constitucionais, surgiram muitos questionamentos sobre quais são, de fato, as suas atribuições e, conseqüentemente, quais são seus limites, diante de um desenho institucional mais amplo, com abertura para a fiscalização não apenas da conformidade dos gastos públicos, mas também da própria governança.

Desse modo, dediquei o Capítulo 3 para desenvolver argumentos que podem permitir uma melhor compreensão acerca da posição dos tribunais de contas em relação aos demais Poderes e instituições independentes. Com isso, mostrou-se importante um entendimento mais qualificado sobre a configuração de um Estado Administrativo (*administrative state*) que se assentou na complexa sociedade contemporânea. Tal fato, como pretendi apresentar, representa a necessidade de uma releitura da doutrina da separação de poderes, a fim de dar conta de instituições que surgiram nesse novo desenho institucional. Dessa forma, o objetivo foi acionar a racionalidade subjacente às discussões sobre a existência do *administrative state*, a fim de compreender a natureza dos tribunais de contas na atualidade. Com efeito, esse debate possibilitou o entendimento sobre a legitimidade e os limites da atuação das Cortes de contas, sobretudo no exercício do controle finalístico da administração pública.

Como restou evidenciado, a apropriação da lógica que sustenta o *administrative state* serve, em verdade, como uma forma de pensar esse novo fato que está posto na realidade, que significa o surgimento de um espaço composto por instituições que exercem suas atribuições com fundamentação na tecnicidade, neutralidade, profissionalização e expertise sobre os temas afetos à sua área de atuação, ou seja, trata-se de instituições que não operam sob a gramática da política, propriamente, como ocorre com outras instâncias governamentais, mas sim de acordo com a técnica. Por outro lado, mostra-se fundamental saber como fazer

para o Direito conseguir acompanhar essas transformações, sendo necessário raciocinar dentro da esfera de um grau de *Autonomia do Direito*.

Diante desse desenho de pesquisa, procurei salientar alguns pontos da análise institucional que possa ser útil para entender o papel dos tribunais de contas, sem que seja necessário afastar a vastíssima contribuição das teorias normativas/interpretativistas. Creio que exista algo das teorias institucionais que possa ser relevante para enfrentar questões próprias das sociedades contemporâneas, permeadas pela complexidade, como o fato de poderem ajudar a destacar competências diferentes entre instituições, com a ideia de capacidades institucionais – mesmo que para tanto deva existir demonstração empírica. Como salientado, tal fato não exclui as possibilidades permitidas por teorias normativas, que fornecem elementos hermenêuticos sofisticados para a atuação das instituições.

Assim, argumentei que é possível assumir elementos institucionais para darmos conta de algumas questões que se colocam atualmente na pauta do Direito, mais especificamente no caso do Estado Administrativo, que assume uma dimensão substancial nessa quadra, e sendo os tribunais de contas uma instituição inserida nesse âmbito, com a função de controlador, entendo que os contributos dos debates sobre a autonomia de instituições próprias do *Administrative State* possa conferir uma visão capaz de realocar os papéis institucionais de forma mais adequada, sem que se olvide de questões fundamentais, como a Autonomia do Direito.

Na sequência da investigação, tratei de um fenômeno evidenciado por Vermeule, que diz respeito à abnegação do Direito sob o prisma do *Administrative State*, em que são questionados os próprios limites e a abrangência do Império do Direito nessa seara. Evidentemente, o *administrative state* não pode ser ignorado como fato existente. Significa, na esteira dos acontecimentos que levaram ao aumento do papel das funções estatais na sociedade contemporânea, a consolidação de um atuar, por parte de entidades independentes, para fazer frente à complexa rede de demandas e necessidades que foram surgindo ao longo do tempo. Isso significou, na verdade, o próprio fortalecimento da presença do Poder Executivo por intermédio de instituições independentes. Em outros termos, evidenciou-se a consolidação de um ramo técnico-burocrático para tratar de assuntos fundamentais da sociedade, fato que desafia a ideia tradicional da doutrina da separação de poderes. Afinal, a tendência de deferência é, em verdade, uma



característica global do direito administrativo, que pode ser observável em muitos sistemas, ou seja, em última análise, é possível observar que o arco do Direito se curva em direção à deferência (VERMEULE, 2016). Não quer dizer que, com isso, ocorra o afastamento do Judiciário do seu papel de resguardar o direito de possíveis violações; tal fato apenas aponta para o reconhecimento de uma autonomia a instituições independentes, em razão de sua especialização quanto aos temas tratados. Nada obstante esse reconhecimento, observei que a advertência feita por Abboud sobre a leitura de Vermeule a respeito do fenômeno deve ser adotada, porquanto: “[...] partilhar do seu diagnóstico não significa defender um agir administrativo alheio a qualquer sindicância ou controle. Pelo contrário, significa cultivar uma postura mais sensível e humilde face às complexidades do mundo contemporâneo” (ABBOUD, 2021, p. 560).

De outra banda, ressaltei que a existência do *administrative state* desafia posicionamentos tradicionais sobre a separação de poderes, razão pela qual ele deve ser entendido com base em uma visão consentânea com o atual contexto.

Tendo esses pressupostos como fundamento, foi possível concluir sobre a legitimidade dos tribunais de contas a partir de uma atuação técnica, caracterizada pela profissionalização e expertise em seu campo de atuação, com atribuições constitucionalmente previstas, que são capazes de assumir uma posição de independência na sua área de atuação, sendo que, com o novo arranjo constitucional surgido em 88, as Auditorias foram dotadas de competências que possuem novos parâmetros de fiscalização, sendo possível um controle finalístico da administração.

Em razão de sua característica própria, é possível compreender o tribunal de contas como uma instituição de controle indutora de melhores decisões administrativas, ao mesmo tempo que retira uma carga de tarefas do Poder Judiciário. Busquei destacar, assim, que o reconhecimento acerca da importância das instituições vocacionadas ao papel de proteção do processo democrático é um passo importante para adentrarmos na etapa seguinte, que concerne à estruturação direcionada ao funcionamento dessas instituições.

Com efeito, acredito que a hipótese inicialmente pensada restou confirmada, o que significa dizer que o controle a ser realizado pelos tribunais de contas tem o papel de vincular a atuação da administração pública aos parâmetros da legalidade constitucional, via pela qual a instituição encontra sua legitimidade e pela qual

também são expostos os limites de sua atuação. As Cortes de contas, assim, seriam uma barreira institucional para ações administrativas arbitrárias e em descompasso com a normatividade constitucional. Por outro lado, como restou demonstrado, os tribunais de contas, no controle de políticas públicas, não podem substituir as decisões que competem ao campo próprio da política, cabendo apenas verificar a adequação dessas propostas ao Direito.

Como referido neste trabalho, a *Crítica Hermenêutica do Direito* tem buscado lidar com este ponto, articulando critérios para garantir acertos por parte das instituições. Nesse sentido, uma investigação rigorosa sobre as possibilidades permitidas pelos desenhos institucionais, levando em conta que o Direito e instituições importam, com certeza é um caminho seguro para fazer frente a estes desafios. Enfim, os tribunais de contas, além de caracterizados pela técnica (*administrative state*), têm um lugar qualificado como instituições constitucionais de controle e de proteção da democracia. Esse diagnóstico deve lançar luz para a segunda parte da tese, a qual diz respeito, mais especificamente, como ocorre o controle finalístico da administração pública. Desse modo, a questão mais importante é *como* podemos fazer para que as instituições trabalhem dentro de um padrão democrático.

Nos capítulos 4 e 5 examinei a atuação dos tribunais de contas no controle da atividade-fim da gestão pública, essencialmente. Isso significa que a tese se debruçou sobre um ponto específico: o controle finalístico da administrativa pública, e não sobre o controle tradicional de conformidade, que marcou a história dos tribunais de contas, no Brasil, até a Constituição de 88. E por que isso é importante? porque ainda se mostra desafiador estabelecer parâmetros acerca do limite do controle exercido sobre atividades finalísticas da administração. No caso, escolhi examinar o controle realizado sobre políticas públicas e regulação, justamente por se destacarem como dois exemplos da atividade-fim administrativa de grande relevância, além de trazerem à tona essa linha de tensão que se estabelece entre mundos diferentes – o do controle e o do mérito administrativo. Ademais, são duas áreas que recebem atenção especial do Tribunal de Contas da União.

Ambas as áreas – políticas públicas e regulação – podem ter contornos diversos, mas, de outro lado, apresentam exemplos em que o controle não se estabelece da maneira tradicional, cabendo uma análise do mérito da atividade finalística propriamente dita. Em verdade, políticas públicas e regulação mostram-se

como dimensões de natureza tipicamente atreladas à atividade finalística estatal, responsáveis por buscar, ao fim e ao cabo, um resultado com impacto positivo para a sociedade.

No Capítulo 5, especificamente, desenvolvi o exame qualitativo sobre decisões do Tribunal de Contas da União, exatamente porque esta instituição representa a *Instituição Superior de Controle* no Brasil, e também porque o TCU tem um papel de destaque no controle finalístico da administração pública, já tendo iniciado auditorias dessa natureza na década de 90, buscando dar instrumentalidade para o novo arcabouço normativo inaugurado com a Constituição de 88. Nesse sentido, os exemplos utilizados serviram para refletir a legitimidade das decisões da Corte nesse tipo de fiscalização, assim como para desenvolver raciocínios sobre os limites do controle, de acordo com o referencial teórico desenvolvido ao longo da tese, dialogando com trabalhos críticos sobre a atuação dos tribunais de contas.

Dessa maneira, pretendi, igualmente, como contribuição original, propor uma abordagem a partir dos aportes ofertados pela *Crítica Hermenêutica do Direito*, principalmente com base em elementos como *autonomia do direito* e *resposta adequada à constituição*, no intuito de melhor compreender o processo de controle da atividade-fim da administração. Sob essa perspectiva, destaquei como central para análise a necessidade de se examinar essa atuação do controle externo tendo como premissa a noção de uma superação da discricionariedade. Nesse contexto, busquei evidenciar a importância para a fiscalização e, ao fim, para as decisões dos tribunais de contas, a ideia de um controle de prognose e a condução dos trabalhos centrada na busca de uma *Resposta Adequada à Constituição*, como formas de garantir decisões racionais e democráticas.

No âmbito da *Crítica Hermenêutica do Direito* e na inarredável necessidade de constrangimentos institucionais sobre os atos de decisão, ressaltei a relevante proposição streckniana acerca da *Resposta Adequada à Constituição*, e que se faz absolutamente pertinente ao tema dessa pesquisa, garantindo-se uma blindagem a decisionismos.

A necessidade de buscar parâmetros racionais é essencial para a democracia. Isso significa termos um mínimo de racionalidade quanto aos parâmetros das decisões que devem ser consideradas num ambiente público e na intersubjetividade. A rigor, como observado alhures, “Quando a discricionariedade entra, o direito sai; quando termina um inicia-se o outro” (ABBOUD, 2019, p. 402).

Nesse viés, calha referir que a percepção do Direito a partir de uma perspectiva interpretativa, que busca afastar a subjetividade da decisão, mostra-se oportuna. O Direito como integridade defendido por Dworkin, nos estudos dos tribunais de contas, parece adequar-se bem ao intento, visto a natureza das funções da instituição. Com efeito, as Cortes de contas são capazes de agregar um histórico de decisões bastante peculiar, dada a natureza dos temas de que trata e, sobretudo, em razão do seu campo de ação, que pode ser bem delimitado e que permite um acúmulo de conhecimentos que servirão para decisões posteriores. Nesse específico ponto, salientei o papel de *auditorias operacionais* e *painéis de referência*, instrumentos por intermédio dos quais a instituição de controle agrega conhecimento e expertise sobre os temas de sua alçada.

Ressalta-se que a possibilidade de controle de prognose, como entendo, merece ser vista a partir de uma noção de presunção de deferência à decisão da administração pública; contudo, isso não pode significar o afastamento do controle em relação aos fatos e dados sobre os quais as políticas são formuladas e implementadas.

É evidente, então, que a visão tradicional de discricionariedade, que concorda com a concessão de uma parcela de poder indevassável pertencente ao administrador público, mostra-se incompatível com a ideia de democracia. A defesa do afastamento do controle sobre a atividade finalística da administração pública é, por si só, inconstitucional. Dessarte, a questão está muito mais em saber como deve ser o controle e como controlar o próprio controlador. Nesse âmbito, as definições dependem do contexto e do caso prático. Como ensina a *Crítica Hermenêutica do Direito*, não há respostas antes das perguntas. Como não é possível ter uma espécie de modelo prévio sobre como ocorre na prática o controle, muitos buscam negar a sua possibilidade. A lição da CHD, nesse sentido, joga luz sobre a questão, porque permite revelar a natureza autêntica do controle.

Tendo como esteio os fundamentos acima expostos, examinei alguns casos que evidenciam problemáticas respeitantes à legitimidade e aos limites das decisões em sede do controle exercido sobre atividades finalísticas da administração pública. Como exemplo, examinei decisões tomadas no controle de normativo expedido pela Antaq sobre a política de navegação de cabotagem; também analisei processo referente ao leilão da tecnologia 5G; estudei o programa de bandeiras tarifárias, e pesquisei em decisões tomadas em processo de auditoria operacional sobre

políticas públicas governamentais. Minha intenção foi examinar o fenômeno das possibilidades e limites da atuação do controle, buscando demonstrar o ambiente de tensão sobre tais matérias entre o controlador e a administração. A escolha dos casos e conseqüente análise qualitativa sobre eles foi no sentido de buscar evidenciar diferentes formas de atuação do TCU em temas dessa natureza, ensejando a conseqüente reflexão a partir das considerações teóricas desenvolvidas na tese.

No caso sobre navegação de cabotagem, verificou-se que o tribunal não desconheceu a competência das agências para a regulamentação dos temas afetos ao setor. Este ponto foi expressamente destacado no Acórdão. Aliás, sobre este item, como exaustivamente exposto nesta tese, o Estado Administrativo hoje impõe uma nova forma de lidar com fenômenos específicos e técnicos, muitas vezes ocorrendo legítima deferência em direção a instituições como agências reguladoras para o regramento, administração e, muitas vezes, o próprio julgamento de questões atinentes ao setor de competência. Não obstante, foi possível perceber que, nas razões expostas do julgado, foram consideradas questões atinentes à necessidade de se atentar para o Direito e para a força das evidências sobre as quais a agência se baseou para adotar as diretrizes plasmadas na sua Resolução. No caso, embora não citado no Acórdão, fato é que o TCU realizou uma verdadeira análise de prognose, assim como de cunho normativo-constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se alegar discricionariedade à ação do controle. Interessante, neste ponto, que os argumentos utilizados pelo TCU foram no sentido de construir, para o caso concreto, a sua legitimidade para examinar o ato expedido pela agência.

Com efeito, no caso concreto, sem afastar (em tese) o poder normativo conferido às agências reguladoras, a decisão fundamentou-se no fato de que o próprio texto constitucional reserva o disciplinamento da matéria à lei, o que afastaria a ingerência da agência nessa seara. Por outro lado, a decisão focou na ausência de evidências que sustentavam a decisão da agência, ou seja, destacou-se o fato de que a intenção com a restrição buscada pela agência no caso concreto poderia ir de encontro com a própria finalidade de proteção almejada pela política pública setorial. Com isso, foi possível constatar a fiscalização de prognose e legalidade, o que, não obstante pensamento contrário, entendo perfeitamente possível ao controle externo, desde que acompanhado da devida justificação. Aliás, este parece ser o paradigma atual que deve mobilizar o controle, tendo em vista a

ordem normativa instituída com a Constituição de 88 e a leitura possível sobre a atividade de controle externo pelos tribunais de contas dentro de uma noção do *administrative state*.

Sobre o caso da desestatização da tecnologia 5G, por outro lado, foi possível vislumbrar uma decisão que contempla uma abertura para o diálogo com a administração, assim como pode-se perceber uma correção da própria Corte sobre uma intervenção que, se fosse adotada, seria um típico exemplo de ativismo. Neste processo, verificou-se que o tribunal adotou uma postura de humildade em relação ao conhecimento técnico da agência, diante da complexidade do tema, servindo como um fiscal sobre a necessidade de fundamentação das decisões específicas para cada ato<sup>277</sup>.

Assim, a decisão tomada pelo TCU indica caminhos de como se pode compatibilizar a atuação da Corte em questões ligadas ao controle de atividades-fim da administração pública, além de representar também a dimensão de dificuldades que temas dessa natureza possibilitam, desafiando a ideia tradicional de decisão. Isso quer indicar que se deve assumir esse novo paradigma, no sentido de, em última instância, garantir resultados que estejam adequados à Constituição.

Ademais, o caso exemplifica uma forma de coordenação que pode se estabelecer entre a administração pública e o controle exercido pela Corte de contas. Vimos que determinadas matérias, ligadas ao controle estritamente da legalidade, suportam um viés de cogência emanada das decisões dos tribunais de contas. Contudo, tal fato não afasta a necessidade de se pensar em outras formas de resposta por parte da instituição. O que demonstra o processo de desestatização

---

<sup>277</sup> Conforme constou no Acórdão TCU 2032/2021: “Processo que analisou múltiplas questões técnicas controvertidas de alta complexidade e, em alguns casos, relativas a prognósticos. - Havendo divergências sobre questão técnica incerta relativa a prognose ou ainda havendo controvérsias sobre assunto que admite soluções distintas para situações distintas, o TCU deve ser deferente com o órgão regulador e prestigiar a sua posição técnica, desde que devidamente fundamentada. - Em se tratando de conceito jurídico de conteúdo indeterminado, sobre o qual há uma zona de incerteza relativamente a hipóteses que não se enquadram facilmente nem na zona de certeza positiva nem na zona de certeza negativa, o TCU deve adotar a autocontenção e prestigiar as escolhas do formulador da política pública, desde que feitas dentro do espaço hermenêutico que o texto da norma permite e acompanhadas das necessárias fundamentações. - Ausência de constatação de irregularidades graves que impeçam a realização da licitação do 5G. Identificação de irregularidades sanáveis, riscos e fragilidades que requerem providências, algumas imediatas e outras mediatas. - Expedição de determinações corretivas, recomendações e ciências à Anatel e ao Ministério das Comunicações. - Previsão, no acórdão do TCU, de instauração de ações de controle específicas para cada um dos assuntos indicados na referida deliberação que requerem acompanhamento por parte desta Corte acerca das providências a serem adotadas em relação às irregularidades sanáveis, riscos e fragilidades apontados por este Tribunal neste processo” (BRASIL, 2021a).

da tecnologia 5G é que em processos marcados pelas especificidades e complexidades requer-se uma forma adequada para enfrentar os respectivos desafios. No caso examinado, foi aventada a atuação do tribunal de contas para determinar à agência reguladora adotar investimentos na área de educação, propriamente uma política pública para conectividade das escolas públicas no bojo do processo da tecnologia 5G. No caso, ao final, após a deliberação do Colegiado, esse ponto foi convertido em recomendação, deixando de ser uma determinação do Tribunal, por entender que, no caso de política pública, seria mais adequada uma autocontenção da Corte. Neste ponto, seria flagrante a inconstitucionalidade de uma ação do TCU no sentido de determinar a inclusão de uma política pública para ser implementada no processo de desestatização.

Deve-se advertir que a utilização do diálogo institucional nem sempre pode ser uma saída adequada para a resolução de questões. Ao contrário disso, o seu uso, não raro, pode ser pernicioso. Contudo, esse diagnóstico não significa que se deva afastar a ideia de diálogo; ao contrário, o diálogo merece ser incentivado. O exemplo da desestatização da tecnologia G5 serve para pensarmos a partir desse aspecto, porquanto a própria legitimidade da Corte de contas deve ser amparada num posicionamento que leve em conta as dificuldades do administrador ou regulador, mas que também dê subsídios para construir soluções dentro do Direito. Com efeito, a aceitação da relação dialogada pode ocorrer numa forma constitucionalmente orientada. De certa forma, a própria legitimidade das Cortes de contas está atrelada à sua forma de entender o seu papel no desenho institucional. Ela deve atuar para fazer concretizar os princípios constitucionais, mas deve saber respeitar os limites que apontam para a margem de decisão que cabe ao administrador.

As recomendações proferidas pelo controle externo devem estar acompanhadas de demonstrações técnicas, sendo devidamente motivadas. Embora não guardem a força de determinações (na forma estipulada pelo próprio TCU), as recomendações, quando devidamente justificadas, transferem ao órgão controlado o ônus de justificar qualquer decisão quando busque não as implementar. Nesse sentido, esse modelo de decidir acaba por produzir constrangimentos ao órgão auditado, que deverá produzir resposta adequada para não seguir a decisão recomendada. É nesse sentido que a ideia de diálogo também pode ser útil para a construção de decisões na esfera do controle.

Isso significa que não se pode limitar as recomendações como apenas opiniões, sem qualquer força capaz de constranger o órgão controlado. Assim, como destacado, seria renegar uma *accountability* que se faz necessária num Estado republicano. Os tribunais de contas, nesse contexto, mostram-se como fiscais de prognoses e possuem legitimidade para apontar os erros na condução da ação estatal. As políticas públicas e o processo regulatório são estabelecidos em ciclos, sendo que essa atividade estatal deve sofrer permanente controle.

Na condução da pesquisa ainda destaquei formas de diálogo, como exemplo a figura dos *Painéis de Referência*, por intermédio dos quais a instituição busca ouvir autoridades ainda no decorrer dos trabalhos de Auditoria. Com isso, além da qualificação do próprio quadro técnico do tribunal, essa abertura para a discussão ainda na fase inicial dos trabalhos é uma forma de direcionar a fiscalização com base em informações de outros agentes da sociedade. Com isso, permite-se identificar se o planejamento e os mecanismos de fiscalização são suficientes e adequados para o escopo pretendido, além de submeter à análise prévia eventuais achados de auditoria. Adicione-se a isso o processo de diálogo que o órgão de controle pode criar com o próprio órgão auditado em temas próprios de fiscalização da atividade finalística da administração, seja em termos de regulação, políticas públicas, etc. Nessa medida, os *Painéis de Referência* são instrumentos potencializadores de uma atuação mais plural e democrática, devendo ser ainda mais incentivados e utilizados pelos tribunais de contas. Isso porque as decisões posteriores eventualmente tomadas e direcionadas aos gestores públicos tendem a possuir uma base de fundamentação muito mais consistente.

Esses casos são exemplos de decisões acertadas, de acordo com o que restou construído nesta tese, mas também é importante é necessário referir exemplos em que o TCU ultrapassou os limites de atuação.

O caso do controle do programa de bandeiras tarifárias sobre o consumo de energia elétrica exemplifica uma decisão em que a investida do controle na atividade-fim administrativa ocorreu de maneira equivocada, evidenciando um comando em face da atividade regulatória que extrapolou a própria competência da Corte, ocasião em que a deferência por parte do controle externo seria mais adequada, tendo em vista as circunstâncias do caso.

Observou-se que, *in casu*, não caberia ao controle adentrar, de forma impositiva, em considerações que deveriam ficar a cargo da instituição competente



pela política pública. Tal fato, na verdade, contraria o próprio entendimento do Tribunal sobre o seu papel nessa seara, consubstanciando, assim, um exemplo de invasão da esfera do jurisdicionado. No exemplo das bandeiras tarifárias, em realidade, não se percebeu atuação inconforme ao Direito por parte da Administração, razão pela qual a conclusão do Tribunal deveria se dar de forma cooperativa, pois do contrário o controlador estaria indo além do seu limite de competência. Em verdade, foi possível constatar uma atitude do julgador não circunscrita ao papel do controlador nos termos propostos neste trabalho. Nesse sentido, a manifestação contida no referido Voto acaba por revelar uma intervenção de cunho mais ativista, adentrando no espaço do regulador, caracterizando, assim, um exemplo de intervenção errônea da Corte. Observa-se que o controlador não pode ser o advogado dos usuários ou consumidores, ou julgar para não afrontar sua própria consciência - como restou exposto no Voto. Como já evidenciado, a atuação do controle externo não deve se estabelecer por questão de política. Significa que, uma vez que não forem identificados os requisitos que tornam oportuna a interferência do controle, cabível é a deferência.

Em outro caso analisado, dizente à fiscalização de contrato de concessão rodoviária, observou-se uma ingerência inapropriada por parte do TCU, em que o controle de prognose não se mostrou satisfatório, além do fato de se impor determinação à agência, baseando-se no uso equivocado dos princípios. Com efeito, além do insatisfatório controle de prognose, a decisão fundamentou-se, sem maior densidade, no “princípio do interesse público”, denotando um grande problema em termos de utilização de princípios como forma de justificar decisões. Nesse sentido, para um melhor controle, necessário que a Corte não adote decisão alegando, abstratamente, “princípios”, numa acepção desprovida dos contornos que os princípios merecem ter.

Diante do exposto, os casos acima examinados permitem concluir que a ação do controle pode ocorrer de forma apropriada ou errônea, o que significa dizer que não se pode afirmar que no controle da atividade-fim administrativa o TCU é ativista ou não ativista, por exemplo. Há casos de decisões adequadas e inadequadas, na verdade. Em razão disso, esse diagnóstico permite traçar contornos de um modelo sobre como é possível construir decisões constitucionalmente adequadas e democráticas, dentro da base teórica adotada.

Com efeito, é possível concluir que a Corte de contas pode exarar determinações quando houver não observância da legalidade (legalidade constitucional), mas também a partir de um controle fundamentado de prognose. Nesse sentido, não concordo com a doutrina que entende que só será possível uma atuação mais enfática do órgão de controle externo quando houver ilegalidade frontal (literal), sendo necessário ressaltar, contudo, que não se pode usar os princípios como meros ornamentos. Por outro lado, as recomendações emanadas do controle externo, em muitos casos, devem merecer uma justificativa por parte da administração sobre a sua implementação ou não.

Numa concepção democrática de Estado republicano o controle caminha junto com a ação administrativa. Claro que a preocupação deve estar focada na forma com que o controle deve ser exercido, porque o mau desempenho do controle também significará em ato inconstitucional e não democrático. No entanto, não parece haver razão para o afastamento do controle. Devidamente colocada a questão nos termos que subsidiaram a criação do tribunal de contas no caso brasileiro, a preocupação sempre foi a de se impor controle aos gastos públicos e ao desempenho da administração. A sua atuação no controle finalístico da administração pública não deve ocorrer a partir de critérios políticos, nem baseados em princípios de forma vaga, devendo, para cada ato, fundamentar suas decisões na racionalidade do Direito. O diálogo que pode ser estabelecido com as entidades controladas não pode ser concebido como uma mero pretexto para decisionismo, mas sim uma forma democrática de construir decisões.

É necessário assumir, nas circunstâncias que assim se fizerem presentes, humildade frente às demais instituições, no sentido de reconhecer deferência a espaços próprios de competência. No que diz respeito a uma atuação mais assertiva, por meio de determinações, defendo que as hipóteses que legitimam os tribunais de contas não se circunscrevem apenas quando há uma afronta direta à legalidade estrita, mas pode ir além. Nesse sentido, é preciso reconhecer sua atuação com base na legalidade constitucional, além da possibilidade de intervenção, quando fundamentada, a partir do controle de prognose.

Ainda, também foi possível identificar que o TCU erra muitas vezes ao decidir, mas também se identificou decisões acertadas e apropriadas para a complexidade das matérias em que atua. Fato interessante é que na própria jurisprudência do TCU é possível identificar um discurso de autocontenção, o que é bastante positivo.

Necessário, portanto, que a prática alcance um nível mais próximo desse discurso em que o controlador vislumbra um espaço de atuação do jurisdicionado, atuando sob a forma de comando quando ficar demonstrada afronta à legalidade constitucional, além da possibilidade de controle de prognose. Por outro lado, o controle externo tem muito a contribuir com sua participação informacional e colaborativa com as entidades controladas. Nesse sentido, importante que as recomendações provenientes das Cortes de contas tenham algum grau de constrangimento, transferido um ônus de justificativa sobre as decisões adotadas pelos jurisdicionados.

É importante retomar o argumento de que essa tese partiu da inexistência de um entendimento pacífico, na doutrina, sobre o que é o tribunal de contas e, de forma mais específica, de um questionamento sobre se é possível o controle finalístico da administração pública e de que forma isso pode ocorrer. Entre duas vertentes de entendimento bem opostas, em que se defende uma possibilidade ampla de controle e, de outro lado, um posicionamento bastante restritivo a esse respeito, procurou-se, com base teórica e análise de como o TCU decide questões que tratam de avaliação das ações administrativas - seja implementando política pública ou por meio de regulação -, apontar algumas considerações sobre esse fenômeno. Nessa medida, pode-se afirmar que não é mais possível, após o advento da Constituição de 88 e sob a égide de características próprias do Estado Administrativo, querer circunscrever o controle externo à mera fiscalização de legalidade.

Em que pese as críticas a respeito, foi possível verificar que o TCU internalizou o peso e a magnitude de certos controles que realiza, devidamente fundamentados nas matérias fiscalizadas, e adotou, e continua adotando, critérios e instrumentos institucionais para lidar com tais questões.

Fui possível identificar que, em muitos casos, os resultados das fiscalizações - como nos levantamentos realizados pelas auditorias operacionais -, orientam e informam o administrador – *recomendam*, na expressão da Corte. E tais estudos, densos e amplos, acabam subsidiando a ação da instituição para controles e monitoramentos sobre as ações do administrador.

Se a administração burocrática está cada vez mais imbuída de questões técnicas para operacionalizar suas decisões, tem-se que, como natural consequência, as evidências devem ser transparentes e passíveis de análise pela

instituição que tem a competência constitucional de realizar a *accountability* sobre a administração. A defesa de uma atuação tímida e sem poder de determinações à administração, quando verificados problemas de prognose ou de legalidade, não parece compreender a real natureza do controle.

Fiz uma opção neste trabalho que não foi em vão. Explico. Busquei nos fundamentos do *adminsitrative state* a lógica do caráter técnico que conduz à independência do ramo burocrático da administração pública. Embora não se possa caracterizar os tribunais de contas como agências reguladoras – nem essa foi a intenção – o paradigma do *adminsitrative state* foi utilizado para apresentar esse novo fenômeno nos Estados atuais e salientar que, nessa perspectiva, os tribunais de contas também devem ser compreendidos como instituições que se manifestam não pela mão da política, mas sim pelo desempenho de expertise e tecnicidade. Além disso, por intermédio da técnica que os caracterizam, possuem uma dimensão ainda mais fundamental, que é a sua previsão constitucional, sendo verdadeiras instituições de proteção da democracia e do republicanismo. Por outro lado, sendo as agências reguladoras, hoje, a projeção das características do *administrative state*, sobressai das suas peculiaridades sua importância atual como instituições independentes, muitas com poderes de produzir normas para regularem setores importantes da administração, não sendo, como sustentado ao longo do trabalho, apenas implementadoras de políticas públicas setoriais, mas efetivos partícipes na formulação de tais políticas. E por isso a opção do trabalho não foi em vão: escolher, dentre as manifestações administrativas possíveis de análise, aquelas desenvolvidas pelas agências reguladoras, foi justamente no sentido de agudizar o argumento a respeito do controle dos tribunais de contas sobre a atividade finalística da administração, talvez no seu nível mais técnico e independente. Isso porque tais instituições controladas, além da sua independência, gozam do prestígio da tecnicidade, o que reforça ainda mais a sua autonomia e força frente ao controle de outras instituições.

A conclusão que foi evidenciada é que, naturalmente, hoje as agências reguladoras detêm um espectro das questões sociais e econômicas, dentro do Estado brasileiro, que é impressionante. É só pensarmos nas áreas de sua atuação: energia, infraestrutura, saúde, vigilância sanitária etc.

Ainda resta muito a ser institucionalizado de forma criteriosa na atuação dos tribunais de contas em matérias sensíveis como o controle de políticas públicas. A

divisão que o TCU faz entre determinações e recomendações é um instrumento bastante útil sobre sua atuação, mas ainda é necessário estabelecer melhores parâmetros sobre a sua utilização. A falta de clareza quanto a tais expedientes pode ser uma porta para excessos na atividade de controle, razão pela qual deve ser objeto de maior transparência a sua utilização. A título de contribuição, a sugestão é que as determinações devam ser acompanhadas de fundamentação específica por parte da Corte, no sentido de explicitar a razão pela qual, em determinado ponto específico, está havendo uma determinação, e não uma recomendação, garantindo-se a possibilidade de o ente auditado poder ter conhecimento das razões da determinação e, nesse sentido, se for o caso, poder questionar as razões que levaram o controle a expedir tal comando. Seria permitido, assim, um melhor controle sobre o controlador. Além disso, é preciso haver coerência sobre os critérios que levam à necessidade de determinação ou recomendação.

Nesse sentido, no controle da atividade-fim da administração pública não apenas a decisão em si deve ser fundamentada, mas a própria possibilidade de intervenção pela Corte deve ser justificada, caso a caso. Ou seja, além da motivação da decisão de mérito, é preciso legitimar a atuação quando se tratar de intervenções em matérias dessa natureza, possibilitando, novamente, o controle da atuação do controlador. Como já ressaltado no desenvolvimento deste trabalho, não é possível estabelecer um quadro prévio acerca de quais fatos admitem a intervenção do controle; assim, é a partir da fundamentação que a atuação deve ser exercida, permitindo que o exercício do controle também possa ser controlado.

Em outras palavras, o controle deve partir da noção de *self-restraint* e deferência, quando se tratar de atividade-fim da administração. Ademais, a intervenção, quando existir, deve ser motivada e atentar, principalmente, para controle de prognoses e de legalidade constitucional. Nesse contexto, uma questão deve ser sublinhada: os tribunais de contas, assim entendo, no que diz respeito ao controle da administração pública, possuem uma posição diferente do Poder Judiciário, em razão de sua organização e atribuições próprias, como foi desenvolvido ao longo de todo o trabalho. Dessa maneira, conforme defendo, eles possuem uma legitimidade para atuarem com maior destaque sobre a gestão pública, inclusive podendo, *ex officio*, iniciarem fiscalizações/inspeções. Creio que uma deferência advinda do Poder Judiciário em relação à administração pública tende a ter um grau maior que aquela exercida pelos tribunais de contas, porque

estes estão projetados a atuar mais proximamente das decisões administrativas (nas franjas do Estado Administrativo), garantido ao Poder Judiciário, sempre, apreciar violação de direitos. Em outros termos, intuo que o grau de deferência em relação à administração pública é diferente entre Poder Judiciário e tribunais de contas. Desse modo, em verdade, assumo que se ganha muito quando temos uma autocontenção por parte do Poder Judiciário e, por outro lado, utilizam-se os tribunais de contas como instituições para o exercício da fiscalização técnica da administração pública e de todo o aparato burocrático estatal. Evidentemente, tal fato não significa um controle desmedido, tampouco o afastamento do Poder Judiciário em questões em que este necessita realmente intervir. No entanto, esse modelo parece ser promissor como forma de retirar um peso de processos do Poder Judiciário, deixando à instituição desenhada para o controle da administração pública atuar de forma mais ampla nessa matéria, o que não deve significar uma atuação expansiva e sem limites.

Diante de tais considerações, entendo que no campo da atividade finalística da administração pública o exercício do controle deve se estabelecer de uma forma muito mais colaborativa, informacional, consensual e dialogada. Mas uma coisa deve restar clara, entretentes: embora não seja um campo propício para a função sancionatória do controle externo, as Cortes de contas, dotadas de informações e exames/estudos técnicos, devem atuar no sentido de constrangimento em face das ações implementadas pela administração pública. Nessa medida, os pronunciamentos proferidos pelo controle externo em termos de recomendação, com posterior monitoramento e avaliação - em que pese não signifiquem comandos impositivos -, podem e devem ser dotados como constrangimentos às decisões do administrador, a quem caberá justificar suas decisões, a fim de torná-las legítimas do sob o aspecto democrático.

A decisão finalística e política, sem dúvida, não pertence ao controlador, mas sim ao administrador, ao governante; todavia, isso não pode significar ausência de controle, e as decisões do administrador devem estar em estreita consonância com o Direito e com a racionalidade do sistema (lembrar, aqui, da moralidade interna do Direito fulleriana). À autocontenção do controlador deve seguir um verdadeiro poder de requerer explicação do administrador (do formulador e executor da política pública), porquanto este não pode estar livre para arbitrariedades em suas decisões.

Com isso, considero que as recomendações proferidas pelos tribunais de contas aos administradores, respeitando sua autonomia de decisão, não merecem ficar no plano tão somente das meras informações ou sugestões. Até mesmo porque o tribunal monitora processos em que foram indicadas tais recomendações, sendo que a deferência ao administrador não impede o papel de certa forma privilegiado de exercer constrangimentos, exigindo justificativa e fundamentação, no sentido de contribuir para a construção de decisões adequadamente constitucionais.

Dessarte, o controle externo exercido pelos tribunais de contas no âmbito de políticas públicas deve ser compreendido como um elemento capaz de subsidiar a administração pública para correções, diante da verificação de deficiências nas decisões administrativas, sem que, com isso, signifique substituir o administrador na sua atividade. Ao contrário de negar competência nesse sentido, como é feito por parte da doutrina, acredito que seria melhor compreender o fenômeno e buscar formas de controlar o controlador no seu mister constitucional. Esse é um processo de aprendizado que deve ser realizado ao longo do processo entre as instituições. Indubitavelmente, o judiciário, nesse sentido, tem um grande papel como organizador desse ambiente, prezando, quando devido, por garantir direitos fundamentais e extirpando arbitrariedades, ao mesmo tempo que propicia o controle sobre a gestão pública.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges.; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 39, n. 14, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 113, n. 3, 2000.
- ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**, [S. l.], v. 83, 1997.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Sobre bandeiras tarifárias**: bandeiras tarifárias é o Sistema que sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica. Brasília, DF, 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias>. Acesso em: 17 fev. 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). **Nota técnica para proposição de ato normativo nº 6/2019/GRM/SRG**. Brasília, DF: ANTAQ, 2019. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/sistemas/WebServiceSisapDocumentos/Documentos/Audiencia604/Nota%20T%C3%A9cnica%20para%20Proposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Ato%20Normativo%20n%C2%BA%206-2019-GRM-SRG%20SEI%20n%C2%BA%200714070.pdf>. Acesso em: 11 set. 2022.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes: algumas desmistificações à luz do direito comparado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários aos artigos 174, 175, 178, 180 e 181 da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.054-1.055.
- ARAUJO, Cicero Romão Resende de. **A forma da República**: da constituição mista ao Estado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, 2011.
- BALERA, José Eduardo Ribeiro. Discricionariedade administrativa e responsabilidade decisória: uma leitura contemporânea. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 28, n. 52, p. 125–142, 2019.



BALLBÉ, Manuel. El futuro del derecho administrativo em la globalización: entre la americanización y la europeización. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 281, n. 1, p. 15-90, jan./abr. 2022.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109-128, 2018.

BARBOSA, Rui. A exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, DF, n. 32, p. 253-262, 1999.

BARROS, Clinger Singer. Agências reguladoras e políticas públicas: marco constitucional à luz da teoria social da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, [S. l.], p. 56-77, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOK, Hilary. Baron de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat. *In*: THE STANFORD Encyclopedia of Philosophy. [S. l.], Winter, 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/montesquieu/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; ALMEIDA, Maíra; LUCAS, Daniel de Souza. Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 10, n. 3, p. 326–337, set./dez. 2018.

BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. A legitimidade na teoria institucional: os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatário. **Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], n. 22, p. 148–169, jan./mar. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Luis Henrique Madalena. **A discricionariedade (administrativa) à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2014. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Os estudos das políticas públicas no Brasil: passado, presente e caminhos futuros da pesquisa sobre análise de políticas. **Revista Política Hoje**, [S. l.], v. 25, n. 1, p. 71-90, 2016.

BRASIL. ([Constituição, 1824]). **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/o-que-e-air/diretrizesgeraisguiaorientativo\\_AIR.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/o-que-e-air/diretrizesgeraisguiaorientativo_AIR.pdf). Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de janeiro de 2020**. “Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.” Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm). Acesso em: 01 abr. 2022.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9432.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9432.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 356/2020, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, edição 49, seção 1, 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Medida cautelar em mandado de segurança n. 38.365**. Impetrante: União. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de dezembro de 2021c. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/01/FUX-remedios.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade 4.874 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, Julgamento: 01 fev. 2018a. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.715/TO**. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Intimado: Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282445/false>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso extraordinário n. 592.581-RS**. Recorrente.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1447/2018 - Plenário**. Interessado: Presidente da Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Exmo St. Deputado Marcus Vicente. Entidade: Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 26 de junho de 2018b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/55a-legislatura/fiscalizacao-da-concessionaria-eco-101-br-101-es/documentos/outros-documentos/aviso-360-tcu-acordao-no-1447-18-27-06.18>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1693/2020 - Plenário**. Interessados/Responsáveis: não há. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq. Relator: Bruno Dantas. Brasília, DF, 01 jul. 2020e. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1693%252F2020/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=031008d0-c148-11ea-9f1f-e7f038aeb63f>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1704/2018 - Plenário**. Relatora Ministra Ana Arraes, Brasília, 25 de julho de 2018c. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2300612/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2300612/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 213/2020 – Plenário**. Interessados: Casa Civil da Presidência da República, Congresso Nacional e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e Ministério de Minas e Energia (MME). Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, DF, 5 de maio de 2020i. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3659120181.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=22e3da60-4d03-11ea-b5a3-1f004c0a8282>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 2608/2018 - Plenário**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 14 de novembro de 2018d. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:)

ACORDAO-COMPLETO-2337030/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 1703/2004 - Plenário**. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 326/2022 – Plenário**. Relator Augusto Nardes. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2022a. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2515133/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2515133/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 582/2018 – Plenário**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, 21 de março de 2018e. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2295791/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2295791/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n.1005/2020 – Plenário**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 22 de abril de 2020c. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2396893/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY: ACORDAO-COMPLETO-2396893/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Atuação do TCU em desestatizações e regulação de serviços públicos é tema de debate**. Brasília, DF: Secom TCU, 24 out. 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/atuacao-do-tcu-em-desestatizacoes-e-regulacao-de-servicos-publicos-e-tema-de-debate.htm>. Acesso em: 22/01/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Instrução normativa 86/2020**. Altera a Instrução Normativa-TCU 81, de 20 de junho de 2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Brasília, DF, 22 abr. 2020j. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2520n.%252086/%2520/score%2520desc/0/%2520>

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Manual de auditoria**. 4. ed. Brasília, DF: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020d. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Painel de referência em auditorias**. Brasília, DF: TCU; Secretaria de Métodos Aplicados (Segecex); Suporte à Auditoria (Seaud), 2013b. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/painel-de-referencia-em-auditoria.htm>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Panorama recente da atuação do BACEN na condução da política monetária**. Brasília, DF: TCU, 14 dez. 2021d. 1

vídeo (117 min). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=lfB7W\\_JXoPw](https://www.youtube.com/watch?v=lfB7W_JXoPw). Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Portaria-SEGCEX nº 15, de 30 de julho de 2013**. Aprova o documento Painel de Referência em Auditorias. Brasília, DF: TCU, 2013a. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258F9F3BD0158FA1E78195505>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Portaria-TCU nº 188, de 30 de novembro de 2020**. Aprova o Referencial de Controle de Políticas Públicas (RC-PP). Brasília, DF: TCU, 2020f. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/13/51/0F/37/E302671023455957E18818A8/BTCU\\_35\\_de\\_01\\_12\\_2020\\_Especial%20-%20Referencial%20de%20Controle%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20\(RC-PP\).pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/13/51/0F/37/E302671023455957E18818A8/BTCU_35_de_01_12_2020_Especial%20-%20Referencial%20de%20Controle%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20(RC-PP).pdf). Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Prestação de contas. **Acórdão 116/2003 - Plenário**. Interessado: Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur. Entidade: Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur. Relator Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2003a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/prognose/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/16/%2520>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo de desestatização - **Acórdão TCU 2032/2021 - Plenário**. Responsáveis: Leonardo Euler de Moraes (Presidente da Anatel); Emmanoel Campelo de Souza Pereira (Conselheiro); Moisés Queiroz Moreira (Conselheiro); Carlos Manoel Baigorri (Conselheiro); Vicente Bandeira de Aquino Neto (Conselheiro). Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações; Ministério das Comunicações. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 25 de agosto de 2021a. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2497008/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2497008/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo de Representação. **Acórdão n. 2438/2021-TCU-Plenário**. Representante: Virchow Biotech (18.173.548/0001-07). Entidade: Ministério da Saúde. Relator: Min. Bruno Dantas, Brasília, 06 de outubro de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3482320212.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo de Representação. **Acórdão n. 380/2018 – Plenário**. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018f. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2298971/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2298971/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo de Representação. **Acórdão n. 335/2022 – Plenário**. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2022b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov>.

br/#/documento/acordao-completo/\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2526233/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Regimento interno**. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Brasília, DF: TCU, 2022c. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Relatório de Auditoria Operacional. **Acórdão 1383/2019 - Plenário**. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 12 de junho de 2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2350552/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2350552/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Resolução 315/2020**. Brasília, DF: TCU, 2020h. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/at-normativo/resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520315%252F2020/%2520/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 014.192/2021-7. Natureza: Representação**. Brasília, DF: TCU, 2021e. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2526233/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2526233/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 039.811/2020-4. Natureza: Relatório de Auditoria**. Brasília, DF: TCU, 2020g. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/F9/D3/41/B1/8D40F71054CD4BD7E18818A8/Estrategia%20digital%20AN%200039.811-2020-4-AN%20-%20auditoria\\_estrategia\\_digital\\_educacao\\_basica.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/F9/D3/41/B1/8D40F71054CD4BD7E18818A8/Estrategia%20digital%20AN%200039.811-2020-4-AN%20-%20auditoria_estrategia_digital_educacao_basica.pdf). Acesso em: 16 fev. 2022.

BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8-21, 2014.

BRUNET, Emiliano Rodrigues. O papel das complementaridades e hierarquias no processo de mudança institucional: o controle externo e a assimilação das reformas dos anos 1990. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 508-529, maio/ago. 2019.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (colab.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 133, p. 89-98, jan./mar.1997.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

CABRAL, Rodolfo de Carvalho. A estrutura da regulação de educação superior no Brasil: o debate sobre a criação de uma agência. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 17-38, maio 2019.

CAENEGEM, R. C. VAN. **An historical introduction to western constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos tribunais de contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, jan./jun. 2020.

CAMPOS, Paloma Biglino. El tribunal de cuentas como garantía del estado social, del estado democrático y del estado de derecho. **Teoría Y Realidad Constitucional**, [S. l.], n. 44, p. 78-100, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRASCO, Sebastián; OLIVARES, Alejandro. Os verdadeiros desafios da nova Constituição do Chile. **Folha de São Paulo**, São Paulo, jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/latinoamerica21/2022/01/os-verdadeiros-desafios-da-nova-constituicao-do-chile.shtml?origin=folha>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider Rodrigues. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 71, p. 225–248, jan./mar. 2018.

CASAMIGLIA, A. El derecho como integridad: Dworkin. **Working Paper Barcelona**, n. 25, 1990.

CASTRO, Marcus Faro de. Direito e política. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CHEVRON U.S.A. v. natural resources defense council *In*: BALLOTPEDIA, [S. l.], 20 nov. 2021. Disponível em: [https://ballotpedia.org/Chevron\\_v.\\_Natural\\_Resources\\_Defense\\_Council](https://ballotpedia.org/Chevron_v._Natural_Resources_Defense_Council). Acesso em: 20 nov. 2021.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Recomendação conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critério. Brasília, DF: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). **Catálogo de teses e dissertações**. Brasília, DF: CAPES, 2022. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 11 set. 2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Políticas públicas e populismo: breves apontamentos à brasileira, a partir do presidencialismo de coalizão. *In*: VICHINKESKI, Teixeira Anderson; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner (org.). **Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos**. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2020. p. 17-30.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Tribunais de Contas no Brasil. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-1/tribunais-de-contas-no-brasil>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CRESTANI, Maicon. A administração pública digital como indutora do controle social de políticas públicas: um necessário instrumento para a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: VICHINKESKI, Teixeira Anderson; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner (org.). **Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos direitos humanos**. Blumenau: Dom Modesto, 2020a.

CRESTANI, Maicon. Vinculação dos direitos fundamentais transnacionais a atores privados: apontamentos sobre o problema da sua caracterização e resolução de conflitos. *In*: ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO COSTA, Bernardo Leandro (org.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo e Luhmann**, Febrbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020b.

D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. **As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do Fust**. 2012. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, 2012.

DALLARI, Maria Paula (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.



DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 22, n. 127, jun./set. 2020.

DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DANTAS, Bruno; CALDAS, Evandro; MARTINS, Fernanda. A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP: um passo importante rumo à coerência regulatória. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 230, p. 11–27, abr./jun. 2021.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DIÁZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 1, jan./jun. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzida por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges, 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DYE, Kenneth M.; STAPENHURST, Rick. Pillars of integrity: the importance of Supreme Audit Institutions in curbing corruption. **The Economic Development Institute of the World Bank**, Washington, 1998. Disponível em: <https://web.worldbank.org/archive/website01006/WEB/IMAGES/WBI37133.PDF>. Acesso em: jul. 2020.

DYE, Thomas. **Understanding public policy**. 14th. ed. [S. l.]: Pearson Education, 2013.

ESPANÑA. **Constitución Española**. Madri: Palacio de las Cortes, 17 dez. 1978. Disponível em: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t2>. Acesso em: 20 mar. 2022.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FRANCE. **Constitution du 4 octobre 1958**. Paris, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 10 out. 2020.

FRANCE. **Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008**. Paris, 17 jui. 2008. Disponível em: <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur. Acesso em: 20 ago. 2022.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Vinícius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 242-265, 2021.

GOMES, Gilberto Mendes Calasans. Limites ao controle das agências reguladoras pelo tribunal de contas da União: casos selecionados em 2018. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 109-128, out. 2019.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, Executivo unitário e Estado Administrativo no Brasil. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 123-152, 2017.

HAEBERLIN, Martín; FRAGA JR, John de; MARTINI, Sandra Regina. Políticas públicas, entropia e a judicialização da saúde para a obtenção de medicamentos oncológicos: o exemplo do Estado do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 50–67, set./dez. 2019.

HALL, Johnathan. The gorsuch test: *Gundy V. United States*, limiting the administrative state, and the future of nondelegation. **Duke Law Journal**, [S. l.], v. 70, n. 1, p. 175–215, 2020.

HAMBURGER, Philip. **Is Administrative law unlawful?** Chicago, The University of Chicago Press, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HELLER, Gabriel. Diálogos institucionais e participação social: a legitimidade do tribunal de contas no controle de políticas públicas. **Direito das Políticas Públicas**, [S. l.], v. 1, n. 2, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX - 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Souza. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, [S. l.], v. 31, n.1, n. 55, p. 97–122, jan./jun. 2015.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Políticas públicas: o controle do tribunal de contas**. Florianópolis: Conceito, 2014.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**: edição em língua portuguesa. Roma: Senato della Repubblica, 2018. Disponível em: [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: 20 mar. 2022.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma, 27 de dezembro de 1947. Disponível em: [https://www.senato.it/1025?articolo\\_numero\\_articolo=100&sezione=132](https://www.senato.it/1025?articolo_numero_articolo=100&sezione=132). Acesso em: 20 mar. 2022.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? *In*: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ary (org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americanas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

LEONI, Fernanda. **O papel do Tribunal de Contas da União no ciclo de políticas públicas**: um estudo sobre o programa Universidade para todos (ProUni). São Paulo: Dialética, 2021.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.

LOPES, Ziel Ferreira. Como uma democracia lida com desacordos jurídicos? **Revista Estado da Arte**, São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/democracia-desacordos-juridicos-ziel-lobes/>. Acesso em: mar 2022.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules?** uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2020a.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, p. 131–168, jan./jun. 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra "indeferencia" à regulação. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao>. Acesso em: mar 2022.

MARTINS AFFONSO, F. O conceito indeterminado de prognose e a Lei 12.401/2011. **Revista da AGU**, Brasília, DF, n. 36, 2013.

MASHAW, Jerry L. The Supreme Court's due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*: three factors in search of a theory of value. **The University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 44, n. 1, 1976.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 3-16, set./dez. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Marcus André. **O controle externo na América Latina**. [S. l.]: Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2008. Disponível em: <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf>. Acesso em: mar 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. *In*: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao art. 5., LIV. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo Órgão Judicial. **Revista Jurídica Virtual Presidência da República**, Brasília DF, v. 1, n. 8, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual Presidência da República**, Brasília, DF, v. 1, n. 8, jan. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

MENEZES, Monique. La expansión del control externo en Brasil: el Tribunal de Cuentas de la Unión. **Desacatos**, [S. l.], p. 64–81, sep./dic. 2015.

MENEZES, Monique. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de **The spirit of laws**. Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>. Acesso em: dez 2021.

MORBACH, Gilberto. **A terceira via de Jeremy Waldron**. 2019, 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pós-Graduação em Direito Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019.

MORIN, Danielle. Welcome to the court. **International Review of Administrative Sciences**, [S. l.], v. 76, n. 1, p. 25-46, 2010.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**: filosofia, história, Direito e de como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. 2019, 479 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019.

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). **Who we are**. London: NAO, 2021. Disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra “indeferência” à regulação. **Consultor Jurídico**, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao>. Acesso em: dez 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 71, p. 167-193, jan./jun. 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 29-46, jun. 2015.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 247, p. 57-97, 2008.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e Controle. *In*: PINTO, Élide Graziane. et. al (Org.). **Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei n. 13.655/2018**, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 9. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2019.

PAIXÃO, Judite Cavaleiro. Fontes do Tribunal de Contas de Portugal para a história do Brasil Colônia. **Acervo - Revista do Arquivo Nacional**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 57-70, jan./jun.1997.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015, 199 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Dos princípios fundamentais. *In*: CANOTILHO, J.J. GOMES *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del Derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

PHILLIPS, Clay. Slaying “leviathan” (or not): the practical impact (or lack thereof) of a return to a “traditional” nondelegation doctrine. **Virginia Law Review**, [S. l.], v. 107, n. 4, p. 919-958, jun. 2021.

PIMENTA, Ricardo Medeiros. As rugosidades do ciberespaço: um contributo teórico aos estudos dos *web* espaços informacionais. **Informação & Sociedade: Estudos**, João Pessoa, v. 26, n. 2, p. 77-90, maio/ago. 2016.

PINTO, Élide Graziane Pinto. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. *In*: PINTO, Élide Graziane *et al.* (org.). **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da lei n. 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.

PORTO, Walter Costa. 1937. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 4).

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: VII revisão constitucional. [Lisboa, 2005] Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx#art211>. Acesso em: 17 jul. 2020.

PORTUGAL. Parlamento Português. **Entidades administrativas independentes**. Lisboa, 2022. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/entidades-administrativas-independentes.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2022.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. **Evolução histórica do Tribunal de Contas**. Lisboa, [2022?]. Disponível em: <https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/historia.shtm>. Acesso em: 20 mar. 2022.

PRZEWORSKI, A. **Crises da democracia**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RABELLO, Wagner Leandro. Conflito regulatório entre o TCU e a ANTAQ: análise do caso de afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras de navegação à luz da teoria processual administrativa. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, p. 203-218, out. 2021.

REIS, Thiago; DUTRA, Pedro. **O soberano da regulação**: O TCU e a infraestrutura. São Paulo: Singular, 2020.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os tribunais de contas e o controle de políticas públicas**. Maceió: Viva, 2014.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016, 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SANDERSON, Ian. Evaluation, policy learning and evidence-based policy making. **Public Administration**, [S. l.], v. 80, n. 1, p. 1-22, dec. 2002.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCAFF, Fernando Facury. Há menos exigências para ser ministro do STF que do TCU? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-21/exigencias-ministro-stf-cu#:~:text=Embora%20seja%20adequado%20que%20um,conhecimentos%20al%C3%A9m%20do%20saber%20jur%C3%ADdico>. Acesso em: fev 2022.

SCAFF, Fernando Facury.; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária: Art. 70, Art. 71, Art. 72. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: Federal Courts and the law. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

SILVA JUNIOR, Francisco Moreira da. A (sobre)regulação do Tribunal de Contas da União - TCU sobre atividades-fim das agências reguladoras: análise do julgamento das bandeiras tarifárias à luz do trilema regulatório. **Revista de Direito Regulatório e Setorial**, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 21-49, maio 2020.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: Hochman, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES Eduardo (org.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 162-183, jul./dez. 2014.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Costas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no direito civil brasileiro: o reaparecimento” do movimento do direito livre em *Terrae Brasillis*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, jul./set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020a.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b. p. 73-89. (Série IDP).



STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018c.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 41, p. 577-601, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito e o constrangimento epistemológico. *Revista Estado da Arte*, São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 10 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz.; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan./abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 253, n. 119, p. 253-289, jul./dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 4, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Art. 2.º. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

STRECK, Lenio. **Professor Lenio Streck concede entrevista à ABDET**. Entrevista concedida à Academia Brasileira de Direito do Estado. [S. l.]: ABDET, 30 ago. 2015. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/professor-lenio-streck-concede-entrevista-a-abdet/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, 1989.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, [S. l.], 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan**: redeeming the administrative state. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The morality of administrative law. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 131, n. 7, 2018.

SUSTEIN, Cass R., "Law and Administration after Chevron". *Columbia Law Review*, [S. l.], v. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. New York, Oxford University Press, 2000.

TASSINARI, Clarissa. Estado, políticas públicas e populismo. *In*: VICHINKESKI, Teixeira Anderson; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner (org.). **Políticas públicas no Brasil**: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos direitos humanos. Blumenau: Dom Modesto, 2020. p. 39-56.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>. Acesso em: jan. 2022.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TELLO, Diana Carolina Valencia. Los problemas no resueltos de la democracia y el fortalecimiento de la protesta y los movimientos sociales en el siglo XXI. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 93-125, mai./ago. 2020.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, João Guilherme Gualberto. A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro. *In*: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL, 2., 2017, Vitória. **Anais [...]**. Vitória, 2017.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, set./dez. 2017.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016.

TUSHNET, Mark. O novo quarto poder: uma conversa com Mark Tushnet sobre as instituições de proteção da democracia. Entrevista concedida a David Sobreira. **Jota**, São Paulo, 11 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/o-novo-quarto-poder-11032022>. Acesso em: 11 set. 2022.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **The new fourth branch**: institutions for protecting constitutional democracy. Cambridge University Press, 2021.

UNITED STATES. Court Court of Appeals. **Hugo Rosario Gutierrezbrizuela, Petitioner, v. Loretta E. Lynch, United States Attorney General, Respondent**. Washington, DC, Aug. 23, 2016. Disponível em: [https://www.ca10.uscourts.gov/opinion/search?combine=brizuela&field\\_opinion\\_parties\\_value=&field\\_opinion\\_judges\\_value=&field\\_opinion\\_date\\_value%5Bmin%5D%5Bdate%5D=&field\\_opinion\\_date\\_value%5Bmax%5D%5Bdate%5D=&combine\\_1=](https://www.ca10.uscourts.gov/opinion/search?combine=brizuela&field_opinion_parties_value=&field_opinion_judges_value=&field_opinion_date_value%5Bmin%5D%5Bdate%5D=&field_opinion_date_value%5Bmax%5D%5Bdate%5D=&combine_1=). Acesso em: 03 ago. 2021.

UNITED STATES. Supreme Court. **Chevron U.S. A. v. Natural Res. Def. Council (1984)**. Washington, DC, June 25, 1984. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/837.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

UNITED STATES. Supreme Court. **Gundy v. United States**. Washington, DC, June 20, 2019. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-6086\\_2b8e.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-6086_2b8e.pdf). Acesso em: 02 ago. 2021.

UNITED STATES. Supreme Court. Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976). Washington, DC, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2022. Disponível em: <https://www.unisinos.br/pos/doutorado-academico/direito/presencial/sao-leopoldo>. Acesso em: 11 set. 2022.

VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Henrique. **Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo**. Tese (Doutorado Direito) -- Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Público del Estado. 2010.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 248–251

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**: from Law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 122, n. 4, p. 1095–1149, 2009.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, n. 02, p. 1095-1150, 2009.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of power**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal na Suprema Corte dos Estados Unidos: elementos para a construção de uma garantia instrumental. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 78-105, jan./abr. 2019.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang. De Wednesbury unreasonableness a accountability for reasonableness: controle judicial e a alocação de recursos em saúde na Inglaterra. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 20, n. 121, p. 268-309, jun./set. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos Sociais e a falácia do nirvana. Tradução: Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out.2019/jan.2020.

WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system**. 5. ed. Westview, 2011.

WEBER, MAX. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática**: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016.