

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Luís Henrique Vieira Rodrigues

**CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:
uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura
pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência**

Belo Horizonte
2012

Luís Henrique Vieira Rodrigues

**CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:
uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura
pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marinella Machado Araújo.

Belo Horizonte
2012

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R696c Rodrigues, Luís Henrique Vieira
 Controle de contas da administração pública segundo a jurisdição
 constitucional brasileira: uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do
 Brasil a partir de uma leitura pós-positivista dos princípios da legalidade e da
 eficiência / Luís Henrique Vieira Rodrigues. Belo Horizonte, 2012.
 169p.

 Orientadora: Marinella Machado Araújo
 Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
 Programa de Pós-Graduação em Direito.

 1. Direito administrativo. 2. Administração pública - Controle. 3. Tribunais de
 contas - Brasil. 4. Eficiência organizacional. I. Araújo, Marinella Machado. II.
 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação
 em Direito. III. Título.

Luís Henrique Vieira Rodrigues

**CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:
uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura
pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Prof.a. Dra. Marinella Machado Araújo – Orientadora PUC Minas

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas

Prof.a Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - UFMG

Prof. Dr. Victor Carvalho Pinto –Senado Federal

Belo Horizonte, 18 de maio de 2012.

A Pedro Luís,
símbolo de renovação e esperança em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo acesso ao saber e estímulo constante à minha busca pelo conhecimento.

Aos colegas e familiares, sintam-se representados nestes escritos.

Aos companheiros Prefeito Carlinhos Rodrigues e Dr^a. Maysa Gomes, testemunhas e incentivadores da minha luta pelo Direito como instrumento de transformação social.

À Professora Dr^a. Marinella Machado Araújo, pela orientação e prestigiosos ensinamentos sem os quais esse objetivo preliminar não seria alcançado.

“Não é de ontem, nem de hoje, mas de sempre
Que vive esse direito e ninguém sabe
Quando foi que surgiu e apareceu”.

(Sófocles, em *Antígona*).

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a atualidade do controle de contas no Brasil. Seu objetivo é evidenciar em que medida o controle externo da Administração Pública exercido pelos Tribunais de Contas/TC's condiciona a atuação do gestor público. Ao considerar que o modelo liberal ainda fundamenta o referido controle, em que pese a existência de outros modelos de Estado no Texto Constitucional, procura demonstrar que esse controle formal não se mostra apto a alcançar a complexidade social atual, refletida na Administração Pública que a recobre. Esse estado de coisas produz uma concepção da atuação administrativista que privilegia ações formais que apenas simbolicamente cumprem o interesse público. O trabalho se relaciona com outras ciências para justificar a inefetividade de direitos percebida, em regra, na administração brasileira; salienta que tal problema tem matiz interdisciplinar, não podendo, portanto, ser reduzido a uma questão exclusivamente jurídica. Contudo, destaca que a percepção formal da norma vista pelo positivismo jurídico, tal qual a utilização exclusiva do método de subsunção pelos TC's, compromete - como variáveis atribuídas ao Direito -, a sua efetividade. Na prática, o que se verifica é o predomínio de uma atuação formalista em detrimento do planejamento estatal, pelo que tal opção tem prescindido da atuação política da função executiva. Assim, na introdução, é apresentado como problema o fato de o controle externo da Administração Pública pelos TC's ainda se restringir ao controle de contas, com base na Lei federal nº. 4.320, de 17 de março de 1964 (BRASIL, 2011), condicionando a concepção tradicional dos princípios da legalidade e da eficiência. As hipóteses de trabalho apresentadas consideram a necessidade de ampliação do fundamento do controle externo segundo a Constituição da República de 1988, com uma releitura do Direito Administrativo “como técnica” visando à reabilitação do caráter governamental da função executiva; uma visão integrada sobre todos os elementos que compõem as políticas públicas, além da adoção de métodos de aplicação da lei que construam seu significado a partir da realidade institucional dos gestores públicos. No segundo capítulo, sustento a necessidade de uma releitura da acepção estrita da ideia de legalidade e do fundamento do Direito Administrativo nos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. O terceiro capítulo trata da transformação ocorrida na sociedade civil, tornando-a plural e complexa. Esse capítulo também indica o papel da internet e da globalização nesse processo, demonstrando como essa nova sociedade redefine o sentido e o alcance do conceito e finalidade de Estado e Constituição, propondo que também o Direito Administrativo - tal qual o Direito Constitucional por meio do constitucionalismo – incorpore este debate. O quarto capítulo trata

da possibilidade de concretização de direitos por meio da gestão resolutiva dos procedimentos administrativos e políticas públicas que os guarnecem. No quinto capítulo, a pesquisa analisa como as decisões jurisdicionais, via de regra, mostram-se mais aptas que as decisões dos TC's no que tange à efetividade de direitos, propondo a adoção de um fundamento para o controle externo, mais orientado pelas ideias de pluralismo, participação e eficiência administrativa, para a reabilitação da dimensão política da função executiva. Ao fim, são apresentadas as conclusões, sustentando a adoção de um modelo de controle que, além de integrar os vários elementos que devem se somar para a formulação e gestão eficiente de políticas públicas, considere a construção do significado da norma a partir da realidade institucional.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Controle externo. Tribunais de Contas. Jurisdição Constitucional. Eficiência administrativa.

ABSTRACT

The present dissertation examines the relevance of control accounts in Brazil. Your goal is to show the extent with which external control of public administration affects performance of public managers. Considering that the liberal model still works such control, despite the existence of state models in Text Constitucional by the Court of Auditors/CA's, seeks demonstrate that this formal control has not proven able to achieve social complexity nowadays reflected in public administration that covers. This state of affairs produces a conception that emphasizes the role administrative formal actions that only symbolically fulfill the public interest. This study correlates with others sciences to justify the perceived ineffectiveness of rights, as a rule, the Brazilian administration, points out that this problem has a hue interdisciplinary and can't therefore be reduced to purely legal question. In practice, what we see is a predominance of technical management at the expense of state planning so this option has waived the political of executive function. Thus, in the Introduction, is presented as a problem, the fact that external control of Public Administration by CA's still restricted to the control accounts based on Federal Law 4.320 of March 17, 1964 conditioned the traditional conception administrative about the principles of legality and efficiency. The working hypotheses presented consider the need to expand the foundation of external control under Constitution of 1988, as rereading of Administration Law "as a technique" for the rehabilitation of governmental nature of executive function, an integrated view on all the elements that comprises public policies and the adoption of law enforcement methods that build their meanings from institutional reality of public managers. The second chapter argues the need for a reinterpretation of strict sense of the idea of legality as well as the foundation of the principles of administrative law and supremacy and unavailability of public interest. The third chapter deals with the transformation that took place in civil society, making it plural and complex. This chapter also indicates the role of the internet and globalization in these process, demonstrating how this new society redefines the meaning and the scope of the concept and purpose of State and the Constitution, also proposing the Administrative Law – Constitutional Law as such by means of Constitutionalism – introduce this debate. The fourth chapter deals with the possibility of realization of rights through solving the management of administrative procedures and policies that the trim. In the fifth chapter, the research examines how judicial decisions, as a rule, has proved more likely than decisions of CA's with regard to the effectiveness of rights, proposing the adoption of a new foundation for external control, more driven by ideas pluralism, participation and administrative efficiency, for the

rehabilitation of the political dimension of executive function. At the end, the conclusions are presented, supporting the adoption of a model of control that in addition to integrating the various elements that should be added to the formulation and affective management for public policies, and consider the construction of meaning from the norm through of institutional reality.

Key words: Administrative law. External control. Courts Account. Constitutional Jurisdiction. Administrative Efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 REPENSANDO O MODELO DE ESTADO LIBERAL COMO FUNDAMENTO DO CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DE UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA.	36
2.1 As funções dos Tribunais de Contas vistas pela releitura do Direito Administrativo como “técnica”	36
2.1.1 <i>As tradições do estado de direito brasileiro: compreendendo os vários Estados de Direito brasileiros dentro do Estado de Direito brasileiro</i>	<i>37</i>
2.1.2 <i>Direito Administrativo como “técnica”: (re)pensando o conceito de função administrativa em busca da efetividade de direitos</i>	<i>43</i>
2.1.3 <i>O princípio da supremacia do interesse público: uma releitura sistêmica do conceito de legalidade</i>	<i>53</i>
2.1.4 <i>A posição dualista do controle de contas adotada pelo STF: dicotomia ou harmonização de princípios fundamentais?</i>	<i>57</i>
3 PROPOSTA DE ABORDAGEM DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS SOCIEDADES COMPLEXAS SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO: O DEBATE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO PENSAMENTO SISTÊMICO E DO POSITIVISMO JURÍDICO	62
3.1 Repensando o sentido e o significado de Constituição na modernidade: repousa a efetividade de políticas públicas na atualização semântica dos conceitos de Direito e Estado?	64
3.1.1 <i>Os modelos normativos kantianos e a crítica empreendida pela filosofia hegeliana ao formalismo: podem as ciências sociais aplicadas prescindir da dimensão jurídica do real em suas formulações teóricas?</i>	<i>68</i>
3.2 Divisão do trabalho e especialização de funções como processos deflagradores da sociedade contemporânea plural e complexa.	71
3.2.1 <i>O pensamento sistêmico como fundamento da complexidade social</i>	<i>75</i>
3.2.2 <i>Habermas e as críticas de Luhmann e Neves: o dissenso e o conflito social como óbices a uma ética normativa kantiana</i>	<i>77</i>
3.3 <i>É o conformismo social produto da inefetividade de direitos fundamentais? O pós- positivismo reabilita essa tradição?</i>	<i>82</i>
4 DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DO DIREITO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS DA EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PELA RELEITURA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	85
4.1 Revisitando o controle externo da Administração Pública no Direito Público: em busca da reabilitação da dimensão política da função executiva em face do predomínio do formalismo na atuação administrativista	85
4.2 O controle integrado das relações administrativas à luz das modalidades de controle e ramos do Direito Público	87

4.2.1 <i>Perspectiva histórica do controle normativo e as origens do controle de constitucionalidade das leis: o legado do controle normativo politicamente orientado</i>	88
4.2.1.1 <u>Stare decisis: os direitos individuais de limite a fundamento da atuação estatal</u>	89
4.2.1.2 <u>Releitura do princípio da supremacia constitucional: aproximação e distanciamento do modelo revolucionário francês por meio do judicial review</u>	89
4.2.1.3 <u>Do governo de juízes ao living Constitution: o legado da Suprema Corte para a concretização de direitos fundamentais</u>	90
4.2.2 <i>O controle da sanção administrativa como, a um tempo, limite à restrição de direitos fundamentais e instrumento de controle da legalidade</i>	94
4.2.2.1 <u>Responsabilidade político-administrativa: o dever de proporcionalidade das sanções à condição jurígena do ato administrativo pressuposto</u>	94
4.2.2.2 <u>O controle no Direito Financeiro: controlando as despesas públicas na perspectiva indutora de realização dos valores do art. 170 da CR/1988</u>	96
4.2.2.3 <u>Incentivos fiscais: requisitos (art. 14 da LRF)</u>	98
4.2.3 <i>O controle no Direito Tributário: a releitura do conceito e finalidade da norma jurídica na perspectiva de concretização de direitos fundamentais</i>	98
4.2.3.1 <u>Os valores constitucionais e os métodos de indução de comportamentos</u>	101
4.2.3.1.1 <u>Despesas públicas</u>	102
4.2.3.1.2 <u>Subvenções, créditos presumidos e subsídios</u>	102
4.2.3.2 <u>Receitas públicas</u>	104
4.2.3.2.1 <u>Isenção, diferimento, isenção e anistia</u>	104
4.2.3.3 <u>O legado da extrafiscalidade para o controle administrativo: por um novo conceito de norma jurídica na perspectiva da efetividade de direitos fundamentais</u>	106
4.2.4 <i>O controle no Direito Urbanístico: a importância do modelo de Estado social como fundamento do federalismo cooperativo</i>	107
4.2.4.1 <u>Controle de políticas públicas à luz do federalismo cooperativo: reabilitando a dimensão híbrida do Estado de Direito brasileiro no plano do Direito Urbanístico</u>	108
4.2.4.2 <u>Constituição e realidade jurídico-urbanística: o planejamento urbano como pressuposto de atuação efetiva e eficiente na concretização de direitos sociais de cunho habitacional</u>	109
4.2.4.2.1 <u>O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social entre o rural e o urbano: tentativa de fundamentação da política pública</u>	110
4.2.5 <i>Do controle no Direito Ambiental: o licenciamento ambiental como mecanismo de concretização de direitos fundamentais</i>	111
4.2.5.1 <u>Do controle ambiental pelo licenciamento</u>	112
4.2.5.2 <u>Conformação principiológica no Direito Ambiental</u>	113
4.2.6 <i>A função executiva e os procedimentos administrativos: a articulação da técnica e da política em prol da gestão e efetividade de políticas públicas</i>	116
5 A APLICAÇÃO DO TEXTO LEGAL NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RELEITURA DO DIREITO ADMINISTRATIVO por meio DO CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	119
5.1 <i>A negação do pluralismo e o efeito reverso da judicialização da política</i>	120
5.2 <i>Possibilidades de aplicação dos métodos de interpretação pós-positivistas: uma tentativa de compreensão, interpretação e aplicação do texto legal “além da letra”</i>	122

5.3 As mutações constitucionais como exemplo da absorção pelas fontes de direito da vivência constitucional como prática jurídica	124
5.4 O princípio da proporcionalidade como critério de ponderação	125
5.5 Repensando a aplicação da lei em busca da efetividade: o ordenamento jurídico possui significação para além da letra da lei, como quer o positivismo jurídico	125
5.5.1 Controle orçamentário e conflito normativo: o papel dos TC's como orientador técnico da Jurisdição	127
5.5.2 A responsabilidade político-administrativa do chefe do Executivo e o caráter dúplice de sua atuação gerencial: fundamento da sistemática do art. 71, I da CR-88 nos modelos de Estado federativo, democrático, social e pluralista.....	129
5.5.3 Controle gerencial dos TC's com vistas a um controle efetivo e o papel da matriz de risco: maioria institucional ou controle simbólico?	130
<u>5.5.3.1 O sistema de registro de preços entre a legalidade e a eficiência: colisão de princípios e conformação principiológica em prol da efetividade</u>	<u>133</u>
<u>5.5.3.2 A participação das cooperativas em procedimentos licitatórios e a dualidade isonomia x terceiro setor: o exemplo do TC mineiro na atualização da regra constitucional da competitividade.....</u>	<u>135</u>
5.6 Ainda sobre isonomia e competitividade: o regime jurídico das contratações da Petrobrás S/A	137
5.6.1 O controle dos contratos de inexigibilidade de licitação e a variabilidade no tempo e no espaço da ideia de complexidade	139
6 CONCLUSÕES.....	141
REFERÊNCIAS	150

1 INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa consiste na análise do controle externo da Administração Pública brasileira, realizado pelos Tribunais de Contas com amparo nos arts. 31 e 70 a 75 da CR/88, a partir de uma releitura da concepção administrativista dos princípios da legalidade e da eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da CR/88. Seu objetivo é investigar em que medida o controle de contas exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Supremo Tribunal Federal – STF – permite que o exercício da função administrativa garanta o interesse público, que justifica a atuação da Administração Pública. A fim de demonstrar a percepção do autor sobre as teorias utilizadas no marco teórico, o texto foi escrito na 1ª (primeira) pessoa do Singular, e para alcançar o objetivo da pesquisa parto das seguintes hipóteses:

- a) a natureza formal do controle de contas, como definido pela doutrina com fundamento na Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964 (MELLO, 2009; MEDAUAR, 2009; DI PIETRO, 2007), restrito a sua dimensão contábil, condiciona a atuação do agente público. Esse condicionamento induz o agente público em seu cotidiano a privilegiar ações que produzem efeitos formais - e em alguma medida, apenas simbolicamente, cumprem o interesse público-, ao invés de ações materiais que concretizem os direitos fundamentais e sociais garantidos pelo texto constitucional (cite-se como exemplo a destinação e execução orçamentária de despesas com políticas sociais do Terceiro Setor sem preocupação com a fixação de metas e resultados por meio de subvenções sociais – item 4.2.3.1.2 do presente trabalho);
- b) o exercício da função pública, controlado exclusivamente por sua dimensão técnico-contábil, implica ausência de integração das atividades administrativas que, em regra, deveriam constituir a formulação e execução de políticas públicas (planejamento, orçamento e gestão);
- c) a redução da função pública executiva, à sua atuação administrativa, que é avalizada pela doutrina administrativista¹, contribui para a interpretação positivista-

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.72-73) concebe a função administrativa como atuação cuja esfera de competência está previamente definida pela letra da lei. Odete Medauar (2009, p.401) indica a competência dos Tribunais de Contas como atuação de ordem contábil, e para Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2007, p.48), o traço que diferencia o exercício da função pública é a atuação administrativa. Para a presente análise, o termo positivismo (KELSEN, 2005); (HART, 2009) é empregado no texto em sentido abrangente, apenas para enfatizar a natureza legalista com a qual a doutrina administrativista e a jurisprudência do STF, sobre controle de contas, interpretam a legislação que instrumentaliza o exercício da função administrativa (licitação,

legalista identificada não somente nas decisões dos Tribunais de Contas, mas também na jurisprudência do STF sobre o controle de contas, nos termos do art. 71, I, da CR/88;

- d) por fim, a concretização de direitos fundamentais e sociais garantidos pela Constituição da República, reconhecidos pelas políticas públicas, depende de interpretação da lei que pressuponha a natureza complexa e plural da realidade sobre a qual atua o agente público. Requer, portanto, um controle de legalidade e de eficiência das contas do administrador/gestor público que: a) por um lado, seja capaz de atribuir ao princípio da legalidade significado que reconheça o que Müller (2008, p. 245) denomina âmbito da norma e não apenas do texto. Isto é, considere a realidade social, econômica, política e cultural, em especial, a capacidade administrativa/financeira do ente federativo; b) por outro, amplie o significado de eficiência para além da visão utilitarista que o reduz ao binômio custo/benefício, sem considerar a importância do planejamento como etapa do processo de concretização de direitos fundamentais e sociais.

O efeito imediato que decorre desta opção legalista é percebido no cotidiano da população que usufrui de tais políticas públicas, ao vivenciar o *deficit* de operação na atuação da Administração Pública, notadamente, quanto à concretização de direitos políticos e sociais. Essa atuação formalista desprovida de compromisso com a fixação de metas e atingimento de resultados, dada a ausência de planejamento, implica uma atuação governamental que não articula todas as variáveis que, em regra, devem ser abrangidas pelo processo de formulação e gestão eficiente de políticas públicas, para a realização de direitos na máxima medida.

Nesse sentido, o presente trabalho visa analisar, segundo interpretação pós-positivista² dos princípios da legalidade e da eficiência, os limites impostos pela Jurisdição Constitucional brasileira e pelo controle externo realizado pelos Tribunais de Contas sobre a Administração Pública no exercício de sua função executiva.

contratos, desapropriação, etc.) e que, ao fazê-lo dessa forma, não contribuem para a concretização de direitos fundamentais e sociais.

² Adoto autores que sustentam uma hermenêutica concretista para construção do sentido do texto legal. A título de exemplificação, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “[...] No jogo da linguagem jurídica, o pensar pragmatista tem recheado grande parte das teorias da Justiça contemporâneas, todas elas falando em uma hermenêutica concretista, isto, é, que a formação do sentido das normas somente se produz diante das circunstâncias relevantes do caso concreto. Nesse sentido, surgem como bons exemplos, a *metódica estruturante* de Friedrich Muller, o *Direito como integridade* de Ronald Dworkin e a *teoria da argumentação* de Robert Alexy”. (CRUZ, 2011, p. 90).

O método jurídico-exploratório foi a opção metodológica adotada com o objetivo de proceder a um levantamento bibliográfico, analisando de forma interdisciplinar os aspectos da atualidade do controle de contas³ realizado pelos Tribunais de Contas no Brasil⁴. A esta pesquisa bibliográfica, foi colacionado um conjunto de decisões dos TC's e do STF, a fim de se confirmar o predomínio do modelo liberal⁵ no fundamento do controle de contas e os efeitos desse controle de natureza contábil no cotidiano da Administração Pública. Nesse sentido, os acórdãos são citados exemplificativamente, considerando a natureza teórica e, não, empírica do presente trabalho. Assim, este trabalho apresenta como questão central os impactos do controle formal exercido com base na Lei federal nº. 4.320/64 sobre o exercício da função administrativa. Nessa medida, o processo RE/MG 235.593/2004 (BRASIL. STF. RE/MG 235.593. Min. Celso de Mello, 2004) é analisado sob a perspectiva de indicar a vinculação de tal modelo de controle a uma visão formal. Em que pese identificar alguns avanços na concepção do controle, como a possibilidade de controle prévio das licitações, com base nos princípios da legalidade, legitimidade e eficiência, tal qual traduzido no processo MS 24.510/2012 (BRASIL. STF. MS 24.510. Min. Ellen Gracie, 2004), a análise das decisões procurou confirmar o predomínio da visão formalista sobre o Direito Administrativo. Segundo Gustin e Dias:

O tipo jurídico-exploratório de investigação é, segundo Witker (1985), uma abordagem preliminar de um problema jurídico [...]. Segundo o autor, abre caminho a investigações mais profundas ou a hipóteses mais precisas [...]. Os diagnósticos de todo tipo estão, entretanto, inseridos nesse formato metodológico. Logo, são pré-requisitos de grande valor para a constituição de bancos de dados. [...] Podemos nos descurar do levantamento de dados em obras nos campos da Ciência Política, da Sociologia, da Psicologia ou da Antropologia que se incumbem das relações de

³O controle externo da Administração Pública não se restringe ao controle exercido pelos TC's. Registro que o controle da Administração Pública possui modalidades diferentes, abrangendo o controle interno, o externo (pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público), o jurisdicional e o social. O controle externo da Administração encontra fundamento nos arts. 31 e 70 a 75 da CR/88. Para os fins do presente recorte, em que pese o controle da Administração Pública ser exercido também pelo Poder legislativo, Ministério Público, Poder Judiciário, pelas controladorias e pela sociedade civil, optou-se por desenvolver uma pesquisa que analisará os impactos do controle de contas pelos TC's na atuação administrativa. O objetivo é confirmar a hipótese que este controle externo pelos TC's ao ser reduzido a um controle de contas de natureza contábil, conforme a Lei Federal nº. 4.320/64, condiciona a atuação administrativa, o que se manifesta por meio de uma atuação, em regra, burocrática dos agentes administrativos.

⁴A justificativa do título, que remete ao controle de contas dos Tribunais de Contas do Brasil, procura identificar dois universos de atuação por meio da análise do controle do TCU e da análise do controle exercido pelos TCE's, exemplificados no trabalho por meio da análise institucional do TCEMG, com ênfase neste último aspecto da abordagem do controle de contas na esfera municipal. Este recorte tem o propósito de confirmar a hipótese que concebe a atuação do controle nesse aspecto, vinculada ao método exegético, impondo uma aplicação formal do direito, isto é, não fundamentada de forma a integrar os elementos das políticas públicas, mas presa à aplicação do Direito em uma relação de adequação silogística entre a lei e o fato.

⁵O predomínio do modelo liberal significa que o mesmo ainda estrutura o conceito de legalidade apesar de a Constituição de 1988 condensar outros modelos de Estado, como os modelos social, federalista, republicano, pluralista e democrático.

poder, da compreensão do Estado e de sua relação com a sociedade ou com os grupos sociais? E das obras filosóficas e históricas de determinado momento ou espaço? Não podemos nos esquecer, ainda, da origem de termos jurídicos a partir das linguagens sociais, administrativas, político-econômicas ou outras que atribuíram significados importantes às normas jurídicas emergentes. (GUSTIN; DIAS, 2006, p.28-30).

Assim, as decisões apresentadas procuram evidenciar os entraves para o regime jurídico administrativo de uma visão formalista dos princípios da legalidade e da eficiência. Para demonstrar como a doutrina do Direito Constitucional avançou mais que a do Direito Administrativo na perspectiva concretista da aplicação do texto legal, adotei a análise dos posicionamentos do Tribunal de Contas da União/TCU e do STF sobre a flexibilização das licitações da Petrobrás S/A, conforme art. 173, § 1º, da CR/88 e Decreto federal nº. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Nesse sentido, analisei o acórdão AC 1193/2006 (BRASIL. STF. AC 1193/2006. Min. Gilmar Mendes, 2006), que permite a flexibilização das licitações pela empresa, bem como os acórdãos do TCU (401/2009; 2.413/2009; 1097/2010; 1678/2010), que vedam a aplicabilidade por parte da Petrobrás S/A do referido decreto, evidenciando a opção pela legalidade estrita pelo Tribunal de Contas, a partir de uma visão legalista sobre o regime jurídico-administrativo.

Também se adotei a análise do Sistema de Registro de Preços (que pode assegurar economicidade por meio da licitação na modalidade Pregão, conforme Lei federal nº. 10.520, de 08 de julho de 2002), instituído pelo Decreto federal nº. 3931, de 19 de setembro de 2001, nos termos do art. 15 da Lei federal nº. 8.666, de 26 de maio de 1993. A análise de ambos os casos tem em comum a institucionalização de novas formas de contratações pela Administração Pública direta e indireta por meio de ato administrativo e não de lei em sentido formal, questão que traduz o dilema em assegurar a eficiência sem desrespeitar as exigências da legalidade.

Isso porque garantir uma gestão eficiente, e ao mesmo tempo evitar que esta impossibilite um controle da corrupção, tornou-se uma questão recorrente na realidade da Administração Pública brasileira. Nesse contexto a legalidade é concebida como regra geral que deve admitir aplicação contextualizada para que haja um controle de juridicidade.

Sustentar que o regime jurídico-administrativo em algumas situações deve ser flexibilizado, quando o ordenamento jurídico assim o permitir e a realidade econômica assim o demandar, pode garantir o atingimento de fins juridicamente legítimos, mas dificultar uma atuação de controle que iniba e sancione os desvios de recursos públicos.

Foram, ainda, analisadas as decisões do TCU, TCEMG e STF no contexto de questões controvertidas no âmbito dos municípios, como o suprimento da demanda por serviços advocatícios por meio da contratação destes pela inexigibilidade de licitação, e o atendimento da demanda por transporte e empregos por meio da participação de cooperativas em licitações, bem como o posicionamento adotado por estes órgãos diante das questões apresentadas.

Sobre a análise do caso das cooperativas, destaco a ADC 16/2011 (BRASIL. STF. ADC 16. Min. Cezar Peluso, 2011), que, ao declarar a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei federal nº. 8.666/93, nos termos do art. 37, §6º, e art. 2º, §2º, do Decreto-lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho/CLT afastou a possibilidade de condenação solidária da Administração Pública em virtude da inadimplência de suas empresas contratadas quanto à inadimplência com relação a débitos trabalhistas e previdenciários de seus empregados, o que era avalizado pelo Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho/TST⁶.

Como exemplo de aplicação da lei, segundo a realidade concreta, a ADI 4167/STF (BRASIL. STF. ADI 4167. Min. Gilmar Mendes, 2011) foi analisada segundo a declaração de constitucionalidade da Lei nacional do piso da Educação, a Lei federal nº. 11.738, de 16 de julho de 2008.

O trabalho desenvolve na introdução e nos capítulos 2º e 3º uma abordagem sobre os reflexos do controle de contas exercido pelos TC's, demonstrando que parte significativa da doutrina considera a importância de um controle de juridicidade (art. 2º da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999), apesar de conceber conforme a legalidade a atuação que considera a adequação da conduta do agente ao texto da lei. Essa adequação se refletiria na motivação dos atos administrativos, conforme a letra do texto legal e da doutrina de Seabra Fagundes (2006, p. 03), para o qual, administrar é aplicar a lei de ofício.

⁶ Enunciado 331 TST – I A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.1974).
 II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88).
 III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
 IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que haja participação da relação processual e constem também do título executivo (art. 71 da Lei 8.666, de 21.06.1993) (BRASIL, 2012).

Nos capítulos 4º e 5º, o trabalho visa integrar o aspecto prático ao conceitual ao analisar no plano da Administração Pública e do controle de contas pelos TC's, os procedimentos administrativos do Direito Público e decisões com o objetivo de confirmar o problema indicado. A análise dos procedimentos e decisões é feita considerando em que medida houve a apropriação da realidade para a construção do sentido da norma e aplicação do Direito, na linha do marco teórico adotado para a análise da atuação dos TC's, de caráter pós-positivista.

Historicamente, a Justiça brasileira atribui aos Tribunais de Contas o controle formal dos atos administrativos realizados pelos agentes públicos que atuam na Administração Pública. Contudo, esse tipo de controle e apresenta insuficiente para garantir de forma efetiva a atuação legal do agente político/administrativo e a eficiência das políticas públicas, que são, de fato, os instrumentos de concretização dos direitos sociais garantidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro no Capítulo II da Constituição de 1988.

Prova disso é que no exercício de 2008 - que contemplou eleições municipais - foram emanados pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais 274 pareceres prévios emitidos sobre contas dos chefes do Poder Executivo, dos quais 169 foram pela aprovação com ressalvas, 104, pela rejeição, e apenas 1, pela aprovação em sua totalidade, em um universo de 1.061 processos de contas municipais (MINAS GERAIS, 2009). Esse indicativo denota que o controle formal e exercido *a posteriori* muitas vezes não ocorre em tempo hábil e, quando ocorre, não alcança os fins que justificam sua instituição, ou seja, controlar e fiscalizar de forma efetiva os gastos públicos.

Mas se o controle meramente formal reduz a efetividade da função executiva, como poderiam atuar os Tribunais de Contas para controlar a legalidade da função administrativa de forma a alcançar os fins que justificam a sua realização? Para entabular essa análise, duas premissas são apresentadas: a) a atribuição de maior peso à insindicabilidade do mérito do *decisum* no controle exercido pela Jurisdição Constitucional legitima o predomínio da forma sobre o conteúdo na prática administrativa. Ao fazê-lo, a Jurisdição Constitucional compromete a aplicação do princípio da boa Administração Pública. Isso porque, ao tratar do controle de contas como exercício de atuação formal, não orientada pelo fim de ação materialmente eficaz, o Judiciário brasileiro corrobora com a redução da função administrativa à atividade técnica⁷, desprovida de compromisso com seus resultados.

⁷ Compreendo “atividade técnica” como atuação administrativa que contempla ações cujo objetivo é operacionalizar a execução de políticas públicas. Considero que a atuação técnica deve ser concebida de

Insuficiente, portanto, para concretizar o interesse público, que justifica a própria existência da Administração; b) se o princípio da dignidade humana ocupa papel nuclear no ordenamento pátrio, a função central da Administração Pública brasileira deveria estar orientada para a efetividade dos direitos políticos e sociais garantidos pela ordem jurídica constitucional. Para tanto, o controle de contas da Administração Pública não poderia ser apenas da regularidade, aferida por meio de operações aritméticas para aferir a legalidade da prestação de contas, mas do efetivo controle da concretização dos direitos da população, notadamente, os de caráter social, de natureza prestacional, com uma atuação integrada e não apenas *a posteriori*⁸.

Ao não assegurarem a aferição material da legalidade na atuação do administrador público, o que poderia ser atingido, por exemplo, com a adoção de métodos pós-positivistas de aplicação da lei que concretizem os fins que justificam a necessidade do próprio controle, os Tribunais de Contas geram um *deficit* de operação, favorecendo a não concretização de direitos políticos e sociais. Em outras palavras, ao aplicarem a lei a partir de sua compreensão, interpretação e aplicação contextualizada, tendo em vista não apenas a literalidade do texto, mas também a leitura do ambiente social, econômico, político e cultural, os Tribunais de Contas exerceriam de forma eficaz e efetiva a função de controle que lhes foi atribuída constitucionalmente.

Por essas razões, a investigação de problemas da sociedade contemporânea, tão caracterizada pela complexidade, parece contribuir para renovar a discussão, sob perspectiva atualizada, sobre como a Jurisdição Constitucional referenda o controle de contas da Administração Pública. Essa investigação contribui, também, para um debate que evidencie a necessidade de os titulares dos órgãos de controle refletirem acerca da racionalidade discursiva dos seus julgados e da atribuição de efeitos aos dispositivos constitucionais e legais que, em regra, deveriam fundamentar tais decisões. Isso porque a realização dos efeitos que decorrem das tradições do Estado Democrático de Direito brasileiro por meio da atribuição de

maneira integrada, para que não se limite a uma atuação formalista que seja eficaz, isto é, alcance ainda que formalmente as metas governamentais, sem assegurar a efetividade no atingimento dos objetivos definidos.

⁸ Proponho a adoção de um modelo para o controle de contas pelos TC's que considere os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, articulando o controle dos gastos públicos com base na Lei do Orçamento Anual/LOA, aos preceitos da Lei de Diretrizes Orçamentárias/LDO e Plano Plurianual/PPA, bem como a possibilidade de um controle prévio e concomitante. Registre-se o MS 24.510 STF (BRASIL. STF. MS 24.510. Min. Ellen Gracie, 2004) que, ao considerar a possibilidade de os Tribunais de Contas atuarem previamente com a sustação de procedimentos licitatórios de forma cautelar, assegurou a constitucionalidade da modalidade de controle prévio. Também nesse sentido, destaco MS 23.550 (BRASIL. STF. MS 23.550. Min. Sepúlveda Pertence, 2001); MS 26.547 (BRASIL. STF. MS 26.547. Min. Celso de Mello, 2009); e SS 3.789 (BRASIL. STF. SS 3.789. Min. Cezar Peluso, 2011).

significado e eficácia aos princípios jurídicos vinculados aos diversos modelos de Estado (liberal, social, republicano, federalista, pluralista e participativo) deve ser fundamento de toda atuação estatal. Do contrário, a aplicação dos institutos do Direito Administrativo limitar-se-á a uma aplicação formal, sem uma perspectiva finalística, evidenciando o caráter simbólico de tal atuação. Para Binenbojm:

Como agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao *déficit* teórico apontado nos itens anteriores, pela adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. (BINENBOJM, 2008, p.24).

Assim, atribuir o sentido e o alcance dos conceitos e institutos administrativistas, a partir dos modelos de Estado condensados no Texto Constitucional, e realidade social a este subjacente, é medida que pode contribuir para que a reabilitação da dimensão híbrida do Estado de Direito brasileiro seja considerada quando da aplicação do direito ao caso concreto no contexto do controle de contas.

Considerando que o Direito não se revela somente no respeito à forma, mas também por meio de sua substância, decorre de tal fato atribuir-lhe a condição de elemento polissêmico, cambiante no tempo e modulado pelo espaço e auditório, conforme contribuição de Gadamer (2008) e Heidegger (2009). O predomínio da forma sobre o conteúdo da produção jurídica brasileira, seja na construção seja na aplicação do texto legal, aponta para a necessidade de analisar o controle de legalidade das ações e omissões decorrentes da atividade administrativa como tarefa afeta aos órgãos de controle externo da Administração Pública.

Nesse mister, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se inclina à orientação que mitiga o princípio da inafastabilidade da jurisdição na questão da análise dos *decisi* dos TC's no âmbito do controle das contas de governo, conforme relatoria do Min. Celso de Melo no RE 235.593 (BRASIL, STF, RE 235.593. Rel. Min. Celso de Mello, 2004). Quanto à análise do mérito do ato administrativo produzido pela Administração Pública, o STF não se furta ao papel de controlá-lo, conforme enuncia o Min. Celso de Mello por meio da relatoria da ADPF 45 (BRASIL, STF. ADPF 45. Min. Celso de Mello, 2004).

No primeiro exemplo, verifico que o STF concebe como insindicável a decisão produzida pelos TC's no contexto do controle de contas, o que indica que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é sopesado na perspectiva do princípio da separação dos poderes. Observo, nesse sentido, a conformação da Jurisdição Constitucional ao modelo de Estado Democrático, ao menos naquilo que concerne à ratificação através do Parlamento do

parecer prévio produzido pelos TC's. No segundo exemplo, contudo, atribui maior peso ao modelo de Estado Social, considerando que sua realização passa até mesmo pelo controle de políticas públicas. Nessa perspectiva, ocupou-se o presente trabalho, principalmente, do primeiro tema desfilado – sem prejuízo da análise daquele indicado secundariamente –, sendo que se torna relevante investigar como o controle formal contribui para a inefetividade de direitos fundamentais.

Assim, a Administração Pública é concebida como associada a uma atuação estatal não intervencionista. Hoje, observo um retorno a esse modelo liberal, segundo o neoliberalismo, considerando a atuação de uma intervenção mínima, que, via de regra, direciona a ação estatal para setores que não necessariamente demandam tal atuação. A doutrina concebe, em regra, o Direito Administrativo “como técnica” à medida que o interpreta sem considerar que a Emenda Constitucional/EC 19, de 04 de junho de 1998⁹ trouxe avanços dogmáticos que não foram incorporados ao domínio normativo no que tange ao controle à luz do princípio da eficiência, a ponto de garantir sua efetividade e concretização. Porque é importante investigar como a atuação do controle de contas impõe uma visão formal da atuação administrativa? Pois se o Direito é em parte regra (“técnica”); em parte também ele é conteúdo (“aplicação”), e, como tal, deve ser concebido como objeto de construção, para que o controle de contas amplie seus fundamentos e abandone uma abordagem formalista e contábil, e passe a abranger os diversos elementos que constituem as políticas públicas. Sendo assim, é importante sustentar uma nova leitura sobre o controle de contas.

Logo, a prevalecer essa abordagem formal, se o TC se abster de analisar o mérito do ato, as limitações provenientes da ideia clássica de legalidade prevalecerão na análise da coerência entre a medida que fundamenta a execução de determinada política pública ou medida administrativa, tal qual proposta pela Escola da Exegese. Torna-se importante repensar, inclusive, o papel do Direito e o próprio conceito de norma jurídica, para o fim de aferir a congruência entre seus fundamentos e finalidade de efetividade, orientando sua aplicação mais nestes elementos do que na reverência e no temor diante da sanção.

As sanções premiais, objeto de análise adiante por meio do estudo do Direito Tributário como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, indicam outra leitura e aplicação possíveis. Decorre de tal juízo outra questão relevante, que indaga o alcance dos

⁹ A emenda ampliou o fundamento do controle ao alterar o parágrafo único do Art. 70, impondo um controle abrangente, e incidente sobre toda pessoa natural ou jurídica, pública ou privada que receber recursos públicos. Sustento que as mudanças ocorridas devem se integrar a ações que articulem outras variáveis, como planejamento e gestão, para que sejam efetivas.

métodos clássicos de aplicação da lei em face do caráter multifacetado das demandas produzidas por nossa sociedade, que clamam por decisões céleres, pluralistas, resolutivas, consensuais e dialógicas. Afirmo que são distantes decisões administrativas nesse sentido. Assim, cabe inquirir até que ponto a racionalização e a acomodação, não apenas do cidadão, mas, principalmente, do intérprete da norma (regras e princípios), não deixam de ser uma forma de, a par do pensamento sistêmico, conformar-se com a realidade atual. Gutrie ao discorrer como essa estrutura de subjetividade meramente descritiva há muito opera na consciência, faz menção a Górgias, protagonista do ilustrado na Antiguidade Clássica: “Nesta atmosfera, não surpreende que devesse ganhar favor uma epistemologia segundo a qual ‘o que parece a mim é para mim, e o que parece a ti é para ti’, e que ninguém pode estar numa posição para contradizer a outrem.” (GUTRIE, 1995, p. 52).

Indaga-se se a racionalização desses problemas em um viés que relativiza o saber e o torna abstrato ao extremo – não lhe imprimindo correção e concretude -, não deixa de ser uma forma de os operadores do Direito não apenas agirem simbolicamente, mas, também, teorizar sobre o tema a partir de teorias sistêmicas, que lançam mão de soluções inatingíveis visando à transformação da realidade atual, o que produz ou apenas descreve estágios civilizatórios meramente ideais. Ou seja, apenas fundamentando o conformismo social em que vivemos hodiernamente.

Articulando a questão no plano da discussão jurídica, propõe-se um modelo de controle que integre de forma sistemática o Direito, visando à realização material dos princípios fundamentais.

Considerando que a emancipação do ser humano nas perspectivas material e intelectual é um dos objetivos do Estado de Direito brasileiro, o simples atendimento do respeito à forma na questão da concretização de direitos não alcança de forma efetiva o núcleo essencial desses direitos. Nesse contexto, apenas com educação efetiva (não apenas acesso, mas alfabetização e nutrição), serviço de saúde de qualidade (mais que a vaga ambulatorial, o efetivo tratamento), e práticas qualificadas de desporto, lazer, moradia digna, preparação para o trabalho, renda adequada, transporte eficiente, segurança plena, e, principalmente, com um Estado justo e honesto, nas perspectivas institucional e prestacional, é que indivíduos podem emancipar-se intelectualmente.

Essa efetividade pode contribuir para elevar o nível de qualidade de vida dos cidadãos, mas também elevar o grau de pertencimento à comunidade, a fim de que a arena pública contemple o surgimento de uma cidadania crítica e reflexiva. Isso pode contribuir também para a reversão do quadro de alienação das consciências individual e coletiva no plano da

cidadania, participação, construção do respeito à diversidade, autoemancipação, realizando de forma plena a concretização do princípio da dignidade humana.

A partir dessa ordem de ideias, procedimentos complementares, como a integração dos elementos que compõem as políticas públicas; a adoção de indicadores, processos de monitoramento e qualificação de pessoal, integração federativo-cooperativa devem ser incorporados à discussão acerca do tema, porque um resultado efetivo cinge-se ao ataque do produto das componentes e, não, se analisadas isoladamente. Ainda que o problema da efetividade não se limite ao debate acerca da eficácia da aplicação do texto legal, segundo técnicas formais - que gravitam em torno da norma -, tal recorte será o ponto de partida para o atingimento das pretensões mais modestas – mas nem por isso simplórias - do presente trabalho.

2 REPENSANDO O MODELO DE ESTADO LIBERAL COMO FUNDAMENTO DO CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DE UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA.

2.1 As funções dos Tribunais de Contas vistas pela releitura do Direito Administrativo como “técnica”

No plano da Administração Pública, podemos considerar a atuação de agentes que atuam na base do serviço público, constituindo a carreira e garantindo a continuidade das ações estatais, denominados servidores públicos. Identifico ainda outra categoria de agentes, incumbidos de formular e coordenar a execução de políticas públicas, denominados agentes políticos (MEDAUAR, 2009). Essa classificação não tem a pretensão de esgotar o debate sobre as diversas manifestações do exercício da função pública, mas somente proceder a um recorte que permita a delimitação do presente objeto de pesquisa.

No tocante aos agentes políticos, é possível considerar que estes são também responsáveis pela articulação, inclusive com outras esferas de poder, de políticas públicas que visam assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Em que pesem posições em contrário, a doutrina mencionada na introdução do trabalho demonstra que a atualidade do Direito Administrativo indica uma prevalência da visão formalista na prática administrativa, o que revela a preponderância do modelo de Estado liberal como fundamento da Administração Pública e seu respectivo controle.

Assim, o fundamento dessa atuação reflete o modelo liberal e impõe uma visão formal dos institutos do Direito Administrativo. Uma análise que, a partir do marco teórico do Estado Democrático de Direito, autoriza a percepção fiel acerca das possibilidades de atualização semântica dos fundamentos e finalidades da norma é sustentada. Isso com o objetivo de aferir como os diversos modelos de Estado conformam a atuação do controle com vistas ao atingimento do princípio ao direito à boa administração pública, possibilitando indicar os modelos mais adequados aos fins de efetividade, ao realçar como cada qual realiza mais, melhor e com exatidão o controle proposto, o que deve se dar não de antemão, mas considerando as peculiaridades do caso concreto.

O Direito Positivo pátrio concernente ao controle da Administração Pública deve ser analisado no contexto de se estabelecer uma interface com os diferenciados ramos que a compõem. Para a construção de uma interpretação *conforme* à Constituição, é imprescindível contextualizar o controle da Administração Pública pelos TC's, de acordo com os preceitos orientadores do Estado de Direito brasileiro em suas diferentes manifestações, pelo que o

presente trabalho versará acerca da atualidade da Administração Pública (e seu controle externo). Além disso, os conceitos de Estado, Constituição e sociedade civil, procedimentos administrativos e decisões dos órgãos de controle serão adiante investigados.

2.1.1 As tradições do estado de direito brasileiro: compreendendo os vários Estados de Direito brasileiros dentro do Estado de Direito brasileiro

Qual é a importância da análise dos modelos de Estado para o presente trabalho? É importante compreender como a análise dos modelos de Estado, presentes no Texto Constitucional, se relacionam com o objeto do presente trabalho, com o objetivo de confirmar que a tradição liberal de aplicação da lei ainda fundamenta o controle de contas no Brasil. Considero que uma opção legalista endossa o predomínio da forma sobre o conteúdo na prática administrativista. Logo, a despeito de o modelo normativo atual do Estado de Direito brasileiro plasmar uma construção histórica que aglutina vários “Estados de Direito brasileiros”, ou seja, vários modelos de Estado com diferentes características, como será possível indicar a prevalência de algum desses modelos?

De acordo com Vilani “[...], a Constituição de 1998 ampliou o espaço público ao criar mecanismos de integração da sociedade civil na fiscalização e controle dos atos estatais”. (VILANI, 2002, p. 60). Para a autora, diante dessa nova Constituição e sociedade:

O pluralismo e o valor das diferenças adquiriram novas dimensões, próprias das sociedades contemporâneas, altamente complexas e diversificadas. Como vimos, nessas sociedades surgem novos atores, novos movimentos sociais e novas demandas associadas ao reconhecimento da multiplicidade de identidades sociais e ao respeito por estilo de vida diferenciados. (VILANI, 2002, p.60).

Apesar de a Constituição de 1988 ter inaugurado outra era na concepção da coisa pública, principalmente ao reforçar a participação da sociedade na construção, exercício e fiscalização da função pública, considero que, para efeito do controle de contas pelos TC's, tal função ainda tem sido exercida com forte vinculação ao modelo de Estado liberal.

Para aferir tal alegação, faço uma breve abordagem dos modelos normativos adotados pelo Estado brasileiro ao longo de sua história, iniciando tal percurso por meio do modelo republicano. Nos capítulos 4º e 5º, procurarei integrar a análise dos modelos de Estado à investigação dos procedimentos administrativos e decisões, a fim de confirmar a abordagem formal do controle de contas pelos TC's. Conforme a doutrina mencionada:

Na modernidade contemporânea, ou modernidade tardia, a luta dos democratas e a importância crescente dos republicanos na vida pública têm feito a balança pesar para o lado de uma democracia comprometida com ideais republicanos. Como veremos, a terceira geração dos direitos da cidadania está vinculada aos valores da solidariedade, do bem comum, dos ideais coletivos. (VILANI, 2002, p.49).

O modelo de Estado republicano tem como uma de suas características a reunião de diversos entes políticos em uma unidade federada. Esse Estado federal surge com as seguintes características diferenciadoras: a) autonomia administrativa dos Estados-membros; b) atribuição de sua competência legislativa; c) participação dos Estados-membros no processo de revisão constitucional; d) exercício dessa competência legislativa sujeita a um poder central (talvez característica precípua do federalismo norte-americano, que inaugura o sistema de controle de constitucionalidade das leis na modernidade). Sobre o surgimento do controle normativo como manifestação do controle do poder, Bonavides (2008b) atribui seu surgimento tanto à demanda gerada pela existência de poderes autônomos coordenados, no mesmo Estado, quanto à tradição cultural de participação dos cidadãos na coisa pública daquela sociedade. Essa participação possuía, desde há muito tempo, ênfase na reivindicação de garantias individuais e efetividade de direitos fundamentais. À época da colonização, os incipientes ordenamentos jurídicos existentes nas 13 colônias já respondiam a essas demandas por meio da adoção do *stare decisis*, modelo objeto de estudo adiante.

Além desses fatores, a própria tradição legislativa de práticas moderadas, em oposição ao exercício do poder centralizador e intervencionista por parte da Coroa, contribuiu para que os novos Estados-membros não incorressem nas práticas contra as quais se insurgiram. No caso brasileiro, cabe aduzir que sob a perspectiva do modelo democrático, nosso sistema político de sufrágio orienta-se pelo presidencialismo, articulando-se ao aspecto formal desse modelo (de democracia indireta), a participação popular, com eleições livres, diretas e universais dos dirigentes da comunidade política, adicionadas à ideia de participação diuturna da população para além dos processos eleitorais, a fim de uma legitimação democrática das decisões político-administrativas. Importante observar, portanto, que o novo paradigma constitucional procurou criar âmbito normativo para a construção participativa do interesse público, sendo tarefa da mais alta importância afeta aos dirigentes do Estado e a cada cidadão em particular implementar na via prática esse modelo. Segundo Magalhães: “[...] A democracia não é um lugar onde se chega. Não é algo que se possa alcançar e depois se acomodar, pois é caminho, e não chegada. É processo, e não resultado”. (MAGALHÃES, 2006, p. 27).

Apenas como ilustração, nos negócios privados, vigora o conceito de autonomia da vontade, vocacionado a proteger as liberdades positivas e negativas, endossando também a opção liberal por cânones desse modelo, constituindo um Estado híbrido, ou seja, que reúne modelos de Estado diferentes, aditando a esses modelos, “[...] o pluralismo, ao proclamar a fecundidade das diferenças e da pluralidade de pontos de vista, forneceu as bases para os direitos fundamentais do homem” (VILANI, 2002, p. 49).

Ao analisar a atualidade do Estado brasileiro sob a perspectiva da efetividade dos direitos que ao menos deveriam ser assegurados por meio de políticas públicas, Magalhães adverte que “[...] um dos objetivos da participação é tornar a democracia mais democrática”. (MAGALHÃES, 2006, p. 46-53). Esses modelos de Estado: “republicano”, “liberal”, “federado”, “democrático”, “social”, “participativo” e “plural” foram incorporados à nossa realidade com o efeito de produzir um sincretismo metodológico, ou seja, sustentar a possibilidade de reprodução automática desses modelos na realidade brasileira, sem considerar as origens e especificidades de tais modelos e tampouco as peculiaridades da realidade pátria. As experiências inglesa, francesa, russa, norte-americana e alemã, culminaram em formas de organização do poder político que representaram o coroamento de situações específicas e peculiares, com relação ao processo histórico e da cultura cívica de cada um dos países indicados.

Como exemplo, podemos considerar: a aspiração de grupos políticos, que construíram pacificamente uma nova forma de governo (Inglaterra, 1689); a tomada do poder, representando a limitação jurídica do poder estatal e sua divisão em funções, imposto por classes urbanas médias e baixas e, também, pela população campesina (França, 1789). Houve, também, a preservação de identidades regionais, que a partir de um conceito de unificação de regiões (federação), não se sujeitaram a uma descaracterização, étnica e cultural em detrimento da construção de um Estado Nacional (Estados Unidos da América do Norte, 1787); ou, ainda; uma nova conotação do conceito de Estado em sua acepção providência e participação e pluralismo (Estados Unidos das Américas do Norte e Alemanha, século XX) (BONAVIDES, 2008b).

O século XX também assistiu à promulgação da Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da ex-U.R.S.S, de 1924. Nesse particular, sobre o igualitarismo defendido pelo modelo de estado social, Vilani pondera que: “[...] o Estado de bem-estar foi uma conquista através da luta de trabalhadores, diante de uma sociedade marcada por extremas desigualdades sociais”. (VILANI, 2002, p. 55).

Como fruto da evolução humana, aos modelos de Estado havidos como clássicos, foram incorporados modelos mais afetos a otimizar os mandamentos consubstanciados naqueles modelos, como exigência de novas reivindicações advindas das transformações sociais. As principais contribuições no que tange ao século XX para a presente pesquisa podem ser indicadas por meio dos modelos da participação e do pluralismo. Ao comentar acerca da dimensão pluralista do modelo de Estado de Direito brasileiro, Álvaro Ricardo de Souza Cruz assevera:

O respeito à diferença só pode ser fruto de um esforço contínuo, uma vez que a maioria, não reconhecendo como cidadão o integrante de outro grupo, geralmente rejeita-o. É uma tendência etnocêntrica, que se registra pelos antropólogos em todos os grupamentos humanos. Logo, uma discriminação legítima pode facilmente se desvirtuar, pela imposição às coletividades minoritárias de condutas violadoras de sua cultura e tradição. (CRUZ, 2005, p.25).

No que tange essa evolução normativa, Habermas indica como o modelo liberal apresenta-se limitado à realização de um modelo de Estado que controlasse a observância de uma atuação estatal positiva – e não apenas ciosa de impedir que o estado infringisse a esfera de direitos dos particulares -. Ele considera que o modelo social inovou na percepção de uma atuação diferenciada do Estado, com o fim de efetividade, “[...] assegurando aos cidadãos direitos sociais como, indenizações sociais e participação em instituições políticas”. (HABERMAS, 2003, p. 263).

No contexto da realidade brasileira, os modelos de Estado foram inseridos em um amálgama étnico e cultural, formado por náufragos, traficantes de escravos, degredados, além das populações locais indígenas, somadas a uma elite acostumada a copiar a elite europeia naquilo que ela tinha de pior. Retornarei a esse tema na introdução do capítulo 5, mas registro a importância de demonstrar não apenas o estudo dos modelos de Estado, para investigar a existência de uma eventual atuação simbólica por parte dos órgãos de controle externo, mas também o papel da identidade cultural na formação das instituições no Brasil.

Logo, apenas cinco províncias (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco) (BONAVIDES, 2008b) ditavam as regras e sentidos para os caminhos nacionais. Enfim, o Estado brasileiro, já na sua origem, dá prova de uma construção institucional pouco criativa e participativa. A construção de uma verdadeira identidade nacional e instituições com a “cara” do país, não será tarefa das mais fáceis e de breve realização. Entretanto, pensá-la é fundamental para o progresso da nação e a consecução dos objetivos comuns e individuais almejados por nossa comunidade.. Conforme Cruz: “[...] o patrimonialismo, o conservadorismo e a supremacia do interesse público sobre o privado

foram as bases sobre as quais o Direito se constitui no Brasil”. (CRUZ, 2004, p. 50).

A evolução dos modelos de Estado pode ser analisada, também, pela onda histórica de direitos humanos, ainda que reduzir o fundamento das variações das cadeias de direitos seja um método passível de crítica, no dizer de José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 242-288), diante da dificuldade de identificação do critério de diferenciação entre os direitos trazidos pelos modelos, indagando o autor se seria o cronológico ou o estrutural.

Saliento que o olhar lançado pelo Estado e pela sociedade ao longo do tempo sobre os direitos, seja por questões históricas, políticas, econômicas seja pela própria dimensão de cientificidade atribuída ao Direito, passa por um processo constante de mutação. Dessa maneira, ao considerarmos o sentido do Direito - e o das normas jurídicas que habitam seu sistema – cambiante no tempo e no espaço, devemos necessariamente atribuir-lhe a condição de abertura. Isto significa considerá-lo material da cultura a comportar um contributo do intérprete, a fim de aprimorá-lo como construção humana, orientado a assegurar Justiça no contexto de diversificados projetos de vida.

Neste sentido, além do papel dos intérpretes da norma, destaco o papel dos agentes administrativos, de modo que sua atuação não deve se limitar à gestão, mas ser compreendida também na perspectiva do controle da administração com vistas à efetividade. Isso para que se apresente como possível instrumento de intervenção para a construção social da realidade orientada pelos valores eleitos pela sociedade por meio de seus representantes e autoridades constituídas. Logo, uma releitura do arcabouço normativo que garante o Estado de Direito brasileiro pode contribuir para a atualização de velhas formas criadas em um cenário no qual ao Direito Administrativo era atribuída a condição de fundamento para a atuação técnica. Esta atribuição de sentido contextualizada do Direito Positivo deve se somar à institucionalização de novas práticas estatais, que melhor e em tempo razoável atendam às demandas da sociedade plural e complexa, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais.

Nessa medida, avaliar os avanços e o estado da arte das análises acerca das conquistas produzidas pelo texto constitucional é tarefa relevante, pois nem sempre os avanços institucionais se traduzem em avanços concretos. Logo, sustento a necessidade de a condição híbrida (que condensa vários modelos) do Estado de Direito brasileiro serem atribuídos significação e efetividade, para que o que o texto constitucional assegura seja de fato garantido na prática, no plano da concretização de direitos fundamentais. Considero que tal fato permitirá reduzir a distância hoje existente entre formulações teóricas e o objetivo de efetividade de direitos. Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O paradigma do Estado Democrático de Direito não apenas incorporou no rol de

direitos fundamentais novas relações jurídicas, como aquelas atinentes aos direitos difusos, mas também renovou a concepção de outros tantos direitos. Assim, a semiótica jurídica do direito à igualdade, ampliando seu campo de incidência e sua plurissignificação são indispensáveis sob a ótica da dignidade humana. Uma sociedade calcada em tais princípios é, necessariamente, pluralista e inclusiva, pois deve garantir-estimular a participação de todos, aproveitando as diferentes cosmovisões e experiências humanas, reconhecendo-desenvolvendo o potencial de cada cidadão. (CRUZ, 2004, p.77-79, 103).

Proponho, nesse sentido, uma releitura dos institutos que fundamentam o Direito Administrativo, visando uma aceção da ideia de legalidade, que, com vistas à eficiência administrativa, considere que a atuação política (de formulação) e a técnica (de operação) sejam, a um tempo, ações complementares, abrangidas pela função executiva. Isso porque na atualidade, via de regra, o Direito Administrativo é concebido como um emaranhado procedimental e processual de natureza técnica; ou seja, instrumental de atuação e não fundamento de atuação finalística. Tal fato se justifica diante da necessidade de constatar a condição multifacetada do Estado de Direito, isto, é de composição heterogênea em vista das diferentes normas vinculadas aos vários modelos de Estado cujo texto constitucional abarca, tanto como categoria histórica quanto pela perspectiva de sua estrutura normativa de composição híbrida.

Como fundamento de aplicação, esse modelo deve assegurar a cogência de normas, princípios e procedimentos que materializam modelos de estado criados em vista da hipertrofia de modelos clássicos, diante de uma realidade estranha de quando da deflagração das experiências históricas que a eles deram origem. Essa estrutura, por sua vez, é uma estrutura plural que adiciona, ao longo do tempo e espaço, novas formas de organização estatal. Nesse sentido, merece crítica a ideia de estar o controle da Administração Pública na ótica dos Tribunais de Contas, ainda fundado na perspectiva do modelo liberal, pois o controle negativo (não intervenção estatal) vinculado a esse modelo não assegura acesso aos direitos de forma igualitária, como no contexto dos modelos social e pluralista.

Decorre dessa afirmação, a atuação controladora calcada tanto em uma aceção restrita (formalista) do conceito de legalidade quanto da atribuição da condição de norma de supremacia da regra da prevalência do interesse público sobre o particular, *a priori*, tal qual um juízo sintético da lógica formal kantiana.

Mas se a dimensão do Estado brasileiro é híbrida, outro olhar por parte dos Tribunais de Contas não deveria ser lançado à Administração Pública, a fim de reabilitar sua condição de agente também de concretização de direitos? Os órgãos de controle externo condicionam a atuação do administrador público a uma atuação formalista, sem destacar a natureza política, ou seja, de formulação dessa atuação. Isso porque o agente político é sobretudo um

articulador de políticas públicas e, como tal, atua a fim de viabilizar políticas públicas inclusive na perspectiva do cooperativismo federativo. Tal fato evidencia a natureza dúplice de sua atuação, que, ao se restringir à mera dimensão formalista, gera uma dicotomia que a distancia – ao vinculá-la apenas à sua dimensão técnica – da efetividade que deve, em regra, nortear a construção e implementação de políticas públicas, no país.

2.1.2 Direito Administrativo como “técnica”: (re)pensando o conceito de função administrativa em busca da efetividade de direitos

Tratarei de avançar na verificação das características da interpretação, significação e aplicação das regras do Direito Administrativo na atualidade. A análise da atuação dos Tribunais de Contas, na condição de instituições incumbidas constitucionalmente de processar e julgar as contas anuais dos chefes do Poder Executivo (art. 71, I, da CR/88), servirá de objeto de análise para os propósitos do presente trabalho.

Saliento que, hodiernamente, a teoria administrativista, em regra, concebe a atuação do administrador público como atividade técnica ao dissociar as funções política e administrativa. Essa atuação não considera, a ponto de garantir sua realização, que a função executiva, a um tempo, dita formular e operar. Mesmo quando a doutrina se ocupa por evidenciar o caráter dúplice da função executiva, de fato, aponta como traço de distinção o exercício da função administrativa. A título de exemplo, Di Pietro que, ao dissertar sobre a administração pública, considera que, em resumo: “[...] o vocábulo tanto abrange a atividade superior de planejar, erigir, comandar, como a atividade subordinada de executar”. (DI PIETRO, 2009, p. 48). Assim, a despeito de para a autora o planejamento figurar como elemento da função executiva que condiz com a gestão político-administrativa da máquina pública, a doutrinadora aponta como traço característico da função pública, a função administrativa:

Há ainda, outra distinção que alguns autores costumam fazer, a partir da ideia que administrar compreende planejar e executar: a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política. (DI PIETRO, 2009, p.49).

A redução da função executiva ao seu aspecto técnico implica separação entre a

dimensão conceitual e operacional. Na prática, isso significa que as transformações pelas quais passou o modelo de Estado após a Constituição de 1988 redundam em inovações e posituação de direitos cuja existência formal não os garante na prática, pois a realidade evidencia que o Estado de Direito brasileiro é afetado pelo *deficit* de operação de seus poderes e instituições. Uma releitura do fundamento que sustenta a dogmática do controle externo da Administração Pública, através da releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, é sustentada. Segundo Baracho Júnior: “[...] a ideia de que interesse público e privado podem ser tencionados de forma a se encontrar a decisão mais correta caracteriza uma nova jurisprudência no STF” (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 509).¹⁰

Para efeito da presente análise, as ideias presentes no conceito de legalidade se prendem à supremacia do interesse público, bem como sua indisponibilidade, ainda estruturando conceito de tal princípio. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quem exerce ‘função administrativa’ está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu representante terá de ser exercido. [...] A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. (MELLO, 2009, p. 72-73).

É importante ressaltar que o princípio da legalidade ocupa posição de centralidade no

¹⁰ A adoção por parte do STF de um novo entendimento sobre a condição de princípio de supremacia, em regra, atribuída à ideia de interesse público demonstra a adoção de um novo posicionamento em nossa mais alta corte. Cito os seguintes julgados: ADIn 885 (BRASIL. STF. ADIn 885. Min. Néri da Silveira, 2001), que declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Paraná que obrigava proprietários de estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo/GLP, a instituírem equipamentos para pesagem de botijões, a fim de abaterem as eventuais diferenças de peso no valor final do produto aos consumidores. HC 71.373 (BRASIL. STF. HC 71.373. Min. Francisco Rezek, 1996) e HC 76.060-4 (BRASIL. STF. HC 76.060-4. Min. Sepúlveda Pertence, 1998) que traduzem o entendimento de assegurar ao particular a não produção de prova contra sua vontade, em sede de exame de DNA. Consideramos que estes entendimentos se harmonizam à nova realidade dogmática trazida pela Constituição de 1988, ao traduzir em decisões o comando emanado pelo Constituinte no sentido da construção de uma nova realidade no que tange ao exercício da função pública na esfera da Administração Pública. Essa nova etapa sustenta uma atuação consensual e dialógica, que não poderia florescer em meio a uma visão unilateral que ignore o papel da sociedade na construção do interesse público. Relativizar a visão de supremacia até então lançada sobre tal princípio, significa dizer que a construção de sentido da norma diante do mesmo só pode se dar no caso concreto, afastando-se de antemão a ideia de juridicidade antecipada da atuação estatal. Para o presente trabalho, o tema se articula ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas à medida que integra o papel da sociedade no processo de construção da própria ideia de controle, que, visto na modalidade social, vem suprir um *deficit* de legitimidade atribuído ao controle vigente. O controle social pode colaborar para um controle da Administração conectado à realidade, pois ninguém melhor para contribuir com a incorporação das deficiências das políticas públicas pelas instituições que os destinatários de tais políticas. A existência pura e simples de indicadores não garantem a sua aplicação eficiente, pois os avanços verificados não se traduzem em avanços concretos. Nesse contexto, sustentar um controle participativo e plural parece contribuir na redução da distância entre teoria e prática do controle.

Direito Administrativo. Sustento que o referido princípio fundamente não um controle de legalidade estrita, mas um controle de juridicidade que transcenda o formalismo. Portanto, como regra geral, a legalidade deve ser concebida e aplicada, possibilitando sua contextualização quando apresentar-se insuficiente quando fundamento único de aplicação. Conforme a acepção do Direito Administrativo descrita, o controle de contas das políticas públicas ressentem-se de uma adequação conforme a realidade com a qual se depara, pois verifica-se uma cisão que decorre da distinção entre teoria e prática. Isso quer dizer que nem sempre o que é assegurado pela teoria não é garantido na prática, de modo que o que é lecionado nas academias, muitas vezes, não é reconhecido na prática pelos operadores do Direito. Podemos citar a ausência de atribuição de significado às normas a partir da realidade, bem como a concepção apenas simbólica de seu domínio normativo. Como exemplo, foi indicada a prevalência do modelo liberal no controle de contas reduzindo-o a um controle contábil, em que pese a natureza híbrida do modelo de Estado de Direito brasileiro, como demonstrei na análise dos modelos de Estado no marco teórico do Estado Democrático de Direito.

Situações vinculadas a uma abordagem formal, em regra, abstraem acerca dos problemas a par de uma realidade que tais formulações não recobrem, diante de sua não operacionalidade, frustrando a efetividade. Por tais razões, o debate acerca da efetividade das políticas públicas, hoje, foge, via de regra, das abordagens administrativistas sobre a matéria, estando a cargo do constitucionalismo, que já avançou na perspectiva de abordagem construtivista do Direito com a atribuição de significado das normas de forma contextualizada. O *deficit* de operação decorrente dessa abordagem restritiva do Direito, como exemplo, implica a própria inoperância da função administrativa, que tem se confrontado com a judicialização da política.

Atualmente, o Poder Executivo orienta-se por um legalismo que ou vincula-o ao legislador ou à autoridade judiciária, redundando tal fato em perda de autonomia dos agentes políticos que, em regra, deveriam formular e executar políticas públicas, a fim de assegurar o quanto antes a realização de direitos fundamentais no país. Ao discorrer sobre função administrativa, Carvalho Filho aduz que:

Como tal gestão implica normalmente a prática de vários atos e atividades alvejando determinada meta, a Administração socorre-se, com frequência, de processos administrativos como instrumento para concretizar a função administrativa. Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido governo e administração, e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela,

sempre sujeita a regras jurídicas superiores. Não custa, por fim, lembrar que, a despeito da reconhecida diversidade dos critérios identificadores da função administrativa, como mencionamos acima, é o critério material que tem merecido justo realce entre os estudiosos; cuida-se de examinar o conteúdo em si da atividade, independentemente do Poder de onde provenha. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 4).

Conforme a citação transcrita, a diferenciação entre função política e administrativa é importante para o estabelecimento de metas e procedimentos para garantir o atingimento destas. À medida que alguns operadores do Direito Administrativo não correlacionam os direitos fundamentais na perspectiva de sua operação por meio dos serviços públicos e políticas públicas, estes reforçam o caráter tecnicista da atuação administrativa, o que sustenta a partir da concepção administrativista da doutrina indicada na introdução do trabalho, bem como do RE 235.593 ao corroborar com o controle da forma quando da análise do controle de contas nos termos do art. 71, I, da CR/88.

A análise jurídica se apresenta como uma abordagem que denota uma cisão que dissocia a função política da administrativa, revelando uma descrição insuficiente da função executiva ao não alcançar-lhe a complexidade. Para uma leitura mais adequada, proponho a integração dos diversos componentes que integram a Administração Pública, como serviços públicos e orçamento; efeitos financeiros dos atos administrativos e planejamento; direitos fundamentais e controle de políticas públicas; participação, e sustentabilidade, a título de exemplo. Nessa direção, a efetividade de tais políticas ultrapassa o aspecto normativo e recomenda a articulação de planejamento; orçamento; gestões administrativa, financeira, jurídica; mobilização; e controles institucional (interno e externo) e social. A título de exemplificação quanto à necessidade dessa visão integrada, Marinella Machado Araújo adverte:

Por outro lado, é certo que, no modelo democrático, que se baliza e estrutura as funções públicas segundo os princípios democráticos e do discurso, as funções administrativa e política não podem ser tratadas como dicotômicas, pois elas fazem parte da função executiva, e estão totalmente interligadas. Essa ligação é estabelecida na medida em que a função administrativa irá executar as decisões e ações planejadas pela função governamental. Significa dizer que a formulação e consecução de políticas públicas é exercício da função pública, governamental na elaboração e administrativa na execução. (ARAÚJO, 2010, p.149).

Para testar a premissa levantada de dissociação da função política e da administrativa no contexto da função executiva, cumpre lançar um olhar crítico sobre se a alteração trazida pela CR/88 quanto ao perfil institucional e missão dos Tribunais de Contas contribui para um controle mais eficaz da execução orçamentária das políticas públicas. Será que esses órgãos

deixaram de ser “apêndices” do Poder Legislativo? Fato é que ao menos lhes foi atribuída independência institucional como órgãos técnicos e entidades despersonalizadas. Também, lhes ampliou competência do mero controle de legalidade, para um controle de juridicidade (MULLER, 2004, p. 70) e eficiência dos gastos públicos, conforme art. 70 da CR/88. O MS 24.510¹¹ (BRASIL. STF. MS 24.510. Min. Ellen Gracie, 2004) foi apresentado como decisão que valida o controle prévio, concretizando os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade do controle externo pelos TC’s. Tais inovações muito contribuíram para o fortalecimento desses órgãos, trazendo um melhor desempenho da função de controle, que o tornou mais rigoroso.

Entretanto, cumpre investigar se o estágio atual, conforme o qual o controle de contas é praticado, permite ao gestor construir o significado da norma a partir do âmbito normativo, abandonando a aplicação da norma por subsunção, adotando-se técnicas aptas e adequadas para alcançarem demandas atuais, marcadas pela complexidade e pela pluralidade.

A confirmação dessa possibilidade é um indicador da desvinculação ao modelo liberal como fundamento; do contrário, a despeito da evolução no espaço e no tempo do modelo de Estado, fato é que remanescerá o fundamento que se pauta na acepção estrita de legalidade. A análise do controle externo deve ser contextualizada na atualidade do estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira. Logo, a dimensão plúrima, de imbricamento de interesses multifacetados, à medida que possui acento na realidade, deve também estar assegurada nos procedimentos administrativos que a recobrem, isto é, impõe que tais expedientes – sejam decisões, medidas administrativas ou políticas públicas – reflitam tal complexidade, a fim de alcançá-la, para que sejam efetivas. Para Kelles: “[...] a desvinculação dos TC’s da estrutura orgânica do Poder Legislativo, contribuiu para uma análise técnica e imparcial”. (KELLES, 2007, p. 204-206).

Entretanto, indago se realmente esses órgãos estão imunes a pressões políticas e econômicas, a salvo de fenômenos da modernidade como o acoplamento estrutural e a força simbólica dos direitos. Ainda, se a solução encontra-se na perspectiva de mecanismos de gestão e aplicação da lei, ou se uma análise de reforma estrutural, como a reformulação da forma de acesso ao cargo de Conselheiro (hoje estritamente vinculada à nomeação discricionária dos (as) Chefes dos Executivos federal e estaduais), deve ser considerada.

¹¹PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- *Omissis*. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- *Omissis*. 4- *Omissis*. Denegada a ordem.

Desse modo, uma atuação que se paute na conjugação da realidade e das normas não deveria ser passível de censura pelos órgãos de controle, caso sua atuação finalística se fundamente nos próprios modelos que guarnecem o marco teórico do Estado Democrático de Direito. Destaco o republicanismo, o pluralismo, a participação, bem como a realização dos valores consagrados pela Constituição brasileira, tal qual a eficiência administrativa que tem como mecanismo de concretização do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito).

Para um exemplo prático, cabe refletir acerca da vedação da Lei federal nº. 8.666/93 ao reajuste do contrato administrativo de fornecimento de combustíveis, anteriormente ao período de 12 meses. Ora, quantas alterações sucedem na “bomba de gasolina” ao longo de 01 ano? (ARAÚJO, 2003, p. 477). Contudo, na lógica atual, o gestor que se arvorar a atuar principiologicamente nesse sentido corre o risco de ser privado do exercício de direitos políticos em face de uma reprovação das contas do mandato pelo TC respectivo após aprovação do parecer prévio pelo Legislativo, nos termos da Lei Complementar 135, de 2010.

Portanto, a título de exemplo, a avaliação dos gastos pela Administração Pública – tarefa afeta aos órgãos de controle externo -, hoje é limitada na perspectiva da realização dos valores trazidos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, pois não considera a realidade institucional do ente público para efeito do controle de contas dos respectivos agentes, em que pese já existirem normas constitucionais (arts. 70 a 75 da CR/88) que autorizam tal aplicação.

A despeito de deterem tal competência, a ela não é inerente o caráter de definitividade, de modo que decorre o entendimento de que se lhes falece a imposição coercitiva ao não dimanar do ordenamento jurídico comando que se lhes atribua poder para executar tais decisões na via forçada. Por esse motivo, as decisões emanadas por tais órgãos não são dotadas de autoexecutoriedade, conforme RE 106.923 (Min. Sydney Sanches) que considerou a necessidade de a Fazenda Pública à qual o TC se vincula executar título extrajudicial produzido por ele. Assim, assegurar a coercibilidade da decisão torna-se, pois, tarefa afeta ao Poder Judiciário, que no ordenamento jurídico brasileiro detém o monopólio do exercício estatal da jurisdição. Decorre desse poder substituir a vontade das partes pelos órgãos judiciários nos conflitos de interesses, aplicando o direito ao caso concreto em caráter de definitividade e coercibilidade.

Da mesma maneira que a Administração Pública tem que efetivar direitos sem descurar-se do *due process*, também os órgãos que a controlam têm que cumprir seu papel constitucional por meio de uma atuação conforme à Constituição. Hoje, constato a atuação de

uma Jurisdição Constitucional cuja competência se amplia e se avoluma em virtude da inoperância de alguns órgãos e poderes da República. O estudo dos limites de atuação dessa competência – ampliada pela judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial - (FORTINI et al, 2008, p. 39) (TEXEIRA; MAGALHÃES 2008, p. 141) - contribui para atualizar a necessidade de incluir nessa discussão os fundamentos da teoria do Estado Democrático de Direito.

Voltando ao exemplo sugerido, verifica-se que tal objeto possui a mencionada abordagem, mesmo que tal avaliação implique o enriquecimento ilícito da Administração como no exemplo dado anteriormente, a tratar da questão do reajustamento dos contratos administrativos de fornecimento de combustíveis. Decorre de tal fato, a prevalência do modelo liberal sobre normas e procedimentos decorrentes de modelos normativos de mesma estatura constitucional. Portanto, é importante que instrumentos mais adequados, como formulação e execução integrada de políticas públicas (planejamento, orçamento, gestão) somadas a abordagens construtivistas que atribuam significado às normas a partir da realidade, sejam incorporados às práticas administrativas e de controle à medida que representam a multiplicidade de componentes existentes nos fatores que implicam os futuros objetos de análise – *déficit* de legitimidade, operação e efetividade (BONAVIDES, 2008a, p. 378, 383).

Analisar criticamente as características institucionais, conceituais e normativas dos Tribunais de Contas permite criar subsídio para discussão acerca da natureza jurídica das decisões emanadas, a fim de corroborar a linha de raciocínio sustentada no presente capítulo. O *site* do Tribunal de Contas da União traz a seguinte menção à evolução histórica do órgão:

[...] A fiscalização se fazia pelo sistema de registro prévio. A Constituição de 1891 institucionalizou o Tribunal e conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.

[...] Pela Constituição de 1934, o Tribunal recebeu, entre outras, as seguintes atribuições: proceder ao acompanhamento da execução orçamentária, registrar previamente as despesas e os contratos, julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos, assim como apresentar parecer prévio sobre as contas do Presidente da República para posterior encaminhamento à Câmara dos Deputados.

[...] A Constituição de 1946 acresceu um novo encargo às competências da Corte de Contas: julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

[...] A Constituição de 1967, ratificada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retirou do Tribunal o exame e o julgamento prévio dos atos e dos contratos geradores de despesas, sem prejuízo da competência para apontar falhas e irregularidades que, se não sanadas, seriam, então, objeto de representação ao Congresso Nacional [...] Finalmente, com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas. Recebeu poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das

entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. (BRASIL, 2009a).

Apesar da nova dinâmica, no que tange ao exercício do controle de contas pelos TC's, é possível considerar que o modelo liberal ainda estrutura o seu fundamento. As auditorias operacionais têm sido indicadas como avanço no contexto do controle externo. Nesse contexto, elas geram recomendações que resultam em procedimentos efetivos, como multas administrativas, ajustes e adequação de procedimentos de licitação, como no caso das parcerias público-privadas/PPPs¹² - e da atuação fiscalizadora das Agências Reguladoras¹³, conforme Lei federal nº. 8.443, de 16 de julho de 1992 (Regimento Interno do TCU). Nesse aspecto, Zymler (2008, p. 344) considera que “[...] além de analisar os resultados obtidos pelas parcerias público-privadas, por meio de auditorias de cunho operacional, o TCU deverá fiscalizar as PPP's sob o aspecto da legalidade”.

Entretanto, a conclusão que se evidencia é no sentido de o controle exercido continuar obedecendo a um controle em sentido estrito, pois não incorpora as deficiências verificadas nas respectivas inspeções. Em que pese a importância de tal mecanismo, cabe registrar que os resultados produzidos pelas auditorias não vinculam o voto dos respectivos conselheiros, não se atribuindo a elas poder normativo, limitando o alcance de tal atuação a uma ação

¹²Segundo Benjamin Zymler (2008, p. 25) ao tratar do controle externo das parcerias público-privadas: “Aduz-se que a recente edição da Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, tornou ainda mais premente e necessária a discussão dos fundamentos do respectivo controle externo, bem como da forma como ele será executado. Cumpre ressaltar que, em princípio, essas parcerias envolverão recursos públicos em percentuais e montantes que variarão conforme o caso em exame”.

¹³A notícia extraída do Jornal Folha de São Paulo, Ano 92. Quinta-feira, 03 de maio de 2012, nº. 30.346 B1, contribui para exemplificar a atuação do Tribunal de Contas da União com fundamento nos princípios da legalidade e eficiência: “Um parecer da área técnica do Tribunal de Contas da União vai recomendar aos ministros do TCU que as 63 distribuidoras de energia do país sejam obrigadas a devolver todo o dinheiro cobrado a mais dos consumidores na conta de luz durante pelo menos sete anos. O valor pode passar de R\$ 7 bilhões. Os ministros do TCU devem se reunir nas próximas semanas para a decisão final sobre o assunto. O relator do processo é o ministro Valmir Campelo. Será dele a decisão de acatar ou não o parecer do TCU. Os ministros podem ou não seguir o voto. O próprio TCU foi o primeiro a identificar a falha em 2007, quando analisava o balanço da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe), a pedido do Congresso Nacional. Na ocasião, o tribunal alertou o governo e a Agência Nacional de energia Elétrica (ANEEL) sobre a falha e pediu medidas para a correção do problema”. Depreende-se do caso que um erro de cálculo da tarifa de energia elétrica gerou lucro indevido de R\$ 07 (sete) bilhões de reais para concessionárias no Brasil, segundo processo movido pelo Instituto de Direito do Consumidor/IDEC. O TCU decidirá se usuários serão compensados, desde 2002, quando o apagão energético ensejou novo cálculo da tarifa, o que devia acontecer, conforme sustenta o instituto, para remunerar o incremento da eficiência do sistema e não devido ao puro e simples aumento do consumo de energia impulsionado pelo aumento da utilização de eletrodomésticos no país. Este exemplo traduz a tensão entre os princípios da legalidade e eficiência, e sua análise permite aferir que o controle externo pelos TC's pode contribuir para uma análise que considere a economicidade como princípio vinculante da atuação das concessionárias de serviços públicos, na perspectiva da modicidade das tarifas, nos termos da Lei federal nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e da Instrução Normativa nº 43 do TCU.

pedagógica que não institucionaliza novos mecanismos diante das deficiências encontradas. Isso pode se dar em virtude da baixa capacidade administrativa, em regra, verificada nas instituições controladas, em vista da demanda por melhor estrutura de recursos humanos, materiais e procedimentais, e também pela inexistência de vinculação de tais resultados no contexto das decisões emanadas pelos TC's.

Nesse sentido, ainda que se enfatize a importância do modelo liberal ao longo da História em sede da Teoria do Estado, para o presente trabalho, esse fato não exclui a análise dos efeitos e reflexos que as tradições de Estado Democrático Participativo (controle democrático e social) e, principalmente, o modelo de Estado Federado - cuja materialização no presente estudo se apresenta por meio da Jurisdição Constitucional -, articulam-se e sofrem conformações e mitigação diante dos modelos liberal e republicano, exemplificado no caso por meio do controle da Administração Pública pelos TC's. Segundo Aguiar:

Até 1988, os Tribunais de Contas, a despeito de seus valorosos membros e servidores, não passavam de apêndices do Poder Legislativo. Com o novo Estatuto Maior, esses colegiados ganharam enorme estatura constitucional, verdadeira jurisdição de contas, cuja natureza se extrai diretamente do Texto Magno, exercendo, dentro de um processo de invulgar essência, competências exclusivas no Estado brasileiro, dentre as quais a última palavra sobre a regularidade de atos de gestão, assim como a punição dos maus administradores. (AGUIAR, 2006, p.13).

Importante a advertência de Schmidt-Assmann (ÁVILA apud ASSMANN, 2001, p. 204), para o qual: “[...]a determinação do bem comum é antes de tudo uma questão de direito positivo, que para respondê-la deixa normalmente à disposição prescrições procedimentais e materiais”. Nesse contexto, como é possível sustentar que o marco teórico do Estado de Direito Brasileiro incorpora à sua estrutura normativa os modelos participativo e pluralista, se as relações jurídicas estabelecidas pela Administração Pública se fundam em um princípio de supremacia? Dessa forma, a compreensão e atualização do comando “interesse público”, como princípio de supremacia - apto a afastar de antemão qualquer possibilidade de sopesamento diante de um princípio colidente -, é um indicador da inaptidão do Estado de Direito brasileiro, quanto à redução à ideia de controle ao modelo liberal. Seria possível que a ideia de consensualidade sobrevivesse ou ao menos fosse passível de apreensão objetiva nos atos produzidos pelo Estado, Administração Pública e sociedade civil a persistir essa lógica? Coelho sustenta neste sentido que: “[...]não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada; que a norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito; e que a norma não é o pressuposto, mas o resultado de sua interpretação”. (COELHO, 2001, p.8).

Decorre deste entendimento, a necessária conclusão quanto à abordagem do controle da Administração não se limitar a tais modelos clássicos, provenientes de experiências dos séculos XVIII e XIX, pois estes modelos desconsideram o papel do intérprete na atribuição de significado do texto legal, considerando tal processo como um dado pré-concebido. Nesse sentido, a menção a Ávila torna-se também pertinente à medida que se faz também necessária a atualização semântica das normas decorrentes desses modelos. Por exemplo, cite-se o princípio da supremacia do interesse público, que em uma análise orientada pelo citado marco teórico, assume a acepção de regra condicionada. Decorre de tal fato dizer que a aferição de prevalência fica prejudicada em face do entendimento que relega sua aplicação caso a caso.

Contudo, a despeito de o TC estar inserido na dogmática do projeto normativo constitucional brasileiro desde 1891, acompanhando, ainda que de maneira formal, o incremento no dito modelo de Estado de vários outros modelos, fato é que na via prática, a realidade indica que tal órgão se prende ainda ao modelo liberal, como tive a oportunidade de expor ao longo deste trabalho.

Isso implica o exercício do controle da Administração Pública, alheio a métodos de gestão e técnicas de compreensão, interpretação e aplicação do texto legal, que tenderiam a alcançar de forma mais consistente a complexidade social. Ao longo da História, essa transformação justifica o surgimento de modelos de Estado em vista da evolução da sociedade no tempo e no espaço. Esse processo é laborioso e problemas que nascem com as demandas da vida humana devem estar na ordem do dia nas ciências que se ocupam do homem, sobretudo, o Direito, já que o sentimento de justiça é arquetipicamente modulador do sujeito. Nessa ordem de ideias, o controle de legalidade passa a admitir também um controle mais amplo, de juridicidade, orientado também para o controle de legitimidade e eficácia dos atos administrativos. A fim de contextualizar de forma interdisciplinar o presente tema, adotando um conceito de técnica amparado na Filosofia, cumpre indicar a contribuição da hermenêutica de Gadamer, acerca da teoria aristotélica da *techne*:

Aqui está o verdadeiro problema do saber ético de que se ocupa Aristóteles em sua ética. O direcionamento que o saber imprime ao fazer aparece sobretudo e de maneira exemplar aí onde os gregos falam de *techne*. Esta é a habilidade, é o saber do artesão que sabe produzir coisas determinadas. (GADAMER, 2008, p. 441).

É possível, portanto, afirmar que o conceito de atuação formalista adotado atualmente se limita a produzir atuações automatistas, não implicando uma reflexão que institucionalize procedimentos sob a perspectiva da eficiência administrativa. Considero que esta

institucionalização pode garantir a concretização de direitos fundamentais assegurando com isso uma maior participação social na esfera pública. Em sentido contrário, o repisar de velhas fórmulas gera a resignação dos sujeitos que ao se depararem com um *deficit* de legitimidade e efetividade na perspectiva da realização de direitos, não se sentem estimulados a atuar na arena política das instituições. Aquilo que Roitman Rosenmann denomina “conformismo social” pode ser apercebido inclusive na atuação estatal, como este nos adverte.

O conformismo social é um tipo de comportamento cujo traço característico é a adoção de condutas inibitórias da consciência no processo de construção da realidade. Apresenta-se como uma rejeição contra qualquer atitude que acarrete enfrentar ou contradizer o poder legalmente constituído. Sua articulação social está determinada pela disseminação de valores que tendem a justificar dita inibição a favor de um melhor processo de adaptação ao sistema-ambiente a que se pertence (ROSENMANN, 2003, p.1).¹⁴

Considerando que a própria atuação do agente estatal se confunde com a humana (como exemplo de sua exteriorização), não seria desarrazoado defender que a atuação técnica mire fins, e não apenas se contente em respeitar o crivo formal, satisfazendo-se apenas com o respeito aos pressupostos e requisitos procedimentais e processuais. Esta atuação na esfera administrativa - no que tange ao controle externo da Administração Pública - deve ocupar-se não apenas da verificação de validade dos atos administrativos e despesas públicas, uma vez que lançar um olhar de natureza valorativa, a ser adicionado no exercício da missão institucional desses órgãos, torna-se medida adequada. Do contrário, o arcabouço normativo sempre será apontado como entrave intransponível pelos modelos teóricos mais ocupados com uma descrição formal do que com o objetivo de efetividade, reproduzindo e replicando tal modo de percepção da realidade, de maneira que esta continue inalterada.

2.1.3 O princípio da supremacia do interesse público: uma releitura sistêmica do conceito de legalidade

Hoje, a força orientadora dos valores e o poder normativo dos princípios impõem um conceito de legalidade ampliado pela teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008), fundamentando-se no controle sistemático dos atos administrativos como corolário da unidade

¹⁴El conformismo social es un tipo de comportamiento cuyo rasgo más característico es la adopción de conductas inhibitorias de la conciencia en el proceso de construcción de la realidad. Se presenta como un rechazo hacia cualquier tipo de actitud que conlleve enfrentamiento o contradicción con el poder legalmente constituído. Su articulación social está determinada por la creación de valores y símbolos que tienden a justificar dicha inhibición en favor de un mejor proceso de adaptación al sistema-entorno al que se pertenece.

sistêmica do Direito, a par do princípio do direito à boa administração pública. Conforme Binenbojm:

Também a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que ‘demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção’. (BINENBOJM, 2008, p.30).

Nesse sentido, no que tange ao Poder Executivo, é consenso que a Administração Pública hoje enfrenta a problemática de prestar serviços públicos com eficiência, qualidade e em algumas situações, celeridade, sem desrespeitar o princípio da legalidade e tendo em vista o controle da corrupção. Ressalto que o moderno conceito de legalidade transcende a ideia clássica de “Estado legal kelseniano” (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 106), ultrapassando a ideia de que o Estado estaria, sob o aspecto normativo, vinculado não apenas a regras jurídicas consubstanciadas no texto legal, mas também a princípios jurídicos.

Os órgãos de controle externo da Administração Pública ocupam, nesse contexto, importante papel no que tange à implementação na via prática desses princípios, realizando tal tarefa como missão institucional, dado serem órgãos técnicos de apoio ao Parlamento quanto à fiscalização das atividades da Administração Pública. Estão abrangidas no rol dessas tarefas controladoras, por exemplo, a fiscalização de gastos públicos, o controle sobre licitações e contratos administrativos, a admissão de pessoal, etc. Por possuírem competência constitucional para o exercício do controle - exercendo-a em algumas circunstâncias de forma privativa -, esses órgãos têm o dever de emanarem recomendações pedagógicas, propor alterações na estrutura organizacional e procedimentos dos entes controlados e aplicar a sanção para condutas que agridam as leis de regência, desde que presente, de forma ineludível, o substrato fático-jurídico para tanto. Tal imperativo, por respeito ao princípio da proporcionalidade, deve recomendar que a sanção seja proporcional à extensão do dano e, principalmente, à natureza jurídica do ato pressuposto.

Logo, classificar conforme o ordenamento jurídico a natureza jurídica das decisões emanadas pelos órgãos de controle externo é fundamental para delimitar os reflexos e impactos de tais decisões no âmbito da Jurisdição Constitucional.

Temos que o controle externo da Administração Pública encontra fundamento no modelo de Estado liberal - **a ele não se limitando** - sendo produto direto da teoria da

separação dos poderes. Apesar de sustentar que a aplicação isolada do modelo liberal não assegura a efetividade do controle pelos TC's, registro a importância do liberal para a consagração das garantias individuais e submissão do Estado à ideia de legalidade. Esse controle, inicialmente concebido como negativo, reputava que assegurar a não intervenção do Estado na esfera particular seria uma atuação conforme a legalidade. Bonavides, ao comentar acerca das inovações trazidas pelo século XIX quanto à Teoria do Estado, pondera:

O princípio da separação dos poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública. A solene Declaração [*Universal dos Direitos do Homem*] fundava o Estado de Direito. Não importa a qualificação ou adjetivo que se lhe acrescentasse – Liberal, Democrático ou Social. Se não garantir nem concretizar a liberdade, se não limitar o poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé e fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar da conquista inviolável da cidadania, não será Estado de Direito. (BONAVIDES, 2008b, p.42-43).

Conforme preâmbulo à reedição da Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria de 1977, emanada pela Associação Internacional das Entidades de Auditoria Superior, por meio de seu Secretário-Geral, Dr. Franz Fiedler, da qual a República Federativa do Brasil é signatária, “O estado de direito e a democracia são, portanto, premissas essenciais para uma auditoria governamental efetivamente independente, além de serem os pilares nos quais a Declaração de Lima se fundamenta” (BRASIL, 2009b).

Nesse sentido, uma pesquisa, à luz da doutrina relativa aos fundamentos do Estado de Direito brasileiro, como metodologia para aferição da correção e validade do discurso de justificação das proposições desfiladas do objeto no presente estudo, contribui para analisarmos a realização ou não dos modelos indicados, bem como a concretização dos direitos fundamentais a estes ínsitos. Avançar na discussão no sentido de captar na Administração Pública manifestações de uma tradição inovadora e eficiente – materializadora do direito à boa administração - é medida que permite estabelecer um contraponto em face da atualidade do problema da efetividade, indicando caminhos e possibilidades para o trato da matéria.

Ao concebermos, com amparo na visão clássica, o Direito Administrativo como referencial teórico para um conjunto de técnicas, não nos apercebemos de sua condição de instrumento de relação do cidadão para com o Estado. Nesse sentido, remanescerão fórmulas clássicas que, analisadas sob uma perspectiva de recepção pelo texto constitucional, a este não se compadecerão. Conforme adverte Ávila:

O conhecimento da norma pressupõe o do sistema e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão das normas (postulado da coerência); só é possível conhecer a norma com a análise simultânea do fato, e descrever os fatos com recurso aos textos normativos (postulados da integridade); só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua pré-compreensão pelo sujeito cognoscente, definida como expectativa quanto à solução concreta, já que o texto sem a hipótese não é problemático, e a hipótese, por sua vez, só surge com o texto (postulado da reflexão). (ÁVILA, 2001, p.5).

Um novo olhar para a questão deve ser lançado, para considerar o fundamento na ideia de interesse público não como um mega-princípio, mas sim uma regra de aplicação condicionada que só pode ser imposta ou conformada diante do caso concreto. Questão que contribui para alinhar a questão central ao estágio atual de sua prática é indicar uma movimentação conceitual ou dinamização semântica vivenciada tanto no âmbito do Direito Público quanto do Direito Privado. Segundo Habermas: “[...] os critérios clássicos do Direito Público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do Direito Privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar”. (HABERMAS, 2003, p. 180).

Assim, no âmbito Direito Privado, princípios e valores ampliam a discussão em torno da condição de supremacia do princípio do interesse público, incorporando ao agir estatal, *v.g.*, eticidade, socialidade e boa-fé, na aplicação do direito nessa seara, como citado alhures. Logo, sob o enfoque publicista, instrumentos formais híbridos foram criados para alcançarem demandas modernas cuja condição plúrima as estas inerentes recomenda a releitura de normas, institutos, processos e procedimentos, abandonando-se com isso a acepção clássica do conceito de técnica como fazer-não-reflexivo. Essa inteiração entre normas de Direito Público e Privado habita a realidade normativa de nosso Estado de Direito, sendo percebido na adoção pela Administração Pública de regimes jurídicos e estrutura normativa privatista quanto alguns institutos, como a existência de contratos semipúblicos, tais quais os de seguro, empreitada e financiamento. Exemplo dessa atualização semântica no âmbito do direito privado é a incorporação pela Lei federal nº. 10.406, de 10 de junho de 2002, o Código Civil vigente, de princípios como sociabilidade, eticidade e boa-fé.

Ainda, as inovações vocacionadas à realização do modelo de bem-estar e participação, como a recuperação judicial de empresas e a governança corporativa (Lei federal 11.101 de 09 de fevereiro de 2005) além do fomento do pequeno e médio empresário (Lei Complementar 123/2006), ratificam a superação da dicotomia e estabelecem uma relação dialética entre o Direito Público e o Privado, ensejando um novo olhar sobre as relações administrativas.

Uma primeira ação nesse sentido é desconstruir a acepção clássica do Direito Público, concebendo a atividade administrativa não como fim em si mesmo, mas como instrumento de concretização de direitos. Nesse momento, o planejamento será considerado pressuposto de toda atuação estatal, merecendo posição de destaque no debate acerca das possibilidades de uma Administração Pública efetiva e eficiente: afinada, portanto, com a sociedade – e realidade – que recobre.

2.1.4 A posição dualista do controle de contas adotada pelo STF: dicotomia ou harmonização de princípios fundamentais?

A natureza complexa do processo de apreciação e julgamento das contas de governo visa captar a dimensão híbrida do Estado de Direito, segundo uma abordagem técnica e outra política, respectivamente. Considero que a análise técnica realiza o princípio republicano ao assegurar o controle da “coisa pública” e que a análise política realiza os modelos democrático e pluralista, ao garantir um julgamento que respeite uma representação que reflete a pluralidade de forças presentes na sociedade, construída de forma democrática. Por força dessa condição normativa híbrida, isto é, que condensa vários modelos de Estado em sua estrutura normativa, a Jurisdição Constitucional tem seu alcance limitado, no caso da revisibilidade do julgamento das contas, conforme art. 71, I, da CR/88, caso o mesmo tenha observado o devido processo legal¹⁵. E isso sucede com a impossibilidade da revisão do resultado por prevalência dos modelos democrático e republicano em face do controle formal preconizado pelo modelo liberal. Indago, pois, se a insindicabilidade dos aspectos do mérito das decisões emanadas pelos órgãos de controle, que tem guarida na jurisprudência do STF,

¹⁵ Conforme Athos Gusmão Carneiro (CARNEIRO, 2012, ps. 42 e 43). “[...] As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando “julga” as contas “dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta”. “[...] O Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, julgou que o Poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios (Estado de Goiás), no concernente a *exame de contas*, não competindo ao STJ analisar a motivação da imputação do débito e a ilegitimidade da Resolução da Câmara de Vereadores, que autorizou pagamentos a maior realizados pelo Presidente da Câmara aos edis (RMS 12.487-GO, rel. Min. Francisco Falcão, ac. De 22-05-2001, RSTJ, 159:116). “[...] Rodolfo de Camargo Mancuso, admitindo a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as decisões dos Tribunais de Contas, todavia, afirma que a revisão judicial “não poderá implicar uma singela substituição dos critérios adotados pelo Juiz de contas por aquelas que acodem ao Juiz togado”. Sustenta que, a se entender de outro modo, “ter-se-ia o Tribunal de Contas como *instância inferior*, ou de primeiro grau, em face do Poder Judiciário, o que com certeza, não está na letra nem no espírito do texto constitucional...(omissis)...a nosso ver, não imbricam, não se confundem nem se sobrepõe às funções do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas”. E traz à baila decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido que, no julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, “salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade aparente” (RTJ, 43:151). Assim também o Superior Tribunal de Justiça (RSTJ, 30:379).

também se aplicaria aos atos administrativos. Observo que esse não é um entendimento uniforme do STF, que a partir da sindicabilidade dos aspectos vinculados ao mérito do ato administrativo, como no exemplo da ADPF 45, admite a conformação do princípio da separação dos poderes em vista da atribuição de significado e poder normativo ao modelo de Estado social, com a finalidade de concretizar direitos fundamentais. Freitas, ao aludir ao julgado a seguir, clarifica a questão:

Como averbou o Min. Celso de Mello, embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (FREITAS, 2009, p.390).

Ainda que tal entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal possa representar a relatividade na interpretação da supremacia (da Jurisdição) Constitucional, fato é que sua jurisprudência tem procurado salientar não apenas a condição híbrida do modelo de Estado brasileiro, mas também considerando o âmbito normativo para a aplicação do direito. Assim, tais julgados são para os Tribunais de Contas parâmetros para a substituição do método de subsunção de forma integral e definitiva, por um modelo que abandone tal método em definitivo e que possibilite a conformação dos variados modelos em uma análise da prevalência de um princípio sobre o outro apenas possível diante do caso concreto. A título de exemplo dessa visão formalista, indico a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p. 117), que concebe limites à revisão dos atos emanados pelos TC's e pelo Poder Judiciário, restringindo-o a um controle de legalidade formal. Corroborando com tal entendimento doutrinário, colacionei a decisão a seguir cuja Relatoria foi exercida pelo Min. Celso de Mello (RE 235.593/STF), *in verbis*:

O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31). Esta fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político-administrativo – está subordinada à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram ao prefeito municipal a prerrogativa da plenitude e defesa e contraditório. A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local, além de supor o indeclinável respeito ao princípio do devido processo legal, há de ser fundamentada, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela

Constituição da República. (BRASIL. STF. RE 235.593. Min. Celso de Mello, 2004).

Fernandes (2008, p. 117), nesse sentido, considera que a atividade exercida pelos TC's tem natureza jurisdicional, já que a própria Constituição afasta a sindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. Em que pese constatar-se a insindicabilidade do mérito de tais decisões, cabe colacionar contribuição do Des. José Tarcísio de Almeida Melo, que indica a ausência de coercibilidade para garantia das decisões, como elemento impeditivo para caracterizar a atuação dos Tribunais de Contas como jurisdicionais, *in verbis*:

No Julgamento do Recurso Extraordinário n. 223.037-1, o Supremo Tribunal federal revelou oposição à legitimidade do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para execução de título extrajudicial representativo de decisão do Tribunal de Contas [...]. Também no Recurso Extraordinário 106/923/ES, o Supremo Tribunal Federal entendeu que somente a pessoa jurídica de direito público a que pertencer o Tribunal de Contas poderá, por seu representante judicial, promover a execução de título extrajudicial com a decisão do Tribunal de Contas. Em substancioso voto, o Ministro Sydney Sanches mencionou que existem entes despersonalizados que, sem possuírem personalidade jurídica própria, são reconhecidas como dotados de personalidade jurídica para efeito de recurso, em mandado de segurança. (MELO, 2008, p.782-783).

Portanto, o texto constitucional, ao mesmo tempo: a) garante que o exercício do poder estatal da jurisdição (poder de aplicar o direito ao caso concreto com atributos de definitividade e coercibilidade) é monopólio do Poder Judiciário (art. 2º da CR/88); b) garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/88); e, c) outorga competência privativa aos Tribunais de Contas em determinadas matérias, como no julgamento das contas anuais do chefe do Executivo (art.71, I, da CR/88). Ao ampliarmos o rol de modelos fundantes da Administração Pública e respectivo controle, uma redefinição do perfil institucional dos órgãos torna-se necessária, pois a doutrina, via de regra, concebe o controle de contas como um controle de natureza contábil. Como exemplo, o tratar da competência, Medauar pondera:

As principais atribuições do Tribunal de Contas são as seguintes: a) dar parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo; b) exercer auditoria financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial sobre os entes controlados; c) apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; d) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; e) apreciar a legalidade das licitações e contratos; f) tomar providências ante a verificação de ilegalidades. (MEDAUDAR, 2009, p.401).

Dessa maneira, a competência constitucional dos órgãos de controle externo foi

ampliada pelo novo regramento constitucional. Não se nega que tal fato possibilitou a consolidação de procedimentos, como o controle da economicidade dos atos. Contudo, esses avanços, por si só, não se traduzem em efetiva melhoria na qualidade do controle exercido como medida apta a estimular uma gestão administrativa eficiente.

A irrevisibilidade das decisões dos TC's pelo STF demonstra que o Judiciário tem corroborado o controle da forma sobre o conteúdo na perspectiva do controle de contas, endossando o predomínio do formalismo de natureza heterônoma¹⁶ no dia-a-dia da Administração Pública.

Assim, a coexistência de normas jurídicas cuja prevalência de uma sobre outra não seja possível aferir *a priori* impende abandonar-se a pura e simples subsunção normativa.

O presente capítulo visou proceder a uma análise da concepção administrativista dos princípios da legalidade e da eficiência com o objetivo de identificar que o modelo liberal ainda fundamenta o controle de contas pelos TC's, nos termos do art. 71, I, da CR/88. Propus, nesse sentido, uma análise dessa concepção e procurei demonstrar como ela contribui para uma atuação burocrática, ainda presa ao regime da Lei nº. 4.320/64. Assim, a análise da forma conforme a qual os Tribunais de Contas concebem o controle a ser exercido sobre a Administração Pública no Brasil denota vinculação a uma visão formal dos princípios da legalidade e eficiência, bem como uma vinculação aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público e, ainda, uma vinculação à aplicação da lei por meio do método de subsunção, de caráter formalista.

Ao criticar o fato de tal controle se prender à acepção estrita da ideia de legalidade e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, procurei demonstrar como tal fato denota uma prevalência do modelo de Estado liberal, a despeito da condição híbrida do Estado brasileiro. Isso porque tal medida impõe a redução à esfera técnica da atuação do administrador público, condicionando-o em regra a uma atuação formalista, que privilegia atuações formais que apenas simbolicamente cumprem o interesse público.

Nessa ordem de ideias, uma melhor avaliação deveria restituir a tal agente as atribuições e prerrogativas de agente político, a fim de se lhe assegurar os mecanismos para cumprimento de sua missão constitucional, qual seja, a articulação e a implementação de políticas públicas, visando a uma gestão resolutiva¹⁷ em prol da concretização de direitos

¹⁶A natureza heterônoma da atuação técnica condiz com a execução de atos não concebidos pela vontade do agente administrativo e sim em uma atuação irreflexiva a par de uma vontade heterônoma que não propõe inovação ou institucionalização de novos procedimentos, apenas cumpre a lei e a ordem administrativa.

¹⁷Compreendo o termo "gestão resolutiva" como atuação gerencial que otimize a reunião dos recursos humanos e materiais e atinja os resultados instituídos de forma efetiva, pela Administração Pública. O termo é

fundamentais. Como problema central, tal fato evidencia ainda uma realidade institucional que nos distancia do objetivo de efetividade, frustrando as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais na órbita da Administração Pública. Ao defender que a reabilitação de tal dimensão normativa tem inclusive um caráter científico – não se limitando a ele – propus, além de uma releitura do Direito Administrativo “como técnica”, uma análise integrada das diversas variáveis que contribuem para a complexidade social vista na realidade e refletida na Administração Pública, articulando ao positivismo jurídico como fator limitador da atuação, os problemas estruturais e históricos da vivência pública brasileira.

Como exemplo, foi indicada a cultura organizacional do serviço público e a desarticulação federativa. Ao apontar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alcança a dimensão híbrida do Estado brasileiro, ao menos no aspecto normativo, sustentei que a dimensão científica da inefetividade de direitos fundamentais a residir no positivismo jurídico deve dar lugar a uma abordagem do Direito Administrativo fundada na efetividade de direitos fundamentais. A atribuição de significado a partir da realidade social, econômica, política e cultural é sustentada nesse contexto. Contudo, no aspecto do controle de contas, o STF endossa a visão formalista ao conceber como inconstitucional a revisibilidade das decisões produzidas pelos TC's quando no exercício de sua competência prevista no art. 71, I, da CR/88.

No próximo capítulo, analisarei perspectivas para uma investigação que se ocupe por reabilitar a dimensão híbrida do Estado, a par da Constituição que se lhe assegura, e a sociedade civil que a reflete e modula, a um tempo. Destacarei as implicações do formalismo, positivismo jurídico e pensamento sistêmico, para a inefetividade no que tange à realização de princípios fundamentais no plano do Estado. Analisarei também o papel do pluralismo na base das transformações sociais, das quais o Direito Administrativo ainda não se apropriou para a atribuição de sentido às normas jurídicas a partir da capacidade administrativa/financeira dos entes públicos. No contexto dos princípios da legalidade e eficiência, a partir do caso concreto descrito na ADI 4167 (Min. Gilmar Mendes), demonstrarei que essa construção já é considerada pelo Direito Constitucional ao tratar do controle normativo da Lei federal nº. 11.738, de 16 de novembro de 2010, que instituiu a Lei do piso nacional da Educação.

utilizado, portanto, para caracterizar uma atuação administrativa efetiva e eficiente, em contraponto à ideia de “gestão eficaz” que pode ao menos no aspecto formal, atingir os resultados definidos. A eficácia pode garantir que formalmente os objetivos sejam alcançados, mas na perspectiva de uma ação simbólica, evidenciado uma atuação conforme a lei em sentido estrito, mas desprovida de efetividade.

3 PROPOSTA DE ABORDAGEM DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS SOCIEDADES COMPLEXAS SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO: O DEBATE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO PENSAMENTO SISTÊMICO E DO POSITIVISMO JURÍDICO

No capítulo anterior, destaquei que os fundamentos clássicos do Direito Administrativo, como a acepção estrita da legalidade e a supremacia do interesse público sobre o particular, não alcançam a complexidade atual das relações administrativas contemporâneas. Afora questões afetas à efetividade das políticas públicas, outro efeito seria a limitação das atividades exercidas pelo administrador público a sua feição técnica. Há instituições e operadores do Direito que se valem, ainda, de institutos criados à luz das experiências sociais dos séculos XVIII e XIX, para deslindar questões de um mundo novo; contemporâneo, no que tange ao controle externo da Administração Pública pelos TC's. Segundo Marçal Justen Filho (2008, p. 15):

É verdade que a definição de função administrativa é uma tarefa árdua. Adotadas concepções amplas, seria até correta a solução tradicional de reconduzir o controle a uma manifestação da atividade administrativa. Mas o exame da Constituição demonstra que o controle externo reservado ao desempenho dos Tribunais de Contas não se configura como uma atuação simplesmente administrativa. A atividade de controle consiste na revisão da atuação de gestão de recursos públicos, realizada por entidades estatais ou não, visando verificar a sua compatibilidade com Direito e a realização dos valores da economicidade e eficiência.

Nesse sentido, a atividade de controle deve ser concebida como diferenciada da atividade administrativa, que hoje se vincula à legalidade, à medida que se orienta também pela verificação do atingimento da eficiência e economicidade¹⁸ na prestação dos serviços públicos.

O capítulo que se inicia investigará como as transformações na órbita da sociedade civil imprimem um novo ritmo à sociedade humana, que resvala por sua vez no Estado que a organiza, no Direito - e Constituição - que a regula, e nos procedimentos no plano da Administração Pública que a gerencia nas perspectivas reguladora e provedora. As transformações ocorridas na sociedade estão no cerne de tais mutações, tornando-as molas-mestras das transformações, e demandando, tanto dos órgãos administrativos quanto dos

¹⁸Conforme Zymler (2008, p. 243) “Conclui-se que compete às agências reguladoras e ao TCU zelar, simultaneamente, pela fixação de tarifas módicas, visando à preservação dos interesses imediatos dos usuários, e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido, com o intuito de proteger os interesses dos concessionários”.

órgãos de controle externo, uma atuação eficiente que consiga alcançar essas transformações que se traduzem em uma sociedade complexa e plural. Investigar como o Direito do Controle da Administração lida com tal realidade pode contribuir para indicar como as atualizações semânticas das normas, ou seja, nova atribuição de sentido e significado dados a elas, observadas no movimento Constitucionalista, se prestam como contribuição para a aplicação do texto legal, nos dias de hoje. Sustento que tal método deve também suceder no plano do Direito Administrativo, pois considera a construção do sentido da norma a partir da sociedade plural e complexa.

Na idade moderna, a teoria da Constituição se ocupou da efetivação da limitação do poder estatal e da cogência das normas vinculadas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Seria possível manter esta formulação à luz das transformações ocorridas na sociedade, principalmente, entre os séculos XVIII e XX? Para Castells, em uma primeira análise, tal postulação não se afirma, pois segundo ele:

Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado. Afirmo que, por volta do final do segundo milênio da Era Cristã, várias transformações sociais, tecnológicas, econômicas e culturais importantes se uniram para dar origem a uma nova forma de sociedade [...]. (CASTELLS, 1999, p.1).

Isso quer dizer que a realidade complexa implica efeitos objetivos nas instituições, pelo que se sustenta que esta deveria ser considerada, pois, ao conformar a atividade estatal, impõe-se que se aproprie desses elementos para construção do sentido e alcance das normas jurídicas. Sustento que o constitucionalismo deve ser investigado em interface com métodos de aplicação da lei que assegurem a efetividade dos atos e processos da Administração Pública. Ressalto que também no plano do Direito Administrativo, esse debate deve suceder, dado que hoje tal ramo do Direito se ressentia dessa atualização percebida na órbita do Direito Constitucional. Assim, o constitucionalismo indica caminhos que se complementam para compreenderem-se os *deficits* de legitimidade e eficácia do texto legal, já que sustenta a atribuição de significado da lei à luz da estrutura normativa e da realidade social com a qual o intérprete se depara.

Alguns autores são citados a seguir para indicar que tais teorias se ocupam da ampliação da produção dos efeitos do texto legal, em que pesem os traços de distinção existentes e vinculação a diferentes tradições filosóficas e teorias da justiça. Adoto como marco teórico: a perspectiva sistêmica (LUHMANN, 2009; NEVES 2007, 208, 2009); a

perspectiva da legitimação procedimental pela soberania popular (HABERMAS, 2003); a perspectiva da adoção de métodos que otimizem a força cogente das normas (ALEXY, 2008; GUNTHER, 2006); e a perspectiva da apropriação da realidade para uma abordagem construtivista e holística do Direito (MULLER, 2008; DWORKIN, 2010; CRUZ, 2011).

Portanto, o propósito do presente capítulo é discutir a dimensão científica do problema da inefetividade de direitos, a partir da sociedade contemporânea complexa e sua afetação com relação ao Estado, Constituição e principalmente o controle de contas fundamentando no Direito Administrativo, articulando tal debate ao tema central que toca a redução da função executiva à sua dimensão técnica e seus efeitos no exercício da função pública.

3.1 Repensando o sentido e o significado de Constituição na modernidade: repousa a efetividade de políticas públicas na atualização semântica dos conceitos de Direito e Estado?

O constitucionalismo surge com a missão inicial de limitar o poder e efetivar direitos humanos e fundamentais em face das demandas históricas principalmente vinculadas à limitação do poder estatal e conquista das garantias individuais. Contudo, hoje, indica-se que é possível existir Constituição sem constitucionalismo (em ordenamentos em que as garantias não passam de “constitucionalizações simbólicas”), a fim de ilustrar que o seu significado é construído a partir da realidade, e esse processo orientado pela superação entre os hiatos entre a forma e a prática procedimental. Conforme demonstra Marcelo Neves, para quem:

[...] sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político. (NEVES, 2009, p.56).

Ao considerar que modernamente o significado de “Constituição” se expandiu para além de o de um “documento escrito”, o autor sustenta que, na modernidade, sua real acepção deva ser buscada no sentido semântico pragmático, em busca de uma Constituição real. Com efeito, esse modelo de constitucionalismo cunhado na modernidade (com vistas à limitação do poder estatal e efetividade de direitos fundamentais) encontra-se superado como atributo clássico da Teoria do Direito e do Estado em virtude de cingir-se a um domínio territorial de incidência do texto normativo. Hodiernamente, considerando que o fenômeno da globalização minou o critério “território” como apto a designar/diferenciar a existência de um Estado, uma releitura do constitucionalismo e do papel e limites da Constituição e da ordem constitucional

é necessária para indicar em que medida a nova ordem mundial pode ser pensada no contexto de problemas jurídico-políticos, também, sujeitos ao crivo da mundialização. Para Magalhães: “[...] a compreensão do significado do que é Constituição muda a partir de exigências de um mundo dinâmico e complexo”. (MAGALHÃES, 2006, p. 178).

Nesse particular, uma questão de relevo que se coloca é a assimetria de estágios civilizatórios (que poderíamos chamar de estados cronológicos de conquistas emancipatórias) entre os diversos Estados quanto de desigualdade econômica entre eles, notadamente, com relação às potências do capitalismo central e os países havidos como periféricos, ensejando a própria indagação acerca da assimilação por parte dessa complexidade pelo STF, como exposto anteriormente.

Segundo essa abordagem do texto Constitucional, este não deve ser concebido com o objetivo e finalidade de apenas ditar as normas que organizam o Estado; limitam seu poder político; e asseguram ainda que, de modo formal, a exigibilidade da instituição de políticas públicas. Marcelo Neves pondera que: “[...]. A aplicação de modelos normativos é definida mediante um processo seletivo fortemente discriminatório, no qual a distinção entre Estados poderosos e estados frágeis na constelação internacional é decisiva”. (NEVES, 2009, p. 92). Nessa medida, se por um lado, o constitucionalismo encontra-se superado pela diluição do critério “território” diante da nova conjuntura política internacional; por outro, nesse cenário internacional, nessa nova ordem mundial, remanescem velhos problemas que condizem com as questões originárias que ensejaram o surgimento da Constituição em uma acepção pragmática, na perspectiva do controle do poder e da efetividade de direitos.

Nesse novo cenário, entretanto, a discrepância entre estágios de desenvolvimento institucional a salientarem dicotomias entre modelos consolidados e tradicionais, diante de modelos instáveis e em formação, faz surgir nessa ordem uma característica de considerável disparidade entre as ordens constitucionais, que, no entanto, estão assoladas por problemas comuns.

Problema apontado pelo autor é a conjugação do controle do poder com a sua eficiência organizacional (NEVES, 2009, p. 3). Nesse particular, a problematização indicada adquire ares de dilema, considerando que a flexibilização do regime jurídico-administrativo pode implicar um exercício do controle menos rigoroso e, portanto, inapto a evitar e punir desvios e atos de corrupção.

Como conciliar, ao mesmo tempo, controle do poder e eficiência administrativa? Adoto a posição que sustenta a necessidade de uma releitura de legalidade e eficiência, na perspectiva de atribuir-se significado a tais princípios considerando não apenas o domínio

normativo constitucional, mas também na perspectiva de atribuição de significado pelos órgãos de controle a partir da realidade do ente federativo na qual o agente controlado atua. Isso porque a dimensão pluralista mencionada não se limita apenas na perspectiva de uma pluralidade de sujeitos de direitos, mas também de realidades institucionais totalmente diferenciadas e até mesmo antagônicas, variando nesse contexto desde as realidades políticas, econômicas, sociais e culturais, mas também a estrutura e a capacidade administrativa, inclusive, na perspectiva dos fenômenos de compreensão, interpretação e aplicação da lei administrativa. Daí a necessidade de uma interpretação e aplicação mais abrangentes, que inclua ou exclua condutas apenas diante do caso concreto. Destaco, nesse sentido, o MS 24.421 (Min. Marco Aurélio) por meio do qual o STF externou entendimento que o TCU detém competência para assegurar o máximo de eficiência às licitações que envolvam concessões de serviços públicos, a fim de assegurar que o controle pelos TC's transcenda o controle formal, fato que não se verifica em todas as matérias, como no exemplo que darei a seguir através da análise do regime de licitações e contratos da Petrobras.

Portanto, a releitura que aqui se sustenta, deve suceder no plano do Direito Administrativo, a fim que esteja em sintonia com o Direito Constitucional que o garante. Assim, pensar as possibilidades de entendimento desse fenômeno de transformações sociais e sua condição jurídica, bem como as possibilidades para sua apreensão e proposição de caminhos, tornou-se tarefa afeta ao Direito Administrativo revisitado. É importante que o mesmo, sem desconsiderar as contribuições do constitucionalismo clássico, tenha abertura e seja arejado o suficiente por novas contribuições, o que o tornará apto a apreender as diversas variáveis que condizem com uma perspectiva da atuação estatal e controle a ela inerente, revigorada.

Na prática, isto quer dizer que o controle de contas precisa considerar tanto a existência de modelos de Estado distintos, mas de mesma estatura constitucional, quanto identificar a prevalência de um sobre o outro no processo de construção da norma, a partir do caso e da realidade concreta.

Logo, à seara administrativista também deve ser incorporada tal contribuição, da qual hoje se ressentir face ao formalismo vigente. Limitar a discussão sobre a efetividade sob a perspectiva eminentemente da ciência do Direito impõe uma visão limitada do horizonte. Contudo, essa primeira análise é o ponto de partida para que, após a indicação de caminhos no plano do Direito, seja possível pensar em uma abordagem transdisciplinar, a fim de que as demais variáveis envolvidas sejam contabilizadas.

Nessa ordem de ideias, a título de exemplo, temos que a adoção exclusiva do método

de subsunção, ao limitar apenas às regras à condição de norma jurídica, apresenta-se como produto da tradição do formalismo, preso ainda às ideias de legalidade formal e supremacia do Estado. Cannaris, ao analisar as mudanças ocorridas no século XX no contexto da ciência do Direito, considera que: “[...] O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”. (CANNARIS, 2008, p. 1).

Contudo, ainda que as transformações na ciência do Direito não sucedam concomitantemente com as transformações sociais, a estas este ramo do saber não está imune, sendo questão de tempo a apercepção objetiva de sua afetação. Notadamente quanto à aplicação positivista do texto legal, observa-se que tal método, adotado isoladamente, tornou-se inapto para recobrir uma realidade estranha ao tempo de sua criação tornando-o obsoleto. Ainda Cannaris:

Um tanto na mesma linha, verifica-se, depois, que o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações: estas realidades, cada vez mais difundidas e utilizadas nos diversos sectores do ordenamento, carecem, na verdade, de um tratamento que, por vezes, tem muito em comum com a integração das lacunas. E tal como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas: o positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador. (CANARIS, 2008, p.22-24).

E conclui: “[...] Num paradoxo aparente em que as humanísticas são pródigas: o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do direito acabam por surgir como importantes factores de insegurança.” (CANARIS, 2008, p. 22-24).

Dessa maneira, cumpre procedermos a uma abordagem transdisciplinar, com o auxílio da Filosofia e da Sociologia, para aferir tanto os efeitos da aplicação atual dos modelos normativos da Lógica formal quanto a sua incorporação no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas, *in casu*, analisando a ética normativa habermasiana e críticas do pensamento sistêmico. A relevância de tal incursão teórica aponta para a alegação sustentada no presente trabalho, de que o problema da redução à dimensão técnica das funções do administrador público contribui para inefetividade de políticas públicas, sendo o componente científico de tal problema. Científico, pois se sustenta que o problema da efetividade não tem matiz apenas na ciência do Direito (desarticulação federativa, acepção estrita do texto legal), mas vincula-se ainda a questões da órbita da ciência da Administração (baixa capacidade administrativa/cultura organizacional do serviço público), da Economia (escassez de recursos/quantidade inumerável de demandas), da Sociologia (demandas que evoluem em

escala geométrica na sociedade da informação e limitações de autonomia subjetiva impostas pelo pensamento sistêmico, deflagrador do social conformismo) e da Filosofia (crivo de toda ciência). Sendo a dimensão jurídica a que possui relevância central, tratarei de analisá-la sem, contudo, ignorar a afetação de outros ramos do conhecimento.

No que tange à acepção estrita do texto legal, uma crítica a partir das ciências humanas contribuirá para a situação e atualização do problema da efetividade, pelo que passarei a cumpri-la. Nesse sentido, considerando que modelos normativos formais, ao prescindirem dos dados da realidade concreta, têm seu sentido limitado por esta descrição da realidade, verifico em que medida a contribuição hegeliana procurou apontar outra direção para a questão dos fundamentos das Ciências Sociais Aplicadas, em que pesem as críticas (CRUZ, 2011) quanto à vinculação dessa tradição filosófica ao mentalismo de origem platônica e, portanto, representacionista.

3.1.1 Os modelos normativos kantianos e a crítica empreendida pela filosofia hegeliana ao formalismo: podem as ciências sociais aplicadas prescindir da dimensão jurídica do real em suas formulações teóricas?

É fato que o estágio modernizante e o civilizatório não convergem conforme demonstrei até aqui. A sociedade contemporânea, marcada pela indústria cultural, faz com que modismos de todas as características ditem a ordem do dia do consumo mundial. Isso se aplica à forma com a qual nos vestimos, nos falamos e nos comportamos. No entanto, com o Direito, tal processo sucede de forma diferente à medida que modelos formais ainda do século XIX remanesçam nas práticas de interpretação e aplicação da lei.

Acerca desse período histórico, mesmo que não houvesse ciência em sentido estrito (i.e., sistema autônomo; leis e unidade e adequação valorativa) voltada para o homem nas primeiras manifestações das Ciências do Espírito - existindo um predomínio das Ciências da Natureza em detrimento destas -, produções esparsas apontaram para uma dimensão positiva de fatores comportamentais. Por trás dessa visão orientada pelo realismo, não haveria cisão corpo/mente. Oportuno dizer que esse método apontou a implicação e a causalidade como elementos-chave dessa teoria, pelo que veio a desaguar na consolidação do pensamento dialético. Essa tradição de pensamento abandonou a concepção formalista ínsita ao modelo cartesiano e ao idealismo kantiano; frise-se: fundamentos para modelos normativos exemplificados pelo Direito Administrativo dos séculos XVIII e XIX, que para a presente análise se manifestam por meio de uma visão formalista das normas jurídicas e de sua aplicação limitada ao método de subsunção. Hegel legou importante contribuição para a

fundamentação das Ciências do Espírito em bases humanísticas, procurando detectar, à época, ramos do saber que naquele momento se ocuparam da abordagem dessa dimensão, a fim de superarem o estágio de supremacia das ciências da natureza, de cunho formal, como a Lógica e a Matemática. Novos conceitos foram objeto de proposição e serviram de esteio para essa nova base do saber indicando a importância da observação e da experiência na construção desse novo modelo.

Assim, a ruptura com o pensamento dualista kantiano procedida por Hegel, ao constatar que a marcha da História legou para a subjetividade moderna uma condição de cisão e incompletude, asseverou que o caminho percorrido pelo espírito permitiu-lhe aperceber-se da natureza esclarecedora da razão. Contudo, é apenas quando se apercebe do conteúdo constitutivo da consciência-de-si que esse modelo foca o entendimento como conceito central desse sistema, como pondera Hegel:

Com efeito, a consciência, por um lado, é consciência do objeto; por outro lado, consciência de si mesma; é consciência do que é verdadeiro para ela, e consciência de seu saber da verdade. Enquanto ambos são para a consciência, ela mesma é sua comparação: é para ela mesma que seu saber do objeto corresponde ou não a esse objeto. (HEGEL, 2008, p.79).

Nessa perspectiva, a autonomização da consciência e, portanto, do sujeito torna-se possível, de modo que o entendimento se orienta de forma intencional com o objetivo de interagir com sujeitos e objetos com vistas à transformação do real. Por essas razões, o pensamento hegeliano seria mais adequado para um fim de, por meio do agir intersubjetivo, obterem-se alterações que alinhem, nos diversos ramos do saber e do pensar, o discurso à prática, atribuindo-lhe coerência por meio da intencionalidade e do agir em superação aos modelos deônticos de uma racionalidade normativa kantiana, como visto. Gadamer ao analisar a obra hegeliana indica a relevância da dimensão dialética entre teoria e atuação prática na obra do filósofo, ao considerar que: “[...]Elevação à universalidade não se reduz à formação teórica nem significa apenas um comportamento teórico em oposição a um prático, mas cobre o conjunto da determinação essencial à racionalidade humana. (GADAMER, 2008, p. 45).

Considero que o entendimento tem natureza constitutiva e se vale do conceito para categorizar os objetos e classificá-los de forma rigorosa, a fim de criticar as leis gerais das ciências às quais estão vinculados ao se lhes atribuir conteúdo. Nesse sentido, Dieter Henrich:

Na definição de Kant, uma teoria transcendental é: descobrem-se as condições sob as quais *a priori* julgamentos de objetos são possíveis e, assim, justificam-se proposições *a priori*. Segundo ele, há no final apenas uma condição: a unidade da experiência empírica de discurso interpreta a unidade da natureza. A fim de compreender esta unidade não podemos começar com a natureza. Pelo contrário, temos que começar com a nossa experiência da natureza, a fim de compreender a unidade que é assunto da experiência. Esta unidade da experiência, portanto, interpreta a unidade da natureza. O que, no entanto, interpreta a unidade da experiência? É a unidade do eu que unifica a experiência. A unidade da experiência não é algo que de alguma forma recebemos de fora de nós mesmos. Pelo contrário, a unidade da experiência é algo que constituímos. Esta atividade de constituição procede da unidade do eu consciente. Isso levou-nos a dizer, portanto, que a unidade de auto-consciência interpreta a unidade da experiência. (HEINRICH, 2003, p.22, tradução do autor).¹⁹

A teoria hegeliana serviu de fundamento para análise crítica dos modelos formais, por meio dos quais se sustentam os modelos de supremacia normativa e o método de subsunção, os quais operam como juízos sintéticos *a priori* kantianos. É importante registrar que da mesma maneira, hoje, tal modelo é vinculado ainda a uma filosofia da consciência, vinculada ao mentalismo representacionista²⁰. Contudo, considerando os propósitos deste trabalho, o legado hegeliano contribui para uma crítica do formalismo, pois sugere que o Direito considere o homem no centro do sistema.

Logo, na perspectiva da atuação estatal, métodos de interpretação que já incorporaram tal contribuição de uma construção da norma por meio da confrontação dialética entre fato e

¹⁹ On Kant's definition, a transcendental theory is one that discovers the conditions under which *a priori* judgements of objects are possible and thus justifies *a priori* propositions. According to him, there is ultimately only a such condition: the unity of self-consciousness. This amounts to the view that the unity of experience-of empirical discourse-interprets the unity of nature. Rather, we have to begin with our experience of nature in order to understand the unity that is the subject of experience. This unity of experience, therefore, interprets the unity of nature. What, however, interprets the unity of experience? It is the unity of self that unifies experience. The unity of experience is not something we somehow gain from outside ourselves. Instead the unity of experience is something we *constitute*. This constituting activity proceeds from the unity of self-consciousness interprets the unity of experience. The unity of self-consciousness is a certain concept of a person as the subject of knowledge, whereas the unity of experience may be either mental or a natural something. Clearly, however, the unity of nature is something that is not merely mental. So to say that the unity of the mind interprets the unity of what is opposite of mind.

²⁰ Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011, p.132) critica a vinculação de métodos de aplicação do direito a modelos representacionistas ligados à Filosofia da Consciência, já que estes modelos ainda se prendem à causalidade e à imputação para elucidação do fenômeno da interpretação jurídica, desconsiderando a textura aberta do texto normativo e a indeterminação dos conceitos jurídicos, apenas passíveis de terem o significado atribuído diante do confronto entre enunciado e âmbito normativo. Conforme o autor: "Perceber que o planejamento nunca obterá resultados absolutos humaniza seu emprego, pois qualquer compreensão humana será sempre falível ou, então, não será humana! Contudo, tal não se dá no campo jurídico, pela aplicação de métodos de interpretação, sejam clássicos ou contemporâneos, isso porque eles se apresentam como um esforço inútil de controle da compreensão pela razão. Tais métodos supõem que o homem pode controlar a si, ou seja, controlar o modo como se abrem para a mundanidade do mundo. Não passam, pois, de derivativos da Filosofia da Consciência, que o legislador às vezes insiste em impor como se uma lei jurídica pudesse moldar a possibilidade do *Dasein* de "vir-a-ser" diante de uma significação". O trabalho não nega a necessidade de apropriação pelo Direito das contribuições da Fenomenologia e da virada linguístico-pragmática, mas considera oportuna a indicação da dialética como contribuição científica para o surgimento de um novo modelo de Ciências Sociais Aplicadas, salientando a importância da teoria hegeliana como etapa importante da evolução do saber nesse processo.

norma serão objetos de análise como possíveis ferramentas no sentido de atualizar semanticamente os comandos normativos, como impõe a realidade atual. O objetivo de tal investida é indicar o princípio da dignidade humana como cerne de todo agir estatal, como vetor do Direito Público na procedimentalização das relações administrativas de forma finalística: ou seja, efetiva e eficiente, no contexto dos modelos de Estado presentes na CR/88. Destaco nesse contexto, a análise da ADI 4167. Cumprе aduzir que, no caso, ao existir colisão entre o limite com as despesas com a folha de pagamentos de recursos humanos (art. 21 da LRF) e a Lei do piso nacional da Educação, a despesa inicialmente mencionada teve que ser conformada para possibilitar não apenas a observância do percentual mínimo de 25% com despesas da Educação (CR/88), mas em seu contexto gastos com valorização-reconhecimento de pessoal, conforme a decisão indicada.

Na mesma direção, de nada valeria realizar tais modelos se o fundamento para tanto não fosse a concretização de direitos fundamentais. Advirto que ao modelo de Estado social em alguns casos é atribuído maior peso que ao modelo republicano, conforme demonstrado pela decisão da ADI 4167, ao considerarmos que despesas do orçamento social devem se sobrepor em algumas situações ao equilíbrio fiscal e despesas correntes.

Retomo a análise da crítica aos modelos formais, considerando que a evolução do saber culminou, como visto, na construção de modelos que relegaram a condição humana a um segundo plano. Cumprе indicar formulações que exemplificam o aludido, a fim de salientar que à sua contribuição devem ser confrontadas proposições que possibilitem a superação da inércia, muitas vezes, gerada por tais construções, estimulando-se a superação do conformismo social, produto de nosso tempo. Antes, porém, cumprе situar a complexidade social em uma perspectiva sociológica e jurídica.

3.2 Divisão do trabalho e especialização de funções como processos deflagradores da sociedade contemporânea plural e complexa.

Abordados, anteriormente, o controle de contas da Administração Pública pelos TC's , bem como as críticas à sua fundamentação no modelo liberal, cumprе situar as características da sociedade na qual tal controle é exercido.

A sociedade atual se caracteriza pela existência de interesses plúrimos em substituição ao imobilismo da sociedade estamental da idade moderna. A teoria sociológica, em regra, aborda esta transição – da sociedade moderna para a sociedade contemporânea – sem, contudo, indicar as possibilidades de solução dos problemas decorrentes dessa transformação.

No plano do Direito, esses problemas tem a ver, principalmente, com a efetividade de aplicação do texto legal, bem como a legitimidade de sua construção. Observo que o problema condiz com um *deficit* de eficiência e democracia; portanto, suas possibilidades de deslinde não estão jungidas a soluções que não sejam complexas, isto é, considerem a totalidade de variáveis que compõem o problema.

Tal fato implica objeções passíveis de serem lançadas às teorias sistêmicas, sendo do que tratarei a seguir. Compõe também o escopo do presente capítulo, cotejar a estrutura normativa dos institutos clássicos diante das demandas multifacetadas trazidas pela modernidade. É de se ressaltar a característica central dessa nova sociedade, de natureza complexa e plural e, portanto, heterogênea. Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Uma sociedade plural pressupõe exatamente o dissenso e a diferença no tocante a projetos de vida, refletindo-se no texto constitucional através da concorrência de princípios, tal como se vê através da percepção metonímica de uma religião dominante (*mainstream religion*) e a noção de pluralismo. (CRUZ, 2004, p.).

Assim, essa sociedade complexa é marcada pela integração entre vários saberes e uma quantidade inumerável de informações geradas pelos meios de comunicação, de modo que vários sistemas passam a ocupar o lugar antes reservado aos diversos estamentos sociais. Nesse contexto, podemos indicar a nobreza, a monarquia, o clero, os camponeses, a título de exemplo dos estamentos que compunham a sociedade moderna. Na idade contemporânea (HOSBAWN, 1995; HALL, 2006), uma reconfiguração desses estamentos, diluídos nos sistemas sociais atuais enseja uma nova estruturação não só da sociedade mas da própria subjetividade humana, impactando o aspecto da identidade, conforme quer Castells:

Houve uma redefinição fundamental de relações entre mulheres, homens, crianças e, conseqüentemente, da família, sexualidade e personalidade. A consciência ambiental permeou as instituições da sociedade, e seus valores ganharam apelo político a preço de serem refutados e manipulados na prática diária das empresas e burocracias. Os sistemas políticos estão mergulhados em uma crise estrutural de legitimidade, periodicamente arrasados por escândalos, com dependência total de cobertura da mídia e de liderança personalizada e cada vez mais isolados dos cidadãos. Os movimentos sociais tendem a ser fragmentados, locais, com objetivo único e efêmeros encolhidos em seus mundos interiores ou brilhando por apenas um instante em um símbolo da mídia. Nesse mundo de mudanças confusas e incontroladas, as pessoas tendem a reagrupar-se em torno de identidades primárias: religiosas, étnicas, territoriais, nacionais. (CASTELLS, 1999, p. 41).

Investigar as causas e os efeitos dessas transformações sociais se justifica em razão de tentar identificar o impacto que elas produzem no poder estatal à medida que redefinem o sentido e alcance das funções públicas. Para apreendermos essa transição, adotarei

inicialmente a contribuição de Max Weber na vertente de sua teoria sociológica.

Com efeito, temos que as transformações trazidas pela sociedade industrial implicaram não apenas no meio social, mas também nas ciências que o interpretavam, inovações que ensejaram o surgimento de novos modelos de saber. O incremento da divisão do trabalho, e na esteira de tal fenômeno, a especialização das funções públicas e privadas fizeram surgir uma sociedade racionalmente organizada. Para exercer o controle social, a coerção foi indicada como método adequado, de modo que, segundo Weber, a modernidade seria marcada por uma busca racional pela satisfação dos interesses individuais mediatos e imediatos, abrangendo tal “agir com vista a fins”, as esferas de domínio público e privado. Segundo o autor:

Produto ocidental é também o funcionário especializado, pedra angular do Estado moderno e da moderna economia europeia; fora do Ocidente o funcionário especializado jamais teve tão fundamental importância para a ordem social. É claro que o ‘funcionário’, inclusive o especializado, é um produto extremamente antigo das mais diversas culturas. Mas nenhum país ou época tem sido tão inexoravelmente condenado como o Ocidente para classificar toda a nossa existência, todas as pressupostas bases de ordem política, econômica e técnica da nossa vida nos estreitos moldes de uma organização de pessoal especializado, do funcionalismo público, técnicos, comerciários e da lei, como titulares das funções mais importantes da vida social. Também tem se difundido a organização estamental das corporações políticas e sociais; mas somente a Europa conheceu o Estado Estamental: *rex et regnum*, no sentido ocidental. E, logo, somente o Ocidente criou parlamentos com ‘representantes do povo’ periodicamente eleitos com demagogos e governo dos líderes como ministros responsáveis diante do parlamento. (WEBER, 2001, p.7, tradução do autor²¹).

Particularmente, com relação ao domínio público, há uma distinção inovadora procedida pelo autor quanto ao agir estratégico na arena política. É fato que tal modelo sociológico inova ao separar a esfera ética da política, delimitando esta como a disputa do governo e do poder, orientada pelo agir racional, com vista a fins. À medida que essa sociedade industrial se transforma em uma sociedade em rede, no período compreendido entre os séculos XVIII e XX, tem-se uma reformulação de conceitos clássicos afetos ao próprio Estado, como por exemplo, as implicações do advento da globalização e da internet em

²¹ Producto occidental es también el funcionario especializado, piedra angular del Estado moderno y de la moderna economía europea; fuera de Occidente, el funcionario especializado no ha tenido jamás una tan fundamental importancia para el orden social. Es claro que el “funcionario” incluso el funcionario especializado, es un producto antiquísimo de las más diversas culturas. Pero ningún país ni ninguna época se ha visto tan inexorablemente condenado como el Occidente a encasillar toda nuestra existencia, todos los supuestos básicos de orden político, económico y técnico de nuestra vida en los estrechos moldes de una organización de funcionarios especializados, de los funcionarios estatales, técnicos, comerciales e especialmente jurídicos, como titulares de las funciones más importantes de la vida social. También ha estado muy extendida la organización estamental de las corporaciones políticas y sociales; pero solo Europa ha conocido el Estado estamental: *rex et regnum*, en sentido occidental. Y, desde luego, solo el Occidente ha creado parlamentos con “representantes del pueblo” periódicamente elegidos, con demagogos y gobierno de los líderes como ministros responsables ante el parlamento.

conceitos até então estanques e aferidores da existência do poder estatal, como povo, poder, território e soberania. Para Neves:

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos. A própria racionalidade, nessas circunstâncias, resulta da diferenciação funcional. O problema da racionalidade pressupõe a questão do saber ‘como é possível, através da redução da complexidade, aumentar a complexidade do apreensível’. (NEVES, 2008, p.).

Os diversos sistemas que marcam a complexidade social – jurídico, econômico, político, indústria cultural, etc. – interagem com o sujeito de maneira a colocar em xeque suas reais possibilidades de individuação plena. À medida que o mundo se torna complexo e plural, cada saber deve estar representado nesse modelo de sociedade que pretende explicá-la por meio de sua respectiva ciência. Fazendo uma associação com a questão do controle da atuação estatal, percebe-se que é por isso que tal complexidade deve ser representada no processo decisório das decisões que impactam a coletividade, como sustentei ao longo do presente estudo²². Para Binenbojm:

No domínio econômico, por exemplo, há inúmeras circunstâncias em que as decisões administrativas devem procurar compatibilizar o direito do empresário à propriedade privada e à liberdade econômica e os interesses difusos das coletividades na preservação de um meio ambiente equilibrado. (BINENBOJM, 2008, p.121).

A fim de avançar na investigação do *deficit* de legitimidade democrática e de eficiência que minimizam a efetividade na concretização de direitos fundamentais na atualidade, utilizarei em um primeiro momento a teoria sociológica no sentido de apreender a

²² Para o presente trabalho, o pluralismo é adotado considerando que a aplicação da lei na realidade complexa pressupõe os interesses plurais dos cidadãos, como diferentes projetos de vida, titularizados por diferentes sujeitos de direito. O pluralismo também é considerado na perspectiva de instituições públicas e municípios com diferentes capacidades administrativas. A reflexão à luz do pluralismo, portanto, visa advertir sobre a existência de demandas complexas e plurais, cuja capacidade de apropriação pela Administração Pública é reduzida em vista da baixa capacidade administrativa em regra observada no país. Ao sustentar que essas demandas cobram mecanismos de gestão orientados pela efetividade, o trabalho analisa como a visão formalista do texto legal ainda fundamenta o controle de contas no país, e impõe um modelo de gestão menos gerencial e mais burocrático, contribuindo para uma interpretação formalista da legislação. Apesar de parte considerável da doutrina indicada considerar a existência de um controle de juridicidade, na prática, é o método de aplicação da lei por subsunção que orienta a aplicação do texto legal. A mudança proposta aponta para um modelo, que considera que a atuação vigente dos TC's não é suficiente para garantir a efetividade de direitos, já que esta não transcende o mero atendimento a uma legalidade estrita e não se vincula ao atingimento de forma substantiva dos fins que justificam a própria instituição de políticas públicas. Esse modelo proposto considera não apenas que a realidade institucional da Administração Pública brasileira é precária, mas que também o controle de contas sobre esta não está imune a pressões de ordem política e econômica, que geram distorções vinculadas ao acoplamento estrutural e à força simbólica dos direitos.

indicação da necessária releitura de velhos modelos das Ciências Sociais. Abordarei o problema à luz da teoria de Jürgen Habermas (acerca das possibilidades de construção participativa do texto legal, a fim de assegurar-lhe legitimidade e efetividade) em interface com a teoria dos sistemas de Luhmann e da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Por fim, utilizarei a crítica de Roitman Rosenmann ao pensamento sistêmico, indicando-o como fundamento e fator de recrudescimento das possibilidades de autonomia do sujeito contemporâneo, a partir da ideia de social conformismo. O objetivo de tal intento é evidenciar como o passivismo observado na sociedade de massas tem contribuído para a frustração da construção coletiva do interesse público pela vida da participação popular e exercício da cidadania. Sustentar uma participação efetiva da população na esfera política e na formação racional do espaço público, parece contribuir para o processo de fiscalização dos atos estatais. Esse tema se relaciona com a presente pesquisa à medida que a participação assegurada por um efetivo controle social pode contribuir para uma integração do controle da Administração, de forma democrática e eficiente, a partir da realidade social vivenciada pela população na condição de usuária dos serviços e políticas públicas.

3.2.1 O pensamento sistêmico como fundamento da complexidade social

Marcelo Neves, ao analisar as interações entre os diversos ordenamentos constitucionais, considera que, ao persistir o conceito de ordens hegemônicas, essa integração sistêmica pode implicar predomínio de um sistema em detrimento de outro. No contexto do capitalismo mundial, o que ditaria tal relação de predomínio seria não o estágio de desenvolvimento civilizatório com vistas a conquistas emancipatórias jurídico-políticas e, sim, o poderio econômico. Assim, a releitura proposta a partir de velhos problemas com os quais se ocupa a Teoria do Estado e da Constituição evidencia (assim como tive oportunidade de ponderar acerca do Direito Administrativo “como técnica”) a falência de conceitos clássicos, como o próprio critério “território” como diferenciador *sine qua non* do ente estatal.

A nova configuração da sociedade mundial, ao ensejar uma releitura no que tange ao surgimento de novas esferas de solução de conflitos para além da ordem estatal (instâncias supranacionais, transnacionais e extraestatais), ainda que se apresentem como relevante mecanismo de gestão eficiente da composição de conflitos, deve ser visto com a ressalva de não transformarem-se em modelos hegemônicos de dominação de países mais “fracos” pelos mais “fortes”/desenvolvidos economicamente.

Colocar na ordem do dia como a transformação pela qual passa a sociedade atual, -

bem como os efeitos de tal transformação no cotidiano das instituições -, é tarefa que se torna inadiável à medida que técnicas ultrapassadas diante de problemas complexos tendem a implicar uma inefetividade de direitos conforme atestamos a par de nossa realidade.

No âmbito da Administração Pública, formas de atuação que reflitam essa realidade plural devem ser hauridas com vistas a um fim de efetividade. Conforme Neves:

Por um lado, a especialização constitucional das funções limita juridicamente o poder, intensificando-o. Por outro, vincula o direito às decisões políticas, fortificando-lhe a autonomia. Assim sendo, a introdução de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da ‘divisão de poderes’, aumenta a capacidade do sistema político e jurídico de responder adequadamente às exigências do respectivo ambiente. Na perspectiva da teoria dos sistemas, não se trata de isolamento interorgânico, mas antes de interdependência procedimental. De acordo com esse paradigma teórico, a ausência ou deformação da ‘divisão de poderes’, implicando efeitos indiferenciados, especialmente na relação entre política e direito, é concebida como funcionalmente incompatível com a complexidade da sociedade moderna. Invertendo a concepção tradicional, a concentração de poder, nas circunstâncias hodiernas, não é compreendida como fortificação do poder, mas sim como sua fragilidade e inadequação em face dos problemas emergentes em um contexto social supercomplexo, repleto de expectativas, valores e interesses os mais diversos e contraditórios. Nessas condições, a hipertrofia de Leviatã significa a sua própria impotência. (NEVES, 2009, p.).

Assim, uma releitura dos conceitos e institutos clássicos do direito e do Estado passa a ser defendida como mecanismo que permita a superação do estado de dicotomia entre teorias que indicam, ou na relação administrativa dialógica ou na abordagem sistêmica do Direito, a solução para os problemas de origem complexa. Segundo Neves (2009, p. 86): “[...] Poder-se-á com a teoria do discurso acrescentar que a ‘divisão dos poderes’ assegura uma vinculação do ‘poder administrativo’ ao ‘poder comunicativo’, mas me parece um equívoco sustentar que ela garante a primazia da legislação”.

Guarnecem a estrutura dessa complexidade, questões de natureza cultural, sociais, econômicas e científicas, que solapam a possibilidade de atingimento nuclear do direito à boa administração pública - e com isso, a dignidade humana de forma universal -, ao não serem tais questões contabilizadas no cálculo decisório do administrador público. E isso sucede assim, por várias razões, sendo possível adicionar à resposta clássica - a indicar problemas antropológicos (“cultura organizacional do serviço público”) e institucionais (“baixa capacidade administrativa”) no cerne da questão da inefetividade -, a existência de um impacto limitador oriundo da própria ciência. Seja o pensamento sistêmico, como adiante ver-se-á, seja da própria ciência jurídica, na sua acepção restrita de aplicação do texto legal, como veremos a seguir.

3.2.2 *Habermas e as críticas de Luhmann e Neves: o dissenso e o conflito social como óbices a uma ética normativa kantiana*

Qual é a melhor via para alcançar essa complexidade no bojo da atuação estatal e, ainda, atuar com vistas à efetividade de direitos: a garantia do agir dialógico ou a análise sistêmica do Direito? Seria mais adequado lançar um olhar a partir de uma leitura complementar e integrada dessas teorias? A resposta não é unívoca, e reduzir a discussão acerca da efetividade de direitos a tal dissenso é distanciar-se cada vez mais do ambiente complexo, carecedor na nossa realidade de atuações que relevem e salientem as várias nuances e peculiaridades dos interesses, anseios e expectativas que coabitam nossa vida social.

Tentativas são feitas no sentido de sustentar-se um controle formal; conclusão que se revela é a inaptidão de modelos criados segundo a lógica formal – que prescindem do fato social –, para fixação objetiva realidade, para o trato com o contemporâneo, seja na perspectiva do Direito (modelos de supremacia, acepção formalista dos modelos normativos) seja na sociológica (pensamento sistêmico). Hodiernamente, o controle tem de ser a um tempo limite e fundamento; zona de fronteira e horizonte.

Dessa forma, essa opção pela atuação formal redundaria em um tecnicismo que reduz a atuação do administrador público à sua vinculação à letra da lei. Hoje, a ideia de graus de vinculação é muito mais afeta à concretização do princípio da eficiência, pelo que se permite uma nova orientação na ideia de legalidade. Levando a questão para a análise do positivismo jurídico, como manifestação atual dessa tradição formalista, ponderações consistentes têm sido lançadas sobre tal método de aplicação legal. Segundo Barroso:

O positivismo jurídico apresenta uma característica essencial, que une fases e autores bem diversos: a separação entre o Direito e a Moral, entre a lei humana e o direito natural, negando a existência de um direito natural que subordine a legislação. Na virada do século XIX para o XX, em sua pretensão de criar uma ciência do direito objetiva e neutra, o positivismo compartilhou muitas das premissas teóricas do formalismo. Nada obstante, nas formulações mais sofisticadas desenvolvidas ao longo do século XX – como a Teoria Pura do direito, de Hans Kelsen, O Conceito de Direito, de H.L.A Hart – afastou-se da perspectiva estritamente mecanicista. De fato, Kelsen reconheceu que a decisão judicial é um ato político de escolha entre as possibilidades oferecidas pela moldura da norma. E Hart proclamou que, além dos casos simples, solucionados com base no texto legal e nos precedentes, existem os ‘casos difíceis’ (*hard cases*), que envolvem o exercício da discricionariedade judicial. (BARROSO, 2010, p.277).

Dessa maneira, a crítica que se coloca é a impossibilidade da norma em sua acepção estrita recobrir uma quantidade inumerável de situações, considerando que a existência de

interesses plúrimos na sociedade não é abarcada em sua totalidade pelas normas jurídicas existentes. Para Dworkin (2010, p. 9), esse olhar transdisciplinar decorre da própria necessidade de reabilitar a dimensão científica do problema da efetividade a cargo da criação de uma teoria do direito mais abrangente, mas nem por isso menos consistente e controlável, considerando que a legalidade só se sustenta quando os critérios aceitos pelas autoridades respeitam os direitos básicos dos cidadãos²³. Ao tratar da necessidade de renovar a discussão a partir dos modelos clássicos de Estado, à luz da participação e do pluralismo, a fim de se obter efetividade de construção e efetividade, aduz o autor, ao tratar do *deficit* democrático:

Democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. Em minha opinião, trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas. (DWORKIN, 2010, p.190).

Desse modo, considerando que tratei inicialmente de situar o estado da arte da aplicação do Direito Administrativo e do controle da Administração Pública, no Brasil, ocupei-me até aqui de apontar a necessidade de atualização dos conceitos abrangidos por essas categorias, a fim de se reabilitar a dimensão política da atuação do administrador público. E essa atuação é vinculada pelas políticas públicas executoras do programa de governo escolhido por uma comunidade.

Adiante, já de posse dessa desconstrução, analisarei as relações administrativas em um contexto afinado com a efetividade de direitos fundamentais, considerando, portanto, os processos e procedimentos administrativos como instrumentos de sua realização. Para tanto, necessária se faz a reabilitação da figura do administrador público, notadamente quanto ao resgate da dimensão política – e corolários (regime jurídico, prerrogativas, etc.) – de sua função.

²³ Conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz, (2011, p 201), ao comentar sobre a Teoria de Integridade de Dworkin: “Certo é que a integridade assume a condição de coerência nos provimentos legislativos e judiciais nessa interpretação criativa, impondo um exercício de prognose passada e futura”. Esse entendimento tem o objetivo de assegurar um mínimo de unidade à concepção dos Tribunais sobre a aplicação do Direito, advertindo contudo que não se quer com isso sustentar a adoção de um método pré-concebido. Nesse contexto, sustentamos a necessidade de um controle de contas mais abrangente, que seja compreendido à luz de uma dimensão e efeitos intergeracionais. Na prática, isso significa adequação não apenas à Lei do Orçamento Anual/LOA vigente e à Lei nº. 4.320/64, mas também sua integração à Lei de Diretrizes Orçamentárias/LDO e Plano Plurianual/PPA. Assim, tal análise deve considerar o impacto futuro do modelo de gestão traduzido por meio dos processos de prestação de contas, e não apenas os efeitos imediatos no âmbito do exercício financeiro.

Considerando que a maneira conforme a qual o controle é exercido se reflete no plano da inefetividade de direitos (manifestada pela acepção legal da norma), sustento que o Direito seja interpretado de forma integrada a outras ciências. Isso significa que no plano da interdisciplinariedade entre Ciências Sociais Aplicadas, adequado se faz um resgate da experiência. Em termos de Direito Administrativo, isso implicaria a retomada filosófica do debate sobre sua afetação direta – e não filtrada pelo constitucionalismo - das questões da política, economia, sociedade e cultura. Não apenas no processo decisório do administrador público, mas na aplicação da lei no mesmo sentido por que tem o condão de controlá-la, inclusive sobre as implicações quantitativas (adequação) quanto qualitativas (coerência). Do contrário, caso a aplicação do direito não se proceda a quatro mãos, uma demanda considerável por celeridade e eficácia, se tornará evidente.

Sustento também a apropriação da ideia de eficácia para as ciências sociais, dada a crise de legitimidade e efetividade que hoje abala a realização de direitos pela administração pública. Conforme Habermas:

Ao mesmo tempo, tudo o que, sob tais condições, resulta do tirocínio público, pretende ter racionalidade; de acordo com a sua própria concepção, uma opinião pública nascida da força do melhor argumento, demanda aquela racionalidade moralmente pretensiosa que busca conjugar o certo com o correto. (HABERMAS, 2003, p.72).

Assim, em uma dimensão de análise intersubjetiva, opta o autor pela teoria da ação comunicativa, indicando a possibilidade de o agir intersubjetivo na esfera pública produzir consenso, a fim de obter-se o autorreconhecimento do sujeito com o Direito. Esse pertencimento à comunidade contribuiria, em suma, para a realização dos direitos, tornando-os efetivos. Entretanto, sobre essa formulação, se debate acerca de sua semelhança com a ética normativa kantiana, reformulada em novas bases. Martins invocando contribuições filosóficas acerca do tema pondera várias objeções comumente levantadas contra as formulações da teoria do discurso desenvolvida por Habermas e Apel. Segundo ele: “[...] trata-se de uma ética normativa de caráter kantiano que pretende aplicar os postulados da racionalidade ao âmbito da discussão sobre a correção das normas morais que regulam os comportamentos humanos”. (MARTINS, 2006, p. 42). Também para Sampaio esta tentativa de universalização não sucede imune a críticas, de modo que aduz que:

[...] As críticas aos direitos humanos advêm de muitas frentes, desde os chamados progressistas e revolucionários aos conservadores, tanto românticos quanto historicistas, da esquerda e da direita, do centro do sistema globalizado à sua periferia, além de muitos pensadores pós-modernos. (SAMPAIO, 2010, p. 35).

Neves ao retomar a discussão em uma vertente sistêmica, ao analisar a teoria habermasiana, pondera que:

[...] a diferenciação entre sistema e mundo da vida associa-se [...] à distinção entre agir comunicativo e agir racional com respeito a fins. O agir estratégico ocorre como aplicação da racionalidade instrumental às relações interpessoais, constituindo em si mesmo uma ação social. (NEVES, 2008, p. 45).

Do exposto, temos que a teoria habermasianna, ao fundamentar o agir estratégico na perspectiva comunicacional, indica o agir intersubjetivo como ferramenta apta a produzir, pela via consensual, adesão a uma ética normativa com pretensão de universalidade. Um dos objetivos dessa teoria é o fortalecimento do poder administrativo por meio da sua articulação com o poder comunicativo. Esse poder seria sustentado em um consenso obtido de forma universal em um auditório homogêneo e no qual a consensualidade fosse a regra.

A principal crítica empreendida por Luhmann ao “agir dialógico” seria sua inaptidão para produzir consenso em virtude da fragmentação do tecido social operada na modernidade, em vista da especialização das funções e da divisão social do trabalho (WEBER, 2001). O autor centra atenção na teoria dos sistemas, que transportados para as humanidades teriam significação e sentido. Tal estatuto conferir-se-lhes-ia a condição de elementos simbólicos, portanto, não fechados em si mesmos, mas abertos, à medida que se deparam com um observador, que se lhes atribui significação social. Essa abertura possibilitaria não apenas a re-significação interna dos sistemas (autorreferencialidade), mas a possibilidade de recriar-se e refletir-se em outros sistemas (autopoiesis/reflexividade). Conforme Magalhães:

[...] um pressuposto fático e não apenas teórico é a condição de que, enquanto vivos, estarmos condenado à autopoiesis. Somos necessariamente, como seres vivos, autorreferenciais e autorreprodutivos e essa condição se manifesta também nos sistemas sociais e jurídicos. (MAGALHÃES, 2006, p. 141, 178).

Essa condição mutável, ao permitir uma variabilidade constante, faz com que os sistemas interajam de forma desordenada, de modo que tal abertura lhes propicie a permeabilidade. Ao permearem-se e interpenetrarem-se, tais sistemas se acoplam de maneira a criar a partir dessa junção um novo subsistema, decorrente do acoplamento estrutural.

Marcelo Neves transporta a teoria luhmasiana para o Direito tendo como um dos objetivos analisar as interações do sistema “Direito” com os demais sistemas componentes do todo social. Para o autor, principalmente, os sistemas “Economia” e “Política” interagem de uma forma mais impactante, surgindo um acoplamento estrutural entre tais sistemas. Esse

acoplamento altera a própria significação inicial do sistema jurídico, que opera originariamente com a ideia de “direito”/“não-direito”, demonstrando a condição binária do seu código. Logo, à medida que economia e política se acoplam ao sistema Direito, invertem sua lógica, já que esse acoplamento faz com que o novo sistema se autorreferencie, mudando a configuração originária, ao se resignificar.

Com tal interação, o “direito” pode tornar-se “não-direito”, e vice-versa. Quando esse acoplamento assume uma condição que perverte o sistema com vistas a fins que de ilícitos tornam-se lícitos, o autor entende que a normatização advinda desse processo tem o condão de se prestar não à sua função ordenadora/provedora, mas, sim, para atingir fins imediatos que, no mais das vezes, condizem com o controle do poder econômico e da política. Para o autor, essa é uma das formas de “constitucionalização simbólica”.

Exemplos recentes podemos constatar por meio da constitucionalização da taxa de iluminação pública, instituída pela Emenda Constitucional 39, de 19 de dezembro de 2002 e da tentativa de postergação da lei da “ficha-limpa”, instituída pela Lei Complementar 135, de 04 de junho de 2010. No âmbito internacional, as rodadas de acordos internacionais que, muitas das vezes, não enfrentam o cerne das questões problemáticas para a maioria (pobre e em desenvolvimento) dos países, a versarem sobre redução/proliferação de armas nucleares, subsídios e protecionismo comercial, mediação pacífica de conflitos, etc., produz acordos “álibi”. Por este tipo de acordo entenda-se produtos formais que não se prestam a um fim de efetividade, mas sim como forma de os responsáveis por dada matéria eximirem-se, ao menos cenicamente, do cumprimento real de suas atribuições, ainda que não se possa negar hoje a existência de uma multicentralidade a orientar uma política multilateral no plano internacional.

Niklas Luhmann (2009), em face da complexidade social que se verifica na atualidade, propõe uma abrangente junção de saberes na busca por uma elucidação ampliada dos diversos componentes do sistema social contemporâneo: Biologia, Administração, Cibernética, Sociologia, Teoria da Comunicação, Teoria da Linguagem, Direito... Enfim, por meio da articulação de um emaranhado de saberes, o autor propõe uma teoria sociológica que devolve o sujeito, segundo ele, ao seu devido lugar na pós-modernidade: o segundo plano, em virtude da autonomia dos sistemas. Incorporando o estudo dos sistemas das ciências exatas, Luhmann aborda conceitos como “observação”, “linguagem”, “sistemas abertos”, transportando-os para uma análise sociológica. Para as ciências exatas, os sistemas, ao serem compostos por estruturas em si, seriam carecedores de um sentido cultural, na ordem do simbólico, com

categorias estruturadas a partir da linguagem²⁴. A justificativa de analisar as anomalias advindas do acoplamento estrutural (LUMANN, 2009) e da força simbólica dos direitos (NEVES, 2007) para o poder estatal reside no fato de considerar que a atividade administrativa é afetada por fatores de ordem política e econômica. Sustento que o exercício da atividade estatal, e no caso, o controle externo da Administração pelos TC's considere a necessidade de integração desses elementos para o controle das políticas públicas. Considero que isso parece contribuir para que os efeitos dessas anomalias sejam incorporados institucionalmente, e não a partir dos efeitos minimizadores da legitimidade democrática e da eficiência administrativa oriundos do acoplamento estrutural e da força simbólica dos direitos.

3.3 É o conformismo social produto da inefetividade de direitos fundamentais? O pós-positivismo reabilita essa tradição?

A abordagem anterior ocupou-se sobre a teoria procedimental do agir dialógico de Habermas, contextualizada a partir do pensamento sistêmico de Luhmann e da teoria da força simbólica dos direitos de Marcelo Neves. Procurei estabelecer através da análise destas teorias uma abordagem transdisciplinar do controle de contas na sociedade complexa. Meu objetivo é analisar como a participação popular contribui para o fortalecimento do controle social, tornando-o mais legítimo e democrático. Há, contudo, autores que indicam a perspectiva sociológica como pretensão de apenas recobrir, em bases racionais, questões problemáticas, sem, entretanto, se lhes apontar de forma efetiva um caminho resolutivo. Em síntese, Roitman Rosenmann, ao indicar o pensamento sistêmico, como *locus* de fundamentação de condutas sociais conformistas que chegam inclusive às raias da atuação estatal, aduz:

Ficamos, pois, com a declaração de Weber ao se considerar a análise teórica de Luhmann. Isto é, seus argumentos nos condicionam mas não determinam nossa

²⁴ O controle de contas hoje é concebido como controle contábil e pontual, ao não incorporar elementos (orçamento, planejamento e gestão) que compõem a formulação e gestão efetiva e eficiente de políticas públicas. A ausência de integração desses elementos para construção de sentido da norma para efeito do controle de contas dos gestores públicos à luz dos princípios da legalidade e da eficiência pelos TC's, evidencia a existência de um controle simbólico que dificulta a integração da população no contexto do controle social, apto a fortalecer e legitimar o controle institucional. É nesse contexto que o tema conformismo social é articulado ao problema central do trabalho. A adoção das teorias do acoplamento estrutural de Niklas Luhmann e a da força simbólica dos direitos de Marcelo Neves têm a justificativa de demonstrar a necessidade da adoção de um modelo de controle de contas sensível ao âmbito normativo, já que as perturbações sistêmicas oriundas dos sistemas econômico e político têm confirmado a existência de uma anomalia sistêmica no Direito, que se depara com o acoplamento estrutural e com uma aplicação simbólica dos direitos. O controle de contas concebido à luz da Lei nº. 4.320/64, e não harmonizado com a nova ordem constitucional implica, portanto, uma não integração dos modelos de Estado dogmaticamente assentados, o que evidencia a dimensão simbólica na forma com a qual os órgãos de controle externo em regra se relacionam com esse novo modelo trazido pela CR/88.

opção crítica e visão teórica diante de sua abordagem sistêmica. Esta análise entre Weber e Luhmann abre a porta para se repensar as formas de criação cultural e as perspectivas de um processo de socialização que se desenvolve no interior de um projeto de articulação social sistêmica. Com isso, retomamos a crítica teórica ao pensamento sistêmico baseado em ansiosos operadores sistêmicos que habitam suas redes. (ROSENMANN, 2003, p.112, tradução do autor).²⁵

Importante destacar que a proposta habermasiana de substituir a coerção pela confiança advinda da consensualidade e da racionalidade normativa não sucede imune à crítica, à medida que, para Luhmann, a sociedade contemporânea está sintonizada para operar na frequência do dissenso e do conflito, e não o contrário.

Contudo, é fato que esse debate, sendo proveitosa sua absorção como produção científica, não pode ser visto como algo estanque e imutável. Assim, para Roitman Rosenmann:

O conformismo social toma conta do mundo e se torna uma referência para se pensar sobre o sistema e aceitar suas regas. O conhecimento desconectado de sua finalidade, contribuir para o bem comum, se transforma numa sabedoria banal. Mudança social, democracia, desenvolvimento e liberdades coletivas não fazem parte dos problemas básicos para a ordem sistêmica articulada com as redes de Internet e realidade virtual. O processo político que constitui a ordem sistêmica situa problemas sociais essenciais como saúde, educação, trabalho e justiça fora da realização da ordem. (ROSENMANN, 2003, p.112, tradução do autor).²⁶

A teoria do agir dialógico desarticulada de uma inteiração com o aspecto da análise sistêmica do Estado de Direito não assegura por si só o êxito da pretensão de universalidade presente nos objetivos da teoria do discurso. Isso à medida que a efetividade do Direito não está presa a condições ideais de fala, mas, sobretudo à sua capacidade de apreender a realidade social e humana, marcada pela ideia de complexidade, pluralidade, dissenso e conflito. Nessa realidade em que a complexidade advém da quantidade inumerável de sistemas, a indiferenciação destes pode implicar no citado acoplamento estrutural cujos efeitos são, via de regra, maléficos para a autonomia dos sujeitos e para a efetividade de direitos. Isso porque, segundo Roitman Rosenmann, não há estímulo para a participação

²⁵ Nos quedamos pues com la afirmación de Weber a la hora de considerar al análisis teórico de Luhmann. Es decir, sus argumentos nos condicionan pero no determinan nuestra voluntad de crítica e nuestra opción teórica frente a su planteamiento sistémico. Este análisis entre Weber e Luhmann abre la puerta para repensar las formas de creación cultural y las perspectivas de un proceso de socialización que se desarrolla en el interior de un proyecto de articulación social sistémica. Con ello retomamos la crítica teórica al pensamiento sistémico fundado en deseosos operadores sistémicos que habitan sus redes.

²⁶ El conformismo social se apodera del mundo y se convierte en referencia para pensar el sistema e acatar sus normas. El conocimiento desligado de su finalidad, contribuir al bien común, se transforma en un saber trivial. El cambio social, la democracia, el desarrollo y las libertades colectivas no forman parte de los problemas básicos para el orden sistémico articulado con las redes de Internet y la realidad virtual. El proceso político constituyente del orden sistémico situa los problemas sociales esenciales como salud, educación, trabajo e justicia fuera de la realización del orden sistémico.

popular, seja pela via dialógica seja segundo as conclusões do pensamento sistêmico. Assim, o social conformismo culmina por minar as possibilidades de formação racional do espaço público, com um esvaziamento da arena política. Sob o aspecto da participação popular no processo de tomada de decisão político-administrativa e no processo de construção de políticas públicas, ele minimiza os efeitos de tais medidas, que em última instância podem assegurar o direito das minorias não representadas pelo princípio majoritário. Considero que o fortalecimento do controle da administração passa por uma atuação efetiva da população através do controle social. Nessa medida, fortalecer o controle social é medida que pode elevar não só a capacidade administrativa dos TC's, mas dos próprios entes públicos, garantindo-se não apenas uma gestão pública mais democrática, mas orientada também pelos princípios da legalidade, eficiência e economicidade.

A participação popular e o pluralismo têm ocupado importante papel no processo de legitimação democrática dos atos estatais. Sustento que a integração da população no âmbito do controle externo permite assegurar aos órgãos públicos um quadro fiel acerca do estágio do atingimento da eficiência e grau de satisfação dos usuários em vistas dos serviços e políticas de responsabilidade do Poder Público.

4 DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DO DIREITO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS DA EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PELA RELEITURA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Revisitando o controle externo da Administração Pública no Direito Público: em busca da reabilitação da dimensão política da função executiva em face do predomínio do formalismo na atuação administrativista

O trabalho sustenta que as possibilidades de obtenção de efeitos ampliados do texto legal está associada à integração dos vários elementos constitutivos das políticas públicas. Sob a perspectiva do Direito Administrativo, sua fundamentação, segundo argumentações baseadas na Escola da Exegese, demonstra que, na realidade brasileira, a interpretação e aplicação do texto legal pelos órgãos de controle externo da Administração Pública se compadecem com uma interpretação literal. Assim, sustento que este órgãos atribuem juridicidade também aos princípios, interpretando o conteúdo dos atos administrativos em uma vertente sistêmica e orientada, principalmente, pela vinculação ao direito fundamental à boa administração pública, à medida que o controle se prende hoje ao controle contábil. Portanto, ao não dimanar do exercício do controle, um fundamento consoante a natureza híbrida do texto constitucional, tal fato aponta para a prevalência do modelo liberal como fundamento do mesmo.

Se são as políticas públicas – e não o texto legal – instrumentos de concretização dos direitos fundamentais na órbita da Administração Pública brasileira, de que maneira deve o controle externo atuar de modo a induzir/estimular o administrador público a cumprir sua função constitucionalmente delimitada? Para Marcelo Neves: “[...] Desde as duas últimas décadas do século XX, tem-se discutido cada vez mais a situação paradoxal do aumento de encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do direito de dirigir a conduta social”. (NEVES, 2007, p. 29). Nesse contexto, as próprias políticas públicas devem ser instrumentos de realização de direitos, sendo que tais políticas não se resumem apenas ao seu aspecto normativo. Assim, o controle deve contribuir para uma gestão eficiente, ao transcender a questão legal, ensejando a articulação de planejamento, orçamento, execução administrativo-financeira, mobilização e controle institucional e social. A título de exemplificação, quanto à necessidade dessa visão integrada, Marinella Machado Araújo recomenda que: “[...] não se deve perder de vista que a construção da cooperação interinstitucional precisa considerar a autonomia político-administrativa dos entes federados”. (ARAÚJO, 2010, p. 149). Outro exemplo de atuação não integrada condiz com a percepção

institucional existente quanto à natureza jurídica das decisões emanadas pelos órgãos de controle externo no plano da Jurisdição Constitucional. Tal visão, ao evidenciar o alcance e limite da revisibilidade de tais atos, impõe a necessidade de um olhar que aponte para uma visão de políticas públicas que operem a par da realidade, visando sua concretude. O objetivo perquirido é que se pautem tais políticas na atualidade das demandas, para atender de fato as expectativas da comunidade/sociedade.

Contudo, ainda que esse cenário aponte para as possibilidades de uma administração pública efetiva e eficiente, hoje, o controle que prevalece na perspectiva da revisibilidade dos atos dos TC's pelo Poder Judiciário, no âmbito do controle de contas, também é formal. A crítica que se lança pondera que, ao se limitar a apreciação judicial ao aspecto formal da competência privativa dos órgãos de controle, a tal alcance se impõe uma limitação quanto à revisibilidade, segundo uma atuação formalista. Entretanto, alguns autores sustentam a validade de tal tese, conforme Fernandes, que, ao sustentar a irrevisibilidade das decisões pelo Judiciário, pondera:

O exame feito pelos Tribunais de Contas representa uma poderosa e ampla ação de controle interno da própria administração. Permitir uma ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário, no mínimo, concederia, em termos lógicos, um espaço tão intenso ao controle judicial que inviabilizaria a própria ação administrativa. (FERNANDES, 2005, p. 164).

A análise das decisões emanadas pelos órgãos de controle externo contribui para aferição dos limites impostos ao Poder Judiciário quanto à apreciação da matéria. Indago se uma justificação para tanto seria a mitigação do princípio da inafastabilidade da jurisdição por prevalência ou conformação, não apenas diante dos princípios da separação dos poderes e do devido processo legal, mas sobretudo, por força da tradição do modelo liberal. Ainda a título de exemplificação do predomínio desta tradição, em matéria veiculada pelo Jornal O Globo, lê-se: “[...] Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. [...] E, embora os problemas da Justiça frequentemente sejam associados à falta de leis, muitas vezes é o excesso delas que emperra os tribunais.” (DUARTE; OTÁVIO, 2011). Essa transcrição pretende evidenciar a tradição positivista arraigada nas instituições e operadores do Direito brasileiro, em regra, no plano do controle externo da administração. Cite-se como exemplo, a contribuição de H. L. A Hart²⁷, para quem “[...] A desobediência às condições da norma que autoriza a ação torna sem

²⁷ Registro que o termo positivismo é adotado de forma abrangente, com a pretensão não de descrever os vários posicionamentos compreendidos no contexto desta tradição. O objetivo da adoção dessa corrente nas referências bibliográficas é fundamentar uma análise da atuação dos Tribunais de Contas que se apresenta segundo uma atuação legalista-formalista. Na perspectiva de Hart, por exemplo, em que pese vincular-se a

efeito e, portanto, nulo, aquilo que se faz”. (HART, 2009, p. 42).

A seguir, analisarei o problema indicado – da redução apenas à dimensão técnica da atuação do administrador público –, a partir de sua discussão à luz das normas administrativas reguladoras de políticas públicas e procedimentos administrativos. O objetivo de tal intento é sustentar a necessidade de superação desse estágio de acepção meramente formal da norma e, por conseguinte, da função executiva. Nesse sentido, proponho um modelo que vise reabilitar a discussão da efetividade de direitos no contexto das políticas públicas, procedimentos administrativos e agentes políticos que devem, em regra, assegurá-las.

4.2 O controle integrado das relações administrativas à luz das modalidades de controle e ramos do Direito Público

Tenho sustentado, a título de hipótese, que a ampliação do fundamento do controle, não apenas na perspectiva da estrutura normativa híbrida do texto constitucional, mas também no ambiente normativo que esta recobre, é medida apta a reabilitar a aplicação fundada também em modelos dogmaticamente consagrados na estrutura normativa da Carta Magna de 1988. A percepção atual aponta para o fato de não serem hoje assegurados na via prática tais direitos, pois a aplicação do texto legal tem evidenciado a condição simbólica dos fundamentos (vinculados aos modelos de estado) existentes. Freitas, ao defender a integração dos mecanismos de controle, alerta que: “[...]Numa democracia sólida, o melhor controle é o capaz de incluir os demais”. (FREITAS, 2009, p.405).

Nesse sentido, ao propor que o problema do controle formal seja confrontado com um controle integrado, o presente trabalho assume condição de teoria normativa, sem a pretensão de esgotar a bibliografia incidente sobre a questão. Tendo em vista que a hipótese delimitada aponta para a necessidade de uma nova percepção para o controle, a fim de atestar sua aplicabilidade, passarei a investigar como tal visão sucederia no âmbito de aplicação do Direito Público. Para tanto, analisarei o controle da Administração no contexto das relações administrativas. Serão adiante objeto de análise o Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro, Tributário, Urbanístico e Ambiental, visando uma abordagem e atribuição de

essa tradição, este concebia a norma jurídica não em um contexto legalista, mas atribuía a ela a condição de possuir uma textura aberta. Conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011, p. 193): “De uma forma geral, a crença de que a resposta correta possa sempre ser encontrada começa a ser questionada, dentre outros, por Herbert Hart, aduzindo sua famosa distinção entre casos fáceis e difíceis. Essa resposta correta somente seria encontrada nos casos fáceis, enquanto nos difíceis a noção de que a interpretação possa ser mera ação cognitiva na forma de um silogismo jurídico se desfaz como mera ilusão”.

sentido instrumental à função executiva e normas jurídicas que a respaldam.

4.2.1 Perspectiva histórica do controle normativo e as origens do controle de constitucionalidade das leis: o legado do controle normativo politicamente orientado

Para dotar de maior especificidade a abordagem acerca dos fundamentos e modalidades de controle em sentido amplo, cumpre proceder a uma incursão sobre as origens do modelo republicano. É ínsita a tal modelo a ideia de controle normativo proveniente do controle do poder político, decorrente da experiência norte-americana. O estudo dos modelos de Estado - e suas tradições - possui relevância para o presente trabalho, à medida que tais fundamentos devem ser assegurados pelos operadores do Direito em sua esfera de competência e aplicação do direito.

Do contrário, conforme já explicitado, o simbolismo de tal positivação restará evidente. Alguns efeitos percebidos: ilegitimidade na produção do texto normativo; inefetividade do texto legal; redução da função executiva; e acepção estrita da legalidade. Sobre a experiência norte-americana é importante registrar que esta avançou na direção da percepção acerca da interpretação cambiante da norma, naquilo em que se diferenciou da tradição formalista de até então. Ao tratar do momento em que o positivismo começa a ser questionado como modelo de aplicação do texto legal Dworkin observa que:

O Estado se tornou demasiado complexo para adequar-se à autoridade positivista. A tese de que o direito de uma comunidade consiste apenas nas determinações explícitas dos órgãos legislativos parece natural e conveniente quando os códigos legislativos explícitos podem pretender suprir toda a legislação de que uma comunidade necessita. Contudo, quando a transformação tecnológica e as inovações comerciais superam o provimento do direito positivo – como ocorreu intensamente nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial –, os juízes e as outras autoridades judiciais devem voltar-se para princípios mais gerais de estratégia e justiça, de modo a adaptar e fazer o direito evoluir em resposta às novas necessidades. (DWORKIN, 2010, p.299).

Assim, cumpre procedermos a uma breve incursão histórica para situarmos como a mutação constitucional consolidou-se em um mecanismo de interpretação e aplicação do texto legal, atento às transformações e demandas sociais. O presente trabalho adota a defesa da atribuição de mutabilidade da acepção da norma, dada sua abertura semântica e necessidade de interpretação sistemática.

4.2.1.1 Stare decisis: os direitos individuais de limite a fundamento da atuação estatal

Stare decisis tratava-se de um mecanismo de aplicação da norma jurídica que consistia na defesa dos direitos individuais por meio de precedentes jurisprudenciais. Por muito tempo foi fundamento de interpretação e aplicação do direito, norteador da atividade da Suprema Corte norte-americana, calcado na experiência ainda colonial. Com o passar do tempo, novas técnicas de interpretação e aplicação da lei foram integradas à função jurisdicional naquela sociedade no sentido de atualizá-la e adaptá-la à evolução social. Importante frisar, todavia, que a ideia central de proteção dos direitos individuais continua a ocupar posição basilar nesse ordenamento jurídico, atualizada na perspectiva de efetividade de direitos fundamentais no século XX. A importância do *stare decisis* para a formação do novo sistema de governo considera que tal modelo, já consolidado quando do surgimento do *judicial review*, passou de fundamento de atuação não interventiva - de caráter negativo -, a fonte de aplicação asseguradora dos direitos individuais.

4.2.1.2 Releitura do princípio da supremacia constitucional: aproximação e distanciamento do modelo revolucionário francês por meio do judicial review

A influência do modelo revolucionário francês para a experiência federalista norte-americana é direta. Vinculou-se à necessidade de um discurso de justificação para a supremacia e defesa da imutabilidade do texto da Constituição. Entretanto, as respectivas contingências históricas implicaram diferente alcance e sentido, a partir da teoria da Constituição. Sieyès (2008, p. 55), ao considerar o fato de o povo-constituente materializar a representação da nação, defendeu que a supremacia da vontade nacional está plasmada no texto constitucional. Para o autor, esse fato se lhe atribui o caráter não apenas de supremacia, mas também de imutabilidade.

Contudo, conforme ver-se-á adiante, incorporando os próprios contributos da experiência americana, com o passar do tempo esse modelo foi substituído por uma nova forma de responder a novas questões que surgiam e para as quais o velho modelo não estava sujeito a qualquer adaptação, donde fez-se obsoleto, e, por isso, decaiu diante de sua não evolução. Canotilho, nesse sentido, recorta com delineamentos diferenciadores, as peculiaridades dos processos revolucionários, francês e americano, e pondera que: “[...] enquanto o modelo francês procurou fortalecer os representantes legislativos, o norte-americano se ocupou em constituir um governo limitado”. (CANOTILHO, 1999, p. 55). Ilustrando a ideia de limitação do governo por meio do controle de constitucionalidade, Jorge

Miranda exemplifica:

Como escreve HAMILTON, nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...] Portanto, ao verificar-se uma inconciliável divergência entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo, entre uma lei superior e uma lei inferior tem de prevalecer a Constituição. (MIRANDA, 2009, p.500).

Baracho (2008, p. 280), ao traçar as diferenças entre ambos modelos, procurou comparar os movimentos também no sentido de atribuir ao processo americano, a ideia de movimento que inovou ao aprofundar as transformações introduzidas na França. Assim, a ideia formal de separação do poder, descrita anteriormente, adquire caráter material, de maneira a possibilitar a limitação jurídica do poder político. Importante inovação desse sistema - que em pouco tempo seria denominado como *judicial review* -, incorporou o legado do modelo dos precedentes coloniais, o *stare decisis*, porém inovou no direito anglo-americano através da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de autorizar os juízes a desaplicar leis contrárias à Constituição. Continua o autor:

O *Chef Justice* John Marshall, presidente da Suprema Corte, não reivindicou para o Poder Judiciário sua missão de ‘guardião’ da Constituição. A célebre decisão *Marbury v. Madison* de 1803 baseia-se em Alexander Hamilton, um de seus elaboradores do texto constitucional da Constituição da Filadélfia. [...] A contribuição do direito anglo-americano, que não se implantou na Inglaterra, teve grande importância nas colônias americanas, foi a revisão judicial ou o *judicial review*. Por este instrumento consagrou-se a faculdade e a obrigação dos juízes de desaplicar as disposições legislativas contrárias à Constituição, dando origem ao ‘sistema americano de controle de constitucionalidade’. (BARACHO, 2008, p.280).

Contudo, é fato que o modelo de controle instituído pelo *judicial review*, por mais efetivo e eficiente que tenha se mostrado quanto ao controle formal das leis, carecia de uma aplicação que permitisse ao intérprete uma leitura maleável e aberta de seu texto. Como visto, esse conceito estanque de interpretação constitucional foi fortemente criticado pelos diversos governos *retro* mencionados, tendo como auge de exemplo do tensionamento, as críticas do governo diante das posições conservadoras da Suprema Corte durante o *New Deal*.

4.2.1.3 Do governo de juízes ao living Constitution: o legado da Suprema Corte para a concretização de direitos fundamentais

Insta salientar que, à época, tal inovação não ocorreu imune a críticas, chegando Hauriou, um dos ícones da Escola da Exegese, a advertir acerca do controle de constitucionalidade preconizado pelo sistema norte-americano:

Trata-se de interpretar as leis votadas pelas legislaturas em um sentido tendencioso a

fim de referi-las aos princípios constitucionais e sobretudo aos velhos princípios individualistas do *Common law*; esta interpretação prescinde em absoluto da vontade do legislador, e deforma a lei para adaptá-la aos princípios constitucionais. (HAURIU, 2003, p.234, nota do Tradutor).²⁸

Registro que esta posição denota a existência de um Direito Administrativo vocacionado à proteção e legitimação dos atos estatais, vinculado, portanto, à soberania do Poder Executivo. Tal fato materializa a existência de um poder de império; instrumentalizado por meio de práticas unilaterais longe de indicarem uma interface com modelos plurais e de participação, o que ainda passava ao largo deste modelo. Não sem razão a crítica aventada, de modo que muitos apontaram inicialmente tal movimento como *government of judges*. Bonavides (2008, p. 313) situa historicamente esse momento, indicando que tal período sucedeu de 1880 a 1936, declinando com o triunfo da política do Presidente Roosevelt durante o *New Deal*. Segundo Hamilton, ao tratar do fundamento político do *judicial review*, seja a limitação do poder político do governo, adverte:

Não há posição que se apoia em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. (HAMILTON et al., 2005, p. 271).

Nessa perspectiva este mecanismo de controle se apresentou como uma evolução quanto ao atingimento do núcleo essencial do princípio republicano, redundando em um novo sistema com poder, desconcentrado, distribuído, não intervencionista e controlado. Uma evolução contínua no que tange à adaptação desse sistema fazia-se necessária. Com o tempo, a ideia do "governo de juízes" dá lugar a um novo momento, simbolizado, principalmente, pela defesa da necessidade de uma interpretação cambiante do texto constitucional. Para Baracho, essa ideia, consagrada por "mutação constitucional", tem os seguintes fundamentos:

As transformações do Direito Constitucional originário da Constituição dos Estados Unidos, decorrem de três fatores: a) a atrofia do *amending power*, [...]; b) o dinamismo dos Estados membros da União, que supriram o acomodamento da Constituição federal, para amortizar as demandas e os conflitos nacionais; c) o papel importante da Suprema Corte como produtora constante da Constituição material". (BARACHO, 2008, p. 79).

Segado, ao comentar a ideia de *living constitution* esclarece o papel da interpretação

²⁸ Se trata de interpretar en un sentido tendencioso las leyes votadas por las legislaturas, a fin de referirlas a los principios constitucionales y sobre todo a los viejos principios individualistas del *Common law*; esta interpretación prescinde en absoluto de la voluntad del legislador, y deforma la ley para plegarla a los principios constitucionales.

no processo de atualização do sentido do texto legal, que sensível às transformações sociais, deve considerar sempre a necessidade de uma atualização conforme o socialmente desejável e o juridicamente possível:

O Tribunal Constitucional deve sempre ter a oportunidade de rever sua própria jurisprudência para acomodar a interpretação da Constituição e do sistema legal ‘em conformidade com a mesma’ à evolução social e cultural, às novas circunstâncias sociais. [...] Como observou o *Justice* da *Supreme Court* (entre 1939 e 1975) William Orville Douglas em um estudo sobre o princípio do *stare decisis*, e em referência crítica a uma visão estática do princípio de segurança no Direito ou em qualquer lugar, ‘a segurança só pode ser alcançada através da mudança constante, através do sábio descarte de ideias antiquadas que têm dado vida extra a sua própria utilidade e através da busca de outros para os fatos atuais. Há apenas ilusão de segurança como em uma Linha Maginot’. A sociedade evolui e o Direito, também o Constitucional, deve fluir a fim de conseguir uma ‘vivência Constitucional’. E para tornar isso possível o Tribunal Constitucional deve pelo menos ser capaz de rever a sua própria jurisprudência. (SEGADO, 2008, p.155, tradução do autor).²⁹

Logo, esse momento caracteriza-se pelo abandono do conceito de imutabilidade da Constituição, cedendo lugar ao conceito de *living Constitution*. Podemos considerar que esse modelo de interpretação possui acentuado caráter material, justificando uma leitura aberta do texto normativo. Dworkin (2007, p. 427), ao comentar sobre as origens do *judicial review*, indica o importante papel desempenhado pelo Justice Marshall, que a partir do legado do *stare decisis* no sentido de precedentes que atribuíam aos direitos individuais uma posição nuclear no ordenamento inglês, procurou enveredar na direção de justificar a necessidade de proteção destes direitos, à luz de uma releitura que os alçou à condição de direitos fundamentais. Nesse particular, esses direitos nucleares apresentaram-se como limites ao exercício do poder político do governo, naquilo em que a Suprema Corte inovou acerca do conteúdo material do controle.

Seu presidente, John Marshall, afirmou que o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida neste documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país. [...] A história confirmou a dimensão substantiva dessa interpretação. Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido colocados à consciência de instituições majoritárias. [...] Mesmo os que acham que ele cometeu um erro admitem que quase dois séculos de prática colocaram sua

²⁹ El Tribunal Constitucional debe tener siempre la oportunidad de revisar su propia jurisprudência para acomodar la interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico “en conformidad con la misma” a la evolución social y cultural, las nuevas circunstancias sociales [...] Como senalara el *Justice* de la *Supreme Court* (entre 1939 e 1975) William Orville Douglas en um estudio sobre el principio *stare decisis*, ey em referência crítica a una visión estática del principio de seguridad em el Derecho o en cualquier outro sitio, “security can only be achieved trough constant change, through the wise discarding of old ideas that have outlived their usefulness and through the adopting of others to current facts. There is only as illusion safety in a Maginot Line”. Y para que ello sea posibli, en lo que ahora interesa, el Tribunal Constitucional, al menos, debe ser capaz de revisar su propia jurisprudência.

posição para além de qualquer contestação enquanto proposição jurídica, e agora as batalhas constitucionais são travadas no terreno por ela definido. (DWORKIN, 2007, p. 427).

Esse mecanismo demonstra como o mecanismo de controle em tela foi percebido quando de sua concepção e se tornou objeto de um novo olhar diante de uma nova realidade. Ou seja, essa abordagem histórica procurou evidenciar, por meio da mutação constitucional, como a Jurisdição Constitucional historicamente se apresenta como consistente parâmetro para o exercício da controlabilidade, eis que atenta às transformações pelas quais passa a sociedade. Contudo, é importante que tal leitura seja apreendida pelo Direito Administrativo de forma direta, sem a mediação que hoje se verifica a par do constitucionalismo. Ou seja, para que o Direito Administrativo se aproprie da condição normativa do texto constitucional e da realidade para atribuição de sentido às normas, no contexto do controle de contas, de forma direta. Isso porque debater-se-á acerca das possibilidades de gestão resolutive de políticas públicas, mas sem superar o estágio de cisão que hoje recai sobre a função executiva. Nesse sentido, considero que a dimensão política dessa função atualmente é negligenciada, embotando a percepção sobre a importância do planejamento e formulação de políticas – sobretudo, as sociais, realizadoras de direitos de mesmo predicado. Retornarei ao tema mutação constitucional ao analisar as decisões dos TC's e STF no capítulo 5.

O exercício do controle pode se tornar inefetivo, dado que não repousam na lei que os fundamenta – e sim, nas políticas públicas que guarnecem –, os instrumentos de regulação social e concretização de direitos que são a própria razão de ser da Administração Pública. A análise das origens e fundamentos do controle normativo se articula ao tema central do trabalho, na perspectiva das contribuições do conceito de mutação constitucional, que exemplifica uma abordagem aberta da condição do texto normativo.

Considero, ainda, que o controle normativo permite uma associação com o termo controle de contas à medida que as decisões tomadas pelo STF têm efeito direito no exercício da função administrativa e, também, na maneira segundo a qual os TC's hão de controlá-la. Destaco, nesse sentido, a ADC 16 STF³⁰ (Min. Cezar Peluso), cujo julgamento afastou a possibilidade de condenação solidária da Administração Pública em virtude da inadimplência

³⁰ RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL. STF. ADC 16. Min. Cezar Peluso, 2006).

de suas empresas contratadas no que tange aos débitos trabalhistas e previdenciários. Ao declarar a constitucionalidade do parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, o STF afastou o entendimento contrário, traduzido no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que justificava a impossibilidade da participação de cooperativas em licitações, desconsiderando a natureza constitucional do valor cooperativismo. Essa decisão evidencia a realização de direitos vinculados aos modelos de Estado social e pluralista, pois ao assegurar a participação de cooperativas em licitações, permite que um maior número de licitantes interessados participem dos certames, bem como assegura a possibilidade de acesso a emprego e renda por parte dos cooperados, viabilizando o acesso e a concretização de direitos fundamentais.

4.2.2 O controle da sanção administrativa como, a um tempo, limite à restrição de direitos fundamentais e instrumento de controle da legalidade

Consiste também do escopo deste capítulo, investigar não apenas os fundamentos do controle de atuação estatal, com ênfase naquela desenvolvida pelos órgãos de controle externo da Administração Pública, mas analisar a congruência das sanções emanadas em vista dos atos a elas pressupostos. Isso à medida que a aplicação exacerbada de sanções, não se coaduna com o marco teórico do Estado Democrático de Direito, notadamente ao se reputar a existência de uma interdependência das instâncias punitivas, administrativa e jurisdicional. Decorre de tal postulado, a garantia da rigorosa aplicação da sanção, sob o crivo da proporcionalidade. Em síntese, trata-se de investigar a conformação do poder tutelar diante dos preceitos do princípio da proporcionalidade.

4.2.2.1 Responsabilidade político-administrativa: o dever de proporcionalidade das sanções à condição jurígena do ato administrativo pressuposto

A Administração Pública guia-se por princípios orientadores, insculpidos expressamente na letra do art. 37 da CR/88. Entretanto, há ainda princípios que guiam a atividade administrativa estatal de forma implícita, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, ou postulado, como quer Humberto Ávila (2009, p. 161).

De modo que não pertence ao escopo do presente trabalho, a análise aprofundada do referido princípio, limitar-me-ei a discorrer acerca de sua aplicabilidade no exercício da função punitiva pelos órgãos de controle externo da Administração. Notadamente, quanto ao dever de proporcionalidade decorrente da adequação da sanção aplicada à natureza jurídica do ato pressuposto, a fim de garantir-se um sistema de controle que coíba os desvios da

Administração Pública, sem se descurar-se da orientação garantística, com vistas à observância de direitos fundamentais, trazida pela CR/ 88.

Ao discorrer acerca da atualidade do tema, em sede de normatização punitiva, Kelles aduz que: “[...] A Lei 10.028, de 19.10.2000 inovou no que tange as infrações contra as leis de finanças”. (KELLES, 2007, p. 259). Logo, temos que a responsabilidade político-administrativa dos agentes públicos (natureza jurídica da sanção e sua extensão) é questão associada à natureza jurídica do ato pressuposto. Em sede de verificar-se a configuração de uma infração administrativa, forçosa a aplicação de sanções de natureza também administrativa (multas, inscrições dos entes em sistema de cadastro financeiro, etc.). Lado outro, verificando-se a existência de desvio de conduta orientado por dolo e má-fé, forçosa se torna a aplicação de sanções de natureza punitiva, como o ressarcimento ao erário, a proibição de contratar com a Administração ou até mesmo a suspensão de direitos políticos, *ex vi* Lei federal nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Meirelles ao comentar o tema, pondera:

Responsabilidade *político-administrativa* é a que resulta da violação de deveres éticos e funcionais de agentes políticos eleitos, que a lei especial indica e sanciona com a cassação de mandato. Essa responsabilidade é independente de qualquer outra e deriva de infrações político-administrativas apuradas e julgadas pela corporação legislativa da entidade estatal a que pertence o acusado, na forma procedimental e regimental estatuída para o colegiado julgador. (MEIRELLES, 2006, p. 789).

Kelles ao justificar a existência da responsabilidade político-administrativa, encontra fundamento na necessidade de controle acerca dos atos emanados pelos agentes públicos, conforme adverte que: “[...] A responsabilidade do gestor público é da gênese da gestão pública responsável”. (KELLES, 2007, p. 259). Assim, é importante que as sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas tenham em vista esses preceitos, pois o exercício da atividade administrativa não é questão das mais simples, estando o administrador sempre com a incumbência de resolver diariamente questões de extrema complexidade e com multiplicidade de temas dos mais variados, premido pelo tempo. Também há que se ressaltar a própria condição híbrida do conceito de agente político, que é, a um tempo, articulador institucional e executor de políticas públicas, pelo que não se lhe impõe de forma pura e simples o regime jurídico do servidor público, cuja atuação se limita à dimensão técnica. Conforme preceitua Meirelles:

Nessa missão político-administrativa é admissível que o governante erre, que se equivoque na interpretação e aplicação da lei, que se confunda na apreciação da conveniência e oportunidade das medidas executivas sujeitas à sua decisão e determinação. Desde que o Chefe do Executivo erre em boa-fé, sem abuso de poder, sem intuito de perseguição ou favoritismo, não fica sujeito à responsabilização civil, ainda que seus atos lesem a Administração ou causem danos materiais ou morais a

terceiros. E assim é porque os agentes políticos, no desempenho de suas atribuições de governo, defrontam-se a todo momento com situações novas e circunstâncias imprevistas, que exigem pronta solução, à semelhança do que ocorre na Justiça, em que o juiz é obrigado a decidir ainda que na ausência ou na obscuridade da lei. (MEIRELLES, 2006, p. 793).

O agente, nesse mister, sempre decide em vista da exiguidade de tempo, de modo que se torna inevitável a configuração de erros administrativos. Contudo, a esfera de lesividade de tais atos deve se restringir à mera configuração de infrações administrativas. Verificados desvios de finalidade, pautados em dolo, má-fé, e proveito próprio, tais circunstâncias devem dar azo à persecução em juízo com finalidades ressarcitória e punitiva. Sustento, para minimizar a recorrência de tais erros, uma visão que aponte para a necessidade de integração, a ser lançada sobre a função executiva, considerando o planejamento não como fim, mas pressuposto de toda atuação estatal, deve ser considerada.

O gerenciamento eficaz da máquina pública, em regra, não permite a tempo e modo, o conhecimento da deflagração de intempéries, mas permite uma resposta mais rápida e eficaz diante de demandas cuja inércia na solução pode agravar ainda mais situações agudas em que bens, direitos e, muitas vezes, a própria vida humana estejam em vias de perecer. É importante destacar que não se quer com isso dizer que a premência do tempo deve dar azo a respostas imediatistas que não enfrentam a dimensão holística dos problemas, como tem sucedido no âmbito tanto das “emergências fabricadas” pelo Poder Executivo quanto da judicialização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, notadamente na área da saúde pública. Portanto, são por essas razões que o controle formal, inclusive em sede de aplicação de sanções, não pode se limitar à letra da lei, mas deve ser concebido no contexto dos princípios jurídicos, sob pena de punir-se demais, de menos, ou de forma contraditória, ao não integrarem-se às esferas administrativa e jurisdicional (RODRIGUES, 2010).

4.2.2.2 O controle no Direito Financeiro: controlando as despesas públicas na perspectiva indutora de realização dos valores do art. 170 da CR/1988

A Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000, a Lei de responsabilidade Fiscal/LRF, inovou no ordenamento jurídico quanto à normatização do exercício do controle da Administração Pública em sua feição fiscal. Com esse dispositivo, o controle passou a abranger o controle de legitimidade dos atos prévios às despesas vistos como requisitos para criação e incremento de ações governamentais. Este fato aponta para a intenção de abandono, ainda que na órbita normativa, do fundamento de controle em uma acepção estrita do texto legal, notadamente da Lei federal nº. 4.320/64.

É importante registrar que a LRF não superou todos os problemas institucionais precedentes à sua instituição, mas em vista da análise orçamentária isolada imposta pelo regramento anterior, considero que ela se apresentou como uma evolução. Isso à medida que articulou à questão orçamentária, ações de planejamento estatal, controle interno, arrecadação tributária, responsabilidade fiscal, participação popular, transparência e sustentabilidade. Sempre pertinente atualizar e contextualizar tal inovação, que ainda carece de fundamentos que alcancem a complexidade atual das demandas oriundas da sociedade, e permitam ao administrador público guiar-se não apenas por regras, mas ter segurança para agir, conforme uma vinculação a princípios, tanto na órbita dos atos vinculados quanto dos discricionários.

Crítica que se coloca é a abordagem formal introduzida pela LRF na perspectiva dos limites de gastos em vista dos percentuais (por exemplo, art. 21), em que pesem as discrepantes realidades dos diversos entes federativos do Brasil, particularmente com relação aos municípios. Apesar de a legislação ter avançado em comparação com a abordagem exclusivamente orçamentária da Lei federal nº. 4.320/64, é importante que sua aplicação tenha em vista sua harmonização com o ordenamento jurídico e com a realidade social na qual seja aplicada. Contudo, a prevenção de erros e a correção de desvios foram uma inovação da lei de importância considerável. Exemplificando, o texto a seguir contribui para a atualidade acerca da discussão do tema, *in verbis*, conforme demonstrei em outra ocasião ao comparar o regime da Lei federal nº. 4.320/64 e da LRF:

A despesa pública obedece aos estágios estabelecidos na Lei Federal nº 4.320/64. Tendo procedimento escalonado, sucedem-se fixação, empenho, liquidação e pagamento. A LC nº 101/2000 em seus artigos 15 e 16, procurou tornar mais rigoroso o controle sobre a atuação estatal. Trouxe a lei novas regras para a criação ou expansão de ações governamentais. [...] A Lei de Responsabilidade Fiscal é norma geral que introduziu no ordenamento jurídico, importantes dispositivos de gestão tributária e financeira. Em síntese, visa instituir parâmetros de controle para a validade dos incentivos, bem como definir as sanções institucionais (v.g vedações de recebimento de transferências, inclusão do ente em cadastro de administração financeira), e pessoais, (penalidades arroladas pela lei de improbidade administrativa). (RODRIGUES, 2009, p.97-132).

Retornando a análise para a questão do controle financeiro após breves considerações, temos a respeito da LRF, que esta produziu uma nova realidade normativa, que enfocou não apenas o aspecto formal da gestão das políticas públicas conforme o controle contábil-financeiro da Lei nº. 4.320/64, mas também no atingimento de sua efetividade. Assim, além de ter tornado mais rigoroso o procedimento para autorização de novos gastos públicos, visou implementar no ordenamento jurídico um conjunto de normas e metas de natureza fiscal a serem observadas pelos gestores, para consecução de legalidade e legitimidade de seus atos,

que passam a ser concebidos de forma integrada, ou seja, vinculados aos diversos elementos que constituem as políticas públicas.

4.2.2.3 Incentivos fiscais: requisitos (art. 14 da LRF)

A LRF é norma geral que introduziu no ordenamento jurídico importantes dispositivos de gestão tributária e financeira, como exemplificado pelo art. 14³¹. Schoueri ao comentar sobre o dispositivo, pondera a inovação trazida por ele: “[...] Ricardo Lobo Torres trata como ‘princípio da gestão orçamentária responsável ou como subprincípio do princípio da responsabilidade’”. (SCHOUERI, 2005, p. 59). Visa, portanto, instituir regime de gestão fiscal responsável.

Em síntese, tal comando objetiva instituir parâmetros de controle para a validade dos incentivos, bem como definir as sanções institucionais (v.g. vedações de recebimento de transferências, inclusão do ente em cadastro de administração financeira) e pessoais (penalidades arroladas pela lei de improbidade administrativa, Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992) no caso de malversação de recursos públicos ou recebimento de benefícios de natureza fiscal de forma indevida.

4.2.3 O controle no Direito Tributário: a releitura do conceito e finalidade da norma jurídica na perspectiva de concretização de direitos fundamentais

Ao atingirmos o exemplo de atuação administrativa na seara tributária, analisarei a seguir os limites e pressupostos da ação controladora em interface com o Direito Financeiro. O presente tópico evidenciará, a par do estudo da extrafiscalidade, como a atuação valorativa, em face da construção e aplicação da norma, pode contribuir para a efetividade de direitos na

³¹ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receitas deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário - financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. §1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou condições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. §2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. §3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu §1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

órbita da administração pública, notadamente em momentos de recessão econômica, como aquelas percebidas em 1929 e 2008, esta última ainda a ecoar, principalmente, sobre o capitalismo central.

A adoção de políticas econômicas de matiz tributário, que buscam fortalecer a figura do Estado e com isso controlar de forma minimamente previsível a variabilidade de câmbio e indicadores econômicos que permeiam o mercado, tem se mostrado apta a assegurar o atingimento dos valores do art. 170 da CR/88, notadamente, o desenvolvimento e a soberania nacional, fortalecendo com isso a imagem da função executiva como função de formulação e planejamento.

A principal fonte de recursos para custeio dos serviços públicos desenvolvidos pelo Estado é a atividade arrecadadora de tributos. O Estado patrimonial possui ainda como fonte de recursos as receitas oriundas da concessão de bens e serviços públicos, da concessão de serviços de telecomunicações e exploração de riquezas minerais, *v.g.*. Cite-se, ainda, recursos oriundos de programas de desestatização, ou até mesmo a atuação direta do Estado na economia, por meio de empresas que controlam como detentor de maioria do capital social. Ainda que atualmente não seja fonte exclusiva — diante de outras formas de obtenção de receitas pelo Estado — a imposição e cobrança de tributos há muito deixou de ocorrer de modo não sistematizado, de maneira que hodiernamente ocorre sob o crivo de complexas regras, que se amoldam à dinâmica da pós-modernidade. Na esteira da lição de Werther Spagnol, *in verbis*:

A origem dos tributos remonta à criação das primeiras formas sociais politicamente organizadas. Desde já, pode-se afirmar que o tributo é o instrumental básico viabilizador de qualquer sociedade constituída. Assim sendo, quanto mais evoluída for a organização da sociedade, mais evoluída deverá ser a tributação, que se iniciou por meio de imposições isoladas, sem planejamento, até chegar aos complexos sistemas tributários atuais. (SPAGNOL, 2004, p.6).

Nesse sentido, à medida que a prestação de serviços públicos abrange toda a coletividade dado seu caráter de universalidade, a todos, *a priori*, é estendido o ônus de concorrer para o financiamento das despesas referentes aos gastos estatais. Portanto, uma primeira possibilidade de atuação dessa modalidade de controle cinge-se à feição clássica do tributo, em sua perspectiva arrecadatória. Contudo, considero que essa potestade possui ainda vertente não vinculada à estrita captação de recursos para custeio de despesas gerais. Significa dizer que o objetivo da tributação pode extrapolar a função eminentemente arrecadatória, para, de forma mediata ou imediata, atuar no comportamento do partícipe do polo passivo da obrigação tributária. Teríamos outra função do tributo, que seria orientada não pela

imediatidade da arrecadação, mas orientada para a obtenção de resultados pautados em valores constitucionais, as chamadas técnicas extrafiscais. A partir de um juízo discricionário, o governante e legisladores atribuem qualidade a certas condutas, convenientes ou inconvenientes, oportunas ou inoportunas. Ao fomentar ou coibir certas atividades, o Estado intervém no comportamento, procurando incluir entre seus desígnios estimulá-los ou inibi-los, buscando a concreção de valores constitucionais ao se lhes implementar via prática. Ao comentar sobre a origem das normas indutoras, Catão pondera que:

Coube assim a Bobbio o enfrentamento desta questão a partir do seu *Teoria do Ordenamento Jurídico*, abandonando senão a absoluta relevância da sanção, mas uma diferente configuração desta, a partir do que se convencionou a chamar de ‘sanções positivas’. E o que fez para identificá-la dentro do que denomina de ‘normas de promoção’, nas quais a sanção será não mais apenas ‘ameaça’, mas também ‘promessa’. Inicia-se assim uma fase prospectiva distinta para uma teoria do Direito, mesmo sob uma análise positivista, em que a existência absoluta do controle coativo através da norma passa a dar lugar ao estímulo a uma conduta desejada pelo Estado, mas não obrigatória. Fecundam nas denominadas normas de estrutura, os enunciados estimular, incentivar que são completados por outras normas, que prescrevem, por exemplo, a forma de um incentivo fiscal. (CATÃO, 2004, p.6).

Dessa maneira, para levar a efeito tal indução, o Estado opera por meio da estrutura das normas jurídicas, com a adoção de métodos e técnicas de indução de comportamentos. No exemplo do Direito Tributário, é a norma jurídica tributária o ente que engendra tal objetivo extrafiscal, na qualidade de instrumento de intervenção no mundo fático. Frise-se que tal mecanismo reabilita, inclusive, a dimensão política da atuação executiva, que tem a possibilidade de orientar a formulação e implementação de políticas públicas a partir da realidade. Como exemplificado por meio do *New Deal*, a superação de estados de crise econômica e inefetividade de direitos não pode ter fundamento exclusivo na perspectiva científica (para o caso, jurídica) do problema, mas deve associar-se às ações de governo que visem integrar articulação institucional, planejamento orçamentário, mobilização social e gestão administrativa.

Tal conjunto de ideias permite inclusive apontar para uma nova abordagem do conceito de norma, não como limite em uma acepção formalista, mas como fundamento de uma atuação estatal marcada pela atuação com vista às sanções premiais. Para Schoueri, (2005, p. 70), tais métodos e técnicas objetivam a concreção dos princípios arrolados no art. 170 da CR/88, a saber: a) soberania nacional; b) propriedade privada; c) função social da propriedade; d) livre-concorrência; e) defesa do consumidor; f) defesa do meio ambiente; g) redução de desigualdades regionais e setoriais; h) busca do pleno emprego; i) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; j) livre exercício de qualquer atividade

econômica. José Marcos Domingues de Oliveira, ao comentar sobre a extrafiscalidade, aduz que:

Diversamente da imposição tradicional (*tributação fiscal*), que visa exclusivamente à arrecadação de recursos financeiros (*fiscais*) para prover ao custeio dos serviços públicos, a denominada tributação extrafiscal é aquela orientada para fins outros que não a captação de dinheiro para o Erário, tais como a redistribuição da renda e da terra, a defesa da economia nacional, a *orientação dos investimentos para setores produtivos mais adequados ao interesse público*, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial, etc, donde decorre sua orientação fortemente principiológica. Como instrumento de atuação estatal, o ordenamento tributário pode e deve, através da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular aquelas menos afinadas com as políticas públicas de promoção do Bem Comum (políticas públicas evidentemente legitimadas pela Constituição). (OLIVEIRA, 2006, p. 45).

Exemplificando, Hilú Neto, ao tratar da extrafiscalidade nos impostos aduaneiros, salienta que:

Passando ao tema específico, a utilização dos impostos aduaneiros com fins extrafiscais operacionaliza-se mediante a possibilidade de alteração de suas alíquotas sem a necessidade de disposição em lei em sentido estrito e sem a necessidade de observação da anterioridade. [...] Mais especificamente, devem nortear as ações extrafiscais do Estado, no tocante aos impostos aduaneiros, a defesa da soberania nacional (art. 170, I) e a livre concorrência (art. 170, IV). (HILÚ NETO, 2003, p.248, 253).

Esboçados em largos traços os pressupostos do controle estatal na seara tributária, cumpre analisar o modo pelo qual se opera dita indução.

4.2.3.1 Os valores constitucionais e os métodos de indução de comportamentos

Os métodos de indução atuam nos âmbitos financeiro e fiscal e operacionalizam-se de duas maneiras: a) por meio do aporte de recursos orçamentários (v.g, destinação de subvenções a entidades, ou destinação de subsídios ao setor produtivo); b) por meio do uso da norma tributária como instrumento de indução de comportamentos. Tais métodos visam à concreção de valores, variando a intensidade da aplicação de tais métodos, conforme a relevância do valor constitucionalmente albergado, cuja consecução implementadora orienta e justifica o fim de sua concretização. Dessa maneira, a intensidade dessa atuação tem de guardar proporcionalidade, como adiante ver-se-á, com o grau de relevância atribuído pela Constituição a determinado valor. Podem incidir tanto no âmbito das despesas quanto no das receitas. À guisa de exemplo, ao comentar sobre benefícios tributários condizentes ao Terceiro Setor, Souza arrola dispositivos contraditórios na legislação federal, *in verbis*:

No âmbito federal, pode-se destacar basicamente seis hipóteses possíveis de serem enquadradas como fomentadoras de atividades do Terceiro Setor mediante a instituição de benefícios fiscais de incentivos que merecem destaque, a saber: a) dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a instituições de ensino e pesquisa; b) dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a entidades civis sem fins lucrativos e de utilidade pública; c) Lei de Incentivo à cultura (Lei Rouanet); d) Lei de incentivo às atividades audiovisuais (Lei do Audiovisual); e) Fundo de Financiamento da Indústria Cinematográfica (Funcine); e f) Fundos de Direitos das Crianças e dos Adolescentes. (SOUZA, 2004, p.303).

4.2.3.1.1 Despesas públicas

Sob o enfoque da despesa pública, segundo a doutrina de Catão (2004, p. 59), tais métodos apresentam-se nas seguintes modalidades: a) subvenções, b) subsídios e c) créditos presumidos.

4.2.3.1.2 Subvenções, créditos presumidos e subsídios

As subvenções, os créditos presumidos e os subsídios são dotações constantes nos orçamentos das pessoas jurídicas de direito público interno, cuja transferência é autorizada por lei por meio da criação de rubricas orçamentárias. Têm por finalidade garantir provisão de recursos a entidades beneficiárias. Foram instituídas em nosso ordenamento jurídico pela Lei federal nº. 4.506, de 30 de novembro de 1964 e pelo Decreto-Lei nº. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. A Lei federal nº. 4.320/64 (KOHAMA, 2003) as distingue em: a) subvenções sociais, que se destinam a entidades sem finalidade lucrativa; b) subvenções econômicas, que se destinam a entidades de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril. Conforme Catão: “[...] Classificam-se em ‘subvenções para investimento’, quando destinam-se a aumentar o acervo de capital da pessoa jurídica beneficiária; ou ‘subvenções para custeio’, quando se destinam a suportar as despesas correntes da entidade destinatária.” (CATÃO, 2004, p. 60).

Importante frisar que verificada a partir da atuação controladora, a malversação de subvenções, em particular as de investimento, tem reflexo imediato no tratamento tributário dados às entidades que a tais aportes de recursos façam jus. Por isso, a aplicação dos recursos deve ser rigorosamente comprovada, por meio de regular escrituração contábil. O art.182 da Lei federal nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 determina que as subvenções para investimentos devem ser classificadas como reservas de capital, de modo que o art. 443 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº. 3.000/99, enuncia que estas

não serão computadas na determinação do lucro real. A título de exemplo, há a possibilidade de a observância de registro contábil das subvenções para investimento como reserva de capital ensejar a não tributação pelo Imposto de Renda/IR. Em sentido contrário, configurado desvio de finalidade, tal fato seria qualificado como imponível, com a aplicação e contabilização da subvenção para investimento como subvenção para custeio. Significaria a transferência de capital em renda: hipótese de incidência tributária do Imposto de Renda. A justificativa de tal propósito cinge-se à inexorável observância dos requisitos constitucionais e legais para concessão e manutenção do tratamento benéfico, seja financeiro (v.g., recebimento das subvenções para investimento) seja tributário (v.g., não tributação pelo Imposto de Renda mediante escrituração regular). Nessa perspectiva, segundo Schoueri: “[...] os juristas vêem como finalidade da subvenção a concessão de meios para sustentar uma finalidade pública por meio do comportamento do beneficiário [...]” (SCHOUERI, 2005, p. 55).

A correta aplicação dessas transferências voluntárias, portanto, é requisito *sine qua non* para que o beneficiário não apenas continue a receber tal incentivo financeiro, como também possa fazer jus a um tratamento tributário menos oneroso, nos termos da lei, sujeitando-se à aferição de regularidade pelo controle da administração. A aplicação desse método de indução, que atua na vertente de incentivo financeiro, se justifica em razão da necessidade de fomento de atividades estratégicas consideradas como tal pelo Estado.

A título de exemplo, sob a ótica do princípio da soberania econômica nacional, temos como medida de concreção, a concessão de crédito presumido do PIS/COFINS (Programa de Integração Social/ Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) a operar na base de cálculo do imposto sobre produtos industrializados - IPI - de mercadorias destinadas ao exterior. No tocante ao imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços – ICMS -, a possibilidade de abatimentos fiscais de determinados custos da produção, com relação a mercadorias destinadas também ao mercado externo. No caso do IR, possibilidades há de créditos presumidos que buscam evitar a bitributação internacional, tornando os preços dos produtos mais competitivos no âmbito externo.

Os subsídios são incentivos financeiros que visam à intervenção no domínio econômico. Atuando para o fomento da atividade no âmbito da formação de preços no mercado, visam à concreção do princípio da livre concorrência. Citando Adilson Rodrigues Pires, na obra *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, “Entende-se como subsídio toda ajuda oficial de governo, com o fim de estimular a produtividade de indústrias instaladas no país” (PIRES apud CATÃO, 2004, p. 73).

O subsídio tem por objetivo promover o desenvolvimento de setores estratégicos sob o

ponto de vista econômico ou das regiões mais atrasadas, além de servir como instrumento de incentivos às exportações, sobretudo, em países em desenvolvimento. Por meio desse conceito, podemos considerar que ao atuar no âmbito da despesa pública, o subsídio atua como instrumento de fomento da economia. Quando de sua adoção, o Estado visa impulsionar o setor produtivo, aquecendo o mercado ao aumentar o fluxo de bens e mercadorias. Essa medida pode inclusive ter um efeito mais benéfico que o inicialmente pensado: estimular a criação de mais empregos no mercado de trabalho em virtude de maior demanda por bens e serviços.

4.2.3.2 Receitas públicas

Conforme Torres “Receita é a soma de dinheiro para fazer face à realização dos gastos públicos.” (TORRES, 2000, p. 185). No âmbito das receitas, considero que os métodos de indução de comportamentos estão associados aos ingressos tributários, de modo que é dado ao legislador, na consecução de valores constitucionalmente postos, eleger e adotar procedimentos que visem atenuar ou muitas vezes exonerar a própria obrigação tributária. Catão considera que:

Constata-se assim que os incentivos sobre a receita pública devem ser manipulados pelo legislador, não só sob os auspícios dos princípios tributários e à luz das normas constitucionais e de direito financeiro, como também pelos princípios inerentes ao exercício das atividades administrativas previstos no art. 37 da Constituição Federal, bem como a demais princípios do direito administrativo, como a eficiência e a razoabilidade. (CATÃO, 2004, p.77).

De relevo para a presente análise jurídica o comentário, pois busca transcender o âmbito fiscal e atingir de forma direta o âmbito da própria gestão e controle desses incentivos. A atividade concessiva, desse modo, não se finda com a outorga desses benefícios, ou vantagens, mas perdura até que a sua aplicação (como no caso das subvenções) seja comprovada por meio de regular escrituração contábil. Temos nesse exemplo, uma medida que visa evitar, com essa exigência, o desvio de finalidade na aplicação das transferências voluntárias, ou mesmo a concessão de benefícios que apenas simbolicamente atendam o interesse público.

4.2.3.2.1 Isenção, diferimento, isenção e anistia

Para Catão (2004), classifica-se pelo aspecto temporal (prazo certo ou determinado) ou

aplicabilidade (condicionada ou incondicionada). Além dos requisitos para a concessão e manutenção dessas vantagens, a sua revogação tem natureza vinculada, tendo sua concretização submetida ao princípio da legalidade, conforme RE 186.264/STF (Min. Marco Aurélio):

INCENTIVO FISCAL – REVISÃO – SITUAÇÃO – DIREITO ADQUIRIDO. A regra da revogação dos incentivos, que não tenham sido confirmados por lei, apanhados pela Carta de 1988 após dois anos, a partir da respectiva promulgação, restou excepcionada, considerada a segurança jurídica e, até mesmo, cláusula pétrea, pelo p. 2º do artigo 441 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ‘a revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo’. (BRASIL, 1997).

O diferimento é técnica que exemplifica a indução de comportamentos por meio da manipulação da estrutura da norma jurídica tributária. Sob a ótica da receita pública, para Catão:

Não há dúvida de que sendo o diferimento uma modificação do critério temporal para fins de cumprimento da obrigação tributária (pagamento/extinção do crédito) é instrumento dos mais usados em sede de incentivos fiscais, podendo ser, por vezes, mais eficaz que a redução parcial do tributo. (CATÃO, 2004, p.83).

Baleeiro, ao comentar os institutos em epígrafe, pondera que: “[...]A anistia não se confunde com a remissão. Esta pode dispensar o tributo, ao passo que a anistia fiscal é limitada à exclusão das infrações cometidas anteriormente à vigência da lei, que a decreta”. (BALEEIRO, 2006, p. 995). A remissão e a anistia, embora não sejam propriamente espécies típicas de incentivos fiscais que, portanto, não atuam diretamente na função regulatória do tributo, podem ser inseridas dentro de um conjunto de estímulo a certas atividades, por exemplo, de natureza econômica.

A rigor, tais institutos atuam a partir de um vínculo obrigacional tributário existente. Na remissão, se dispensa o sujeito passivo do pagamento do tributo, conforme art. 172 da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional/CTN -, por características reconhecidas pelo legislador como ensejadoras do benefício. A anistia consiste na exclusão do pagamento de penalidade tributária, não tipificada pelo *ius puniendi*. Tem como pressuposto a prévia autorização legislativa autorizadora de tal *modus operandi* da administração fazendária, por força da realização de valores constitucionais, como o princípio da dignidade humana.

4.2.3.3 O legado da extrafiscalidade para o controle administrativo: por um novo conceito de norma jurídica na perspectiva da efetividade de direitos fundamentais

Feitas as considerações que se seguiram, a título de síntese, cumpre aduzir o que se segue. O rigoroso emprego das modalidades de controle (interno, externo e social), é de extrema importância para a concessão e manutenção de vantagens, para a validade dos *discrimens*, e também sua legitimidade. Logo, métodos de indução extrafiscais, podem induzir a condutas desviantes; uma terceira conduta. Diferente tanto da conduta considerada inconveniente quanto daquela induzida pelo legislador da norma tributária, que muita vez descamba para o ilícito. Assim, técnicas de indução não são aptas para combater a ilegalidade, tornando-se ilegítimas (por frustração da extrafiscalidade) ao fazê-lo.

Nessa medida, a preponderância da consecução de determinado valor, juntamente com a finalidade arrecadatória, deve guardar logicidade e coerência na instituição de determinada medida com vistas ao atingimento de certa finalidade. Isso implica que em sede de conformação de princípios, o nexos causal entre valor e medida, deve ser considerado pressuposto legitimador de tal atuação. *In casu*, a conformação ou o afastamento de princípios tributários se justifica diante da necessidade de superposição de valores constitucionais aos princípios aludidos em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

No tocante à teoria da exoneração, temos que a rigorosa apreensão da teoria da norma tributária é imprescindível para função veritativa quanto ao regime jurídico das técnicas exonerativas. Ao classificá-las com rigor, à luz da estrutura da norma, permite-se a verificação de seus limites, avaliando-se a legitimidade de sua instituição, balizando a atuação controladora quanto não apenas à legalidade, mas à própria legitimidade do *discrimen*.

Essa atuação indicada procurou evidenciar como o exemplo da extrafiscalidade redimensiona a questão meramente técnica do administrador público fazendário (“feição eminentemente fiscal”), para uma atuação finalística orientada por valores e política constitucional (“feição indutora”), ensejando, com isso, a própria releitura do conceito de norma jurídica em seu sentido de veículo de finalidade obrigacional e sancionatória de caráter exclusivo, demonstrando a possibilidade da adoção de uma concepção pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência nesta seara.

4.2.4 O controle no Direito Urbanístico: a importância do modelo de estado social como fundamento do federalismo cooperativo.

Pretendo avaliar neste tópico, a sustentabilidade formal das técnicas adotadas pelo Estado brasileiro no trato com a dicotomia rural/urbano, avaliando se as peculiaridades dessa diversidade são contempladas nas ações governamentais de planejamento e controle. Na atuação urbanística - que pode se dar na forma reguladora ou prestacional -, atualmente, a temática concernente ao planejamento urbano (ação reguladora) com vistas à habitação de interesse social (ação prestacional) ocupa importante papel na reflexão sobre a atualidade e o futuro das cidades. Avaliar o *modus operandi* segundo o qual o Estado brasileiro tem enfrentado a questão no âmbito de políticas públicas, torna-se questão de relevo ao se considerar que esse planejamento pressupõe inclusive o acesso a direitos de natureza social, pressupondo, portanto, a execução política, uma atuação de planejamento e formulação, politicamente orientada com fins a conjugação dessas duas facetas na função executiva.

A política de habitação foi indicada como exemplo de cooperação interinstitucional no contexto de modelo federativo brasileiro, considerando que essa cooperação pressupõe o estabelecimento de instrumentos que garantem o repasse de recursos financeiros, o que permite analisar o controle de contas na perspectiva interinstitucional, motivo pelo qual foi adotada como objeto de exemplificação.

De maneira que diferentes realidades institucionais compõem o universo dessas parcerias, um controle a partir da realidade é sustentado como mecanismo que reflita a realidade política, econômica, social e cultural, no processo de atribuição de sentido aos princípios da legalidade e da eficiência. Em outra vertente, o exemplo contribui para uma análise da atuação das auditorias operacionais, que, ao exercerem sua atuação de controle, segundo processos de natureza contábil e financeira, não consideram as peculiaridades dos elementos que compõem o âmbito normativo nesse contexto, como as especificidades dos diversos entes federativos envolvidos, sobretudo os municípios, em uma perspectiva plural.

Tangenciando a questão central ora desfilada, a presente análise enfocará a questão concernente à indagação se as medidas adotadas pelo Estado brasileiro até aqui, na operacionalização de tal função executora, alcançam (ou ao menos tendem a alcançar) os fins que justificaram sua instituição. Ainda, se há um rigor metodológico no cotejo entre a natureza jurídica dos respectivos atos e normas emanadas e diversos regimes jurídicos que recobrem as variadas situações fáticas que pretende enfrentar. A teoria do federalismo cooperativo será adotada como possibilidade de validação das estratégias governamentais.

Atualmente, a temática concernente ao planejamento urbano ocupa importante papel na reflexão sobre a atualidade e o futuro das cidades. Colocando na ordem do dia a busca pela efetividade, bem como reflexões acerca do controle de políticas públicas nessa seara.

A despeito desse ponto abordado ao qual retornarei adiante, fato é que pontos positivos têm sido alcançados por meio desta estratégia de nacionalização do problema. Logo, a articulação entre municípios, Estados e União, torna-se um exemplo relevante de federalismo cooperativo. De acordo com Bernardes:

[...] Outra marca desse modelo está assentada na priorização das relações inter-governamentais que permitem colher decisões marcadas pela noção de que, por intermédio de consensos e articulações, possamos estabelecer atuações democráticas e negociadas na definição da política nacional, regional, e no caso brasileiro, municipal. (BERNARDES, 2009b, p.210).

Essa interação, ao integrar institucionalmente entes que enfrentam problemas comuns, contribui no sentido de atenuar a baixa capacidade administrativa que por vezes é recorrente, principalmente, nos municípios, de modo que políticas públicas têm focado atenção naqueles cuja população condiz com até 20.000 (vinte mil) habitantes (estes municípios representam aproximadamente 72% dos municípios brasileiros, conforme IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2011).

A citação a seguir demonstra a origem do problema fundiária no país, de maneira que historicamente o Estado brasileiro tem atribuído força simbólica aos direitos vinculados à habitação de interesse social, pois institui políticas públicas sem assegurar a titularidade da propriedade aos beneficiários. Faoro trata dos antecedentes históricos da concentração fundiária/agrária

[...] O remédio, único capaz de se impor, dada a importância do lavrador assentado sobre a ocupação, seria o reconhecimento da posse, com a extensão reduzida 'à de uma sesmaria para cultura ou criação igual às últimas concedidas na mesma comarca ou nas vizinhas', de acordo com a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. (FAORO, 2001, p.466).

4.2.4.1 Controle de políticas públicas à luz do federalismo cooperativo: reabilitando a dimensão híbrida do Estado de Direito brasileiro no plano do Direito Urbanístico

Essa articulação interinstitucional mencionada ordena competências concorrentes de forma cooperada, na perspectiva de uma atuação eficiente e efetiva da Administração Pública. (Exemplo de cooperação exitosa pode ser retirado da área da saúde pública, como o Sistema Único de Saúde, que a despeito de estar em processo de consolidação e aperfeiçoamento,

difícilmente será objeto de substituição por outro modelo, fato do qual decorre que se constituiu e consolidou em definitivo).

Logo, essa atuação tem fundamento não apenas na perspectiva da solidariedade, que pressupõe uma atuação conjunta e fundada inclusive em laços de fraternidade, mas também sob a ótica da subsidiariedade que desloca para o critério locacional a atuação do respectivo ente. Wilba Bernardes enfatiza a dimensão de proporcionalidade ínsita ao federalismo cooperativo:

Ideias de partilhar o poder de legislar e impor encargos e, nesses dois casos, efetivamente descentralizar, gerando o que foi denominado federalismo de equilíbrio, permeiam todo o Documento Constitucional e demonstram, inicialmente, a possibilidade de adoção de um federalismo mais aberto e vinculado às diversidades e adversidades presentes no território nacional, o que estaria corroborando para com os pressupostos de um Estão Democrático de Direito. (BERNARDES, 2009a, p.311).

É importante observar que essa perspectiva viabiliza a possibilidade de os direitos serem alcançados de forma efetiva, à medida que os entes envolvidos atuam com vistas à unicidade, otimizando a eficácia das políticas públicas e aproximando-as da congruência entre medidas instituídas e fins almejados.

4.2.4.2 Constituição e realidade jurídico-urbanística: o planejamento urbano como pressuposto de atuação efetiva e eficiente na concretização de direitos sociais de cunho habitacional

Da maneira que o Estado de Direito brasileiro trata no art. 182 da CR/88 acerca da política urbana, é importante trazer para a discussão acerca do tema a “realidade constitucional” que concentra no município, o centro da articulação. Isso se justifica em virtude do fato de atribuir-se maior peso à preocupação com as relações jurídicas urbanas na ordem das cidades. Hodiernamente, a discussão sobre cidade não se limita àquela conceitual-formal, que descarta da força fática dos fatores reais de poder, como *v.g.*, a tensão existente entre os interesses dos movimentos sociais de cunho habitacional e do poder econômico imobiliário.

Sustento que esses atores devem se relacionar com o Poder Público de modo intrassistêmico, ou seja, de forma institucionalizada, a partir de regras claras e procedimentos objetivos, passíveis de controle e ajustes normativos quando assim demandar a ordem jurídico-urbanística e o interesse coletivo. Nessa medida, acresce-se à concepção formalista das Constituições dos Estados-membros e Leis Orgânicas municipais, que se centram

classicamente no critério de alocação da sede administrativa, o critério de abrangência populacional e adensamento urbano; independência econômica; e movimentação migratória (êxodo rural ou urbano).

4.2.4.2.1 O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social entre o rural e o urbano: tentativa de fundamentação da política pública

Uma análise que se torna propícia no que tange ao controle da administração na atuação urbanística, concerne não apenas a análise de sua atuação material, mas a coerência entre os pressupostos de atuação e medidas adotadas. Enfim, trata-se de uma análise do rigor metodológico, uma crítica da atuação e uma tentativa de justificação, com o objeto de verificar se à função executiva tem sido atribuído o caráter dúplice de formulação e gestão de políticas públicas no caso de natureza social.

Ao analisar o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e a política pública instituída pela Lei federal 11.977 de 07 de julho de 2009, que instituiu o programa “Minha Casa Minha Vida”, considero que a ordenação do solo pelo município colide com programas e ações associadas à reforma agrária, ao menos sob o enfoque da regularização fundiária em áreas rurais com a finalidade habitacional.

À medida que esta política pública se ocupa de proceder à regularização fundiária e reforma agrária com o objetivo de assegurar o acesso ao núcleo de direitos fundamentais de ordem social, e que a questão agrária passa a ser tratada como questão de caráter nacional e não federal, o poder político acumulado com a distribuição de terras e habitações pode incorrer em desvio de finalidade (e poder) caso não se sustente metodologicamente. Isto porque seria a um tempo, medida que garantiria o acesso à moradia, porém, com a finalidade subjacente de controle político dos beneficiários, para a obtenção da “lealdade das massas”, desvelando seu caráter simbólico.

Assim, indaga-se: como legitimar a propositura de tais políticas públicas no âmbito de um Estado Federado por parte do poder central, se o próprio texto constitucional desloca a questão para o âmbito local? Tal medida implicaria desrespeito à ideia de legalidade? Como sustentar tal política em virtude do controle estatal?

Uma possibilidade de fundamentação que tenha pretensão de validade e coerência, para uma resposta consistente para o controle externo e social, parte do pressuposto que ao nacionalizar-se a questão, por meio da articulação dos entes de forma federativo-cooperada, procura-se, a partir do critério da subsidiariedade, deslocar para os entes federativos aparelhados tecnicamente a tarefa propositiva de ordenação das políticas públicas e, também,

de financiamento destas, já que o simples critério locacional não resolveria a questão diante de municípios com baixa capacidade administrativa. Entretanto, é importante que tal política pública de caráter prestacional tenha controle não apenas formal, mas também de legitimidade, avaliando-se inclusive o respeito à soberania popular como procedimento.

Nesse sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS – que julgou, em 05.04.2004, a ADIn 70005449053, tendo como Relator Araken de Assis, ao interpretar sistematicamente matéria de interesse local (requisitos procedimentais para alteração do zoneamento do solo urbano), sinaliza para o legislador o caminho para superação do legalismo civilista e instituição de normas orientadas para a proteção dos princípios associados à gestão urbana democrática. Esta decisão impõe a necessidade de realização de audiências públicas para alteração do Plano Diretor municipal. Considero que ela realiza direitos vinculados à participação popular ao pluralismo e à sustentabilidade, pois visa assegurar não só que um maior número de pessoas participe do processo de decisão político-administrativo urbanístico, mas que este se oriente na perspectiva de assegurar cidades sustentáveis notadamente no plano intergeracional.

4.2.5 Do controle no Direito Ambiental: o licenciamento ambiental como mecanismo de concretização de direitos fundamentais

Desenvolvimento econômico sustentado pressupõe a observância de parâmetros ambientalmente adequados, que devem ser fiscalizados não só pelo Poder Público, mas também pela sociedade civil. Para o Estado, esse dever protetivo foi elevado ao *status* de valor constitucional orientador da construção e aplicação do Direito. Para a sociedade, trata-se de uma missão de caráter ético que deve ser assumida não somente perante a comunidade atual, mas também sob o aspecto intergeracional. Conforme Milaré o termo sustentabilidade é definido como: “[...] atributo necessário a ser respeitado no tratamento dos recursos ambientais, em especial dos recursos naturais”. E prossegue o autor, ao ponderar que ela é:

[...] requisito para que os ecossistemas permaneçam iguais a si mesmos, assim como os recursos podem ser utilizados apenas com reposição e/ou substituição, evitando-se a sua depleção, de maneira a manter o equilíbrio ecológico, uma relação adequada entre recursos e produção, e entre produção e consumo. A sustentabilidade é um objetivo a ser alcançado na gestão ambiental; para a consecução desse objetivo contribui o processo de desenvolvimento sustentável, que incluía produção e consumo sustentáveis. (MILARÉ, 2007, p.68).

Entretanto, apenas a criação de arcabouço teórico para o tema não tem solucionado o problema da gestão e efetividade de políticas públicas e, por conseguinte, não tem assegurado

a efetivação de direitos no aspecto do controle da administração na seara ambiental. Portanto, é necessário que o sistema normativo adote princípios orientadores dotados de cogência, e mesmo regras, que por meio do direito positivo, instituem procedimentos aptos a realizarem tais normas, na via prática. Em alguns casos, apenas normas de primeiro grau (que recaem sobre o fato ou objeto em si) não são aptas para realizar este mister. A adoção de metanormas, ou normas de segundo grau (recaindo sobre a relação das normas com objetos/fatos), para que esses postulados permitam a mais intensa, qualitativa e exata efetivação desses mandamentos, por meio dos respectivos procedimentos de regulação e controle, por exemplo, o licenciamento ambiental. Em sede de sustentabilidade, temos como princípios diretivos os da precaução e prevenção. Com o intuito de tratar da importância dos princípios da prevenção e precaução, como orientadores da ação controladora estatal no que tange à função executiva, de forma reguladora e concretizadora de direitos, passarei a analisar tais princípios com maior acuidade. Conforme Milaré ao tratar do princípio da precaução e sua função acautelatória:

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido. A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos calorosos e conclusivos. Procura instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma a diminuir os custos da experimentação. É recorrente sua invocação, por exemplo, quando se discutem questões como o aquecimento global, a engenharia genética e os organismos geneticamente modificados, a clonagem, a exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações radiobase. (grifos nossos). (MILARÉ, 2007, p.767).

Ressalto que esse enunciado está presente, também, na Declaração do Rio de Janeiro/92 e na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças do Clima.

4.2.5.1 Do controle ambiental pelo licenciamento

Feita a análise principiológica que orienta o controle ambiental, impende tratar de sua operacionalização pela via procedimental do licenciamento ambiental. A Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, no seu artigo 10, *caput* e o Decreto nº. 99.274, de 6 de junho de 1990, em seu artigo 17 tratam da exigibilidade do licenciamento ambiental:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e

atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (BRASIL, 1990).

Já nos termos do artigo 1º, inciso I da Resolução CONAMA nº. 237, de 19 de dezembro de 1997, licenciamento ambiental é definido como:

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (BRASIL, 1997).

De acordo com Sirvinskas (2008, p. 156), “licenciamento é um procedimento administrativo que tramita perante um órgão público ambiental. É, em outras palavras, uma sucessão de atos concatenados com o objetivo de alcançar uma decisão final externada pela licença ambiental (licença prévia, de instalação e de operação)”. Frise-se que licença ambiental refere-se:

[...] ao ato final de cada etapa do licenciamento ambiental, ato de concessão do pedido feito pelo particular ao Poder Público. [...] Assim, a licença ambiental é uma espécie de outorga com prazo de validade concedida pela Administração Pública para a realização das atividades humanas que possam gerar impactos sobre o meio ambiente, desde que sejam obedecidas determinadas regras, condições, restrições e medidas de controle ambiental. Ao receber a licença ambiental, o empreendedor assume os compromissos para a manutenção da qualidade ambiental da área de influência do local em que pretende se instalar e operar. (FARIAS, 2007, p.28-29).

Dessa feita, pode-se concluir que o licenciamento ambiental deve equilibrar as noções de preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, observando-se o princípio da livre iniciativa, à medida que atua como princípio sopesador em uma análise do caso concreto. Assim, a prevalência de dado princípio sobre outro de mesma magnitude constitucional está sujeita a uma necessária conformação, e não à aplicação pura e simples do método de subsunção.

4.2.5.2 Conformação principiológica no Direito Ambiental

Hodiernamente, o mundo enfrenta a problemática dos danos ambientais decorrentes das atividades econômicas exercidas de um modo ilimitado e predatório. Os Estados nacionais, por sua vez, de duas formas, têm tentado apresentar soluções para o fato. Primeiramente, com a eleição de valores comuns e sua cogência normativa, a comunidade

mundial visa criar normas internacionais orientadoras da sustentabilidade.

Em outra vertente, os respectivos sistemas normativos anseiam cada um à sua maneira dar respostas aos desejos dessas sociedades, compostas de segmentos organizados, mídia, mercado, etc. Essa função ordenadora não tem o objetivo apenas regulamentador, pois, no âmbito da normatização e aplicação das normas, o aprimoramento de métodos de interpretação e aplicação da norma ganha cada vez mais importância na ordem do dia nos respectivos países.

O Direito Ambiental foi constituído como ramo autônomo há um tempo menor que o Constitucional, Administrativo e Tributário. Se por um lado esse fato é benéfico por possibilitar uma regulação e controle mais específicos e eficazes do desenvolvimento econômico e exploração ambiental - constituindo-o como um sistema pautado por leis, unidade e ordenação -, por outro lado, faz-se necessária uma constante reflexão e evolução deste sistema. Uma proteção ambiental equânime e que se pautar pelos preceitos constitucionais insculpidos e consagrados não apenas pela ordem jurídica e texto constitucional, mas, também, pela jurisprudência, inclusive na perspectiva de controle da própria atuação estatal, deve fundar-se não apenas na letra da lei, mas mirar-se nos princípios e valores que habitam e permeiam o ordenamento jurídico.

Assim, cabe ao Estado a implementação, na via prática, de valores constitucionalmente consagrados, buscando a efetividade de direitos. Entretanto, esse anseio concretizador de direitos não pode, ao dotar de eficácia um comando, fazer letra morta de outros preceitos situados em um mesmo patamar, no texto constitucional, e, portanto, sujeitos, da mesma maneira, às medidas administrativas e tutelas jurisdicionais de natureza protetiva. É o que ocorre, por exemplo, quando a proteção do meio ambiente e sua procedimentalização obstam o livre exercício da atividade econômica, sem que presentes os requisitos e pressupostos autorizadores para tanto, *v.g.*, estudos técnicos que comprovem, de forma cabal e exaustiva, a lesividade da atividade econômica, a ensejar a restrição do exercício de certo direito. Inclinando-se a análise para o ângulo do Estado Democrático de Direito, um melhor juízo deveria ser almejado acerca do tema.

O Estado de Direito brasileiro, por exemplo, implementa, na via prática, a efetivação de direitos protetivos vinculados ao meio ambiente, dotando princípios de Direito Ambiental da condição orientadora da atividade administrativa, legislativa e judicante. Isso, como dito, a fim de se alcançarem os valores constitucionalmente eleitos pela comunidade política como objetivos a serem perquiridos pelo Estado e sociedade.

Adotando interpretação sistemática do texto constitucional, o valor “proteção do meio

ambiente” é alcançado por meio de técnicas, que operam por meio da estrutura legal, e particularmente, via norma jurídica. Dworkin ao tratar da necessidade de adequação do direito positivado perante os mandamentos orientadores da ordem jurídica no *common law* no contexto de sua Teoria da Integridade, pondera:

[...] Uma vez porém que o legislador tenha feito sua escolha, os indivíduos têm direitos àquilo que lhes foi atribuído, e do ponto de vista do direito como integridade esses direitos se estendem não apenas à atribuições explícitas, mas à extensão a outras que ainda não foram expressamente solucionados. (DWORKIN, 2007, p.124).

Humberto Ávila assevera que essa construção e aplicação do direito deve considerar que:

A hierarquização pode ser explicada de várias formas. Na perspectiva da semiótica, fala-se em hierarquia sintática e hierarquia semântica. Hierarquia sintática diz respeito à relação lógica entre as normas. A hierarquia semântica pode ser dividida em dois grupos: hierarquia formal e hierarquia material. A hierarquia semântica formal diz respeito a pressupostos formais que uma norma institui para edição de outra. A hierarquia semântica material focaliza os pressupostos de conteúdo que uma norma estabelece para edição de outra. As limitações decorrentes dessas relações podem ser definidas como limitações materiais. (ÁVILA, 2009, p.127).

Nesse sentido, é necessário que a interpretação e aplicação das normas de Direito Ambiental, em todas as esferas e instâncias, dê-se conforme o texto constitucional. Isto quer dizer que a efetivação de direitos, ou negatificação de liberdades, ocorre de forma procedimentalizada, só estando ambas medidas autorizadas presentes de forma incontestada, os requisitos e pressupostos autorizadores para tanto, em respeito aos princípios do estado de direito e do devido processo legal. No que tange ao direito à proteção do meio ambiente, não há dúvida que este foi alçado à condição de direito fundamental pela nova sistemática constitucional, de modo que, Fiorillo ressalta:

Assim a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental passaram a ser objetivos destinados à tutela de uma vida digna da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), no sentido de assegurar no Brasil condições ao desenvolvimento sustentável, observado interesses de uma ‘segurança nacional’ compatível com nosso Estado Democrático de Direito. (FIORILLO, 2009, p.124).

Essa proteção tem como fundamento os objetivos declinados pela comunidade política em sua Carta Constitucional regente. Justifica-se, ainda, devido à necessidade de criarem-se regras e imporem-se limites para a exploração de recursos naturais, que muitas das vezes, não são renováveis ou até mesmo, cuja exploração pode privar certa comunidade de fruir o produto desses recursos com vistas à própria subsistência. Jeffrey Sachs adverte:

Em cada estágio do desenvolvimento, e para cada setor do desenvolvimento, os setores público e privado desempenham papéis que se apoiam mutuamente. Os capitais do setor público – estradas, hospitais, escolas, portos, reservas naturais, empresas prestadoras de serviços públicos e muito mais – são essenciais se o capital privado, sob a forma de fábricas, maquinário e mão de obra qualificada, for produtivo. O desenvolvimento econômico é uma interação complexa entre as forças de mercado e os planos de investimento do setor público. (SACHS, 2008, p.77, 272).

Em síntese, Bonavides demonstra que a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente deve ser buscada por questão de política constitucional, no aspecto axiológico, e pondera que: “[...] O erro do jurista puro ao interpretar a norma é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, no sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.” (BONAVIDES, 2008a, p. 461). Por fim, de acordo com Antônio Herman Benjamin (2008, p. 73), “[...] os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental [...]”:

Dessa feita, temos que o controle na seara ambiental deve considerar a necessidade de uma releitura da aplicação de princípios de supremacia, não se limitando a operar a aplicação da lei sob métodos de subsunção, mas sim por meio de técnicas que se coadunem com e alcancem a complexidade das demandas marcadas pelo imbricamento de interesses plúrimos. Isso porque tal atuação não pode se resumir a uma atuação eminentemente formal, dada a revisibilidade que deve nortear tal atuação - diante da vinculação que deve existir à ideia de inexistência de um direito adquirido à degradação eterna -, e também não pode se limitar a uma atuação exclusivamente política que, com vistas a atingir de forma irreflexiva metas e resultados, implique um crescimento desprovido de sustentabilidade.

A ideia de licitação sustentável materializada no art. 39 da Lei nº. 8.666/93 apresenta-se como avanço na integração da sustentabilidade ao controle de contas ao determinar a realização de audiências públicas para que a sociedade civil participe da mensuração e fixação dos mecanismos de mitigação dos impactos ambientais das obras governamentais de maior valor econômico.

4.2.6 A função executiva e os procedimentos administrativos: a articulação da técnica e da política em prol da gestão e efetividade de políticas públicas

De maneira que não são as normas, mas sim as políticas públicas, instrumentos de realização de direitos, a interpretação e aplicação do texto legal deve transcender sua mera

acepção formalista, para realização dos fins consagrados seja pela sociedade, legisladores e por meio dos governantes eleitos, ainda que em regime de cargos eletivos de caráter temporário. Barroso demonstra que uma atuação substantiva deve ser adotada pelos intérpretes que atuam no sistema jurídico, a fim de que este dê uma resposta efetiva para as demandas oriundas da realidade social complexa, para quem: “[...] Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação”. (BARROSO, 2010, p. 386).

Na percepção sobre o Direito Administrativo, atualmente, verifica-se o predomínio da ideia da função administrativa como elemento central. Isso implica dizer que tal formulação prescinde da condição política que deve se somar à administrativa para formar o conceito de função executiva, que impõe planejar e executar. Se por um lado alguns doutrinadores (BINENBOJM, 2008; FREITAS, 2009) tem empreendido esforços para uma crítica desse quadro; por outro, tais formulações via de regra têm se apresentado sobre o aspecto teórico como abstratas ao extremo, e pouco operacionais do ponto de vista prático, pois sustentam uma constitucionalização do Direito Administrativo que não necessariamente pode assegurar a apropriação da realidade institucional para o exercício do controle de contas dos gestores públicos por parte dos TC's.

Esse reforço do predomínio da atuação administrativista sobre a política implica que a função executiva seja concebida como eminentemente técnica, reforçando tal condição. Por sua vez, tal estado de coisas se verifica também no olhar lançado pelos órgãos de controle a tal função executiva, que lidam com esta a par de um controle formal. O predomínio da técnica, hoje, é uma realidade que se verifica na sociedade contemporânea em virtude dos padrões sociais estabelecidos de consumo intenso e atuação irreflexiva. Tal problema, quando verificado no plano da administração pública, possui uma condição que o agrava, pois seus efeitos serão sentidos coletivamente, uma vez que a realização do interesse público tem como pressuposto atos de coordenação estatal. KEHL (2009, p. 275), ao tratar do predomínio da técnica na sociedade nas sociedades industriais adverte que “[...] a técnica, sem sua contextualização a partir da experiência transmitida ao longo das gerações, não constitui um saber”. Indicado tal comentário, a fim de demonstrar como a Teoria da Sociedade se ocupa do problema do tecnicismo na sociedade de massas, podemos articular o tema com a visão tecnicista predominante nas instituições públicas, inclusive na perspectiva do controle de contas, que não tem considerado a perspectiva intergeracional na análise dos processos. Nesse contexto, sustento que o controle de contas não deve limitar seu efeito e alcance apenas ao exercício financeiro sobre análise, mas orientar-se para os efeitos futuros e correções que

devem ser adotadas pelo modelo de gestão traduzido no processo de prestação de contas, considerando seus efeitos intergeracionais (DWORKIN, 2007).

A atuação formalista recai nas limitações provenientes de uma atuação controladora que em regra não atribui juridicidade a princípios e valores, não impondo, portanto, a prática de um controle de juridicidade, com vistas a uma atuação principiológica, que transcenda os ditames da técnica em uma acepção que a desvincule à regra em sua literalidade.

No plano da Administração Pública, quem administra deve saber que a atuação executiva também é afetada por variáveis de matizes econômicas, sociais e políticas. Essa integração deve considerar a impossibilidade de adoção de uma visão simplesmente teórica que lance mão de métodos do passado para descrever acontecimentos de um presente em transformação. A adequação dos meios aos fins é a principal contribuição que podemos registrar, de maneira que tal adequação implica a adoção de meios que instrumentalizem métodos e técnicas concretizadoras das finalidades que justificaram a instituição de políticas públicas, sobretudo as de caráter social.

5 A APLICAÇÃO DO TEXTO LEGAL NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RELEITURA DO DIREITO ADMINISTRATIVO POR MEIO DO CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Analizada a atualidade da Administração Pública brasileira no contexto das transformações verificadas na sociedade e o papel do Estado e Constituição nesse contexto, a necessidade de uma gestão eficiente que alcance essa realidade foi indicada como medida apta a alcançar a efetividade de direitos fundamentais. Os procedimentos administrativos foram apontados como instrumentos de efetivação de direitos, de uma forma instrumental. Sustentei também que o controle externo da administração incorpore tal estado de coisas, a fim de não ser minimizada a efetividade de direitos.

O capítulo que se inicia tratará da análise das decisões emanadas pelos TC's em interface com decisões do STF. Considerando o papel do pluralismo como impulsionador dessa transformação social e na forma de o Supremo Tribunal Federal perceber e aplicar o Direito no Brasil, iniciarei a análise por meio da análise deste modelo, a fim de sustentar sua incorporação pelos TC's no controle de contas dos contratos administrativos. Farei antes uma incursão sobre o papel de tal princípio no contexto dos métodos de construção, interpretação e aplicação do texto legal. A análise do controle de contas dos contratos administrativos é justificada pelo fato de tais instrumentos estarem vinculados de forma direta à operacionalização de políticas públicas, de maneira que sua contratação e gestão eficiente é pressuposto para que tais políticas, no âmbito de sua execução, atinjam os fins segundo os quais foram estabelecidas.

Conforme o objetivo de estabelecer uma abordagem multidisciplinar, visando à integração dos elementos constitutivos das políticas públicas, farei uma breve e sintética incursão histórica sobre natureza antropológica do problema, apenas para registrar os antecedentes históricos da exclusão social no país.

Considerando que a ocupação de nosso solo foi atribuída, não apenas a cidadãos portugueses, escravos explorados pelas elites, mas também a náufragos, traficantes e degredados, esse amálgama social impedia a construção da ideia de “nacional” (HALL, 2006). Culturalmente, a história brasileira é marcada por uma fossa abissal entre as classes sociais que ocupam os polos na sociedade civil, ou seja, há de um lado uma elite aparelhada na estrutura estatal e de outro um grande contingente de pessoas excluídas (NEVES, 2008). Como já tive a oportunidade de expor acerca da formação do Estado brasileiro, quando do seu surgimento, não era possível identificar a existência de uma identidade nacional entre aqueles

que aqui habitavam, salvo os índios, titulares da terra, que possuíam uma identificação com ela, as outras classes que se somavam a esta população originária não nutriam identidade com a terra. (FAORO, 2001).

Nesse contexto, as classes sociais que sucederam àquelas despossuídas, agora, no mundo do trabalho, ressentem-se de políticas de promoção que tivessem o *status* de nivelar as disparidades decorrentes do processo de formação nacional, para garantir às massas, não apenas o mínimo necessário, mas, principalmente, possibilidade de emancipação plena, com vistas ao núcleo do princípio da dignidade humana. Neste contexto de resgate da dignidade e da cidadania, podemos citar como exemplo as ações afirmativas que ocupam papel central no enfrentamento da desigualdade secular, possuindo condições de atenuar a disparidade, garantindo o acesso a direitos políticos, sociais e culturais de ordem fundamental. As ações afirmativas nesse contexto se apresentam como políticas públicas aptas a alcançarem o pluralismo e assegurar que interesses inclusivos sejam preservados na sociedade plural e complexa. Destaco a decisão da ADPF 186 (Min. Ricardo Lewandowski) que, no exercício do controle da Administração Indireta em vista das instituições de ensino superior públicas do país, declarou constitucional essa política pública inclusiva.

5.1 A negativa do pluralismo e o efeito reverso da judicialização da política

Quando o Estado não considera a realidade complexa e plural na qual atua, não apreendendo por meio de políticas públicas a necessidade de uma construção dialógica e inclusiva nas relações administrativas e políticas públicas, não é possível perceber em suas práticas uma inclinação e uma abertura para o diálogo e para a construção democrática. A investigação dessas questões, portanto, deve suceder à luz do marco teórico do Estado Democrático de Direito à medida que a problematização desses temas evidencia que estes se ressentem na nossa realidade de efetivação plena. Isso porque, se por um lado o Estado se pauta pelo pluralismo, pela participação e pela consensualidade, por outro, continua operando na lógica de um regime autoritário ao fundamentar, diante dos órgãos de controle externo, suas práticas no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e sobre a indisponibilidade dos bens públicos, o que inclusive já foi objeto de uma melhor análise na jurisprudência do STF.

Nossa mais alta corte indicou a releitura do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme indicado no segundo capítulo. Nesse sentido, observa-se uma relativização por parte do STF no que tange à reforma das decisões dos TC's,

uma vez que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é conformado. Será que a não revisibilidade dessas decisões alçam os TC's à condição de Conselho de Contas (*Council e'Etat*) do Direito francês, se nos autorizando a considerar a existência de dualidade de jurisdição? Se por um lado a imutabilidade da decisão diante de procedimento regular pode gerar coisa julgada administrativa; por outro, faltaria poder de imposição ao órgão para assegurá-la na via forçada, pelo que o presente trabalho opta por entender que a matéria se reveste do caráter de reserva de jurisdição e, não, outra instância análoga³².

Sob a perspectiva do controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, considero que a judicialização da política evidencia que o STF admite-o, como no exemplo da ADPF 45. Considero que esta judicialização contribui para o exaurimento de recursos pautados pela universalização em detrimento de um indivíduo, como no caso da judicialização das políticas públicas de saúde. Essa medida pode limitar a discussão acerca da adequação técnica da garantia revestida pelo provimento, bem como não garante acesso ao procedimento a uma multidão inumerável de interessados cuja moléstia esteja em grau igual ou mais avançado do que a daquele titular do direito aproveitado pela medida. Frise-se que ao limitar no tempo esse provimento jurisdicional, muitas das vezes, apresentando-se como decisão esporádica, não contribui para evolução do debate acerca da paridade de direitos e acesso a eles tampouco para o incremento do estado da arte naquele específico ramo do saber, principalmente, em se tratando de ciências biológicas. Segundo Cruz, ao sustentar a ampliação do debate sobre o tema:

Cremos que devemos explicitar que a concessão judicial de um benefício implica sempre a negação de direitos sociais igualmente relevantes para outras pessoas – que não estão no processo e que em geral não têm as mínimas condições de o mesmo pleitear. Com isso, mais uma vez, não estamos a propalar um ‘passivismo judicial’. Ao contrário, ao incrementarmos a complexidade de tais questões os ganhos serão consideráveis, eis que os operadores jurídicos poderão ver outras circunstâncias relevantes e que até agora têm ignorado. (CRUZ, 2004, p.122).

³² Conforme Carneiro que corrobora com o entendimento da unidade de jurisdição brasileira (2012, os. 66 e 67): “Nos países que seguem o sistema da unidade da jurisdição (sistema inglês) igualmente adotado em linhas gerais nos EUA, nos países latino-americanos e em países sob influência cultural britânica) impõe-se plenamente a regra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário”. “[...] No sistema da dualidade da jurisdição (sistema francês), aqueles litígios (geralmente os referentes a atividades de serviço público) em que for parte a administração (ou suas autarquias) são apreciados não por órgãos do Poder Judiciário, mas por “tribunais” integrados na estrutura do próprio Poder Executivo. E esses “tribunais” decidem com eficácia vinculativa plena, i.e., suas decisões transitam materialmente em julgado, não podendo a questão ser reexaminada pelo Poder Judiciário. Tais “tribunais administrativos”, pois “exercem jurisdição”. É o contencioso administrativo propriamente dito”. “[...] No Brasil, vigorando o princípio da “unidade de jurisdição”, não existe o “contencioso administrativo” propriamente dito, a “jurisdição administrativa”. Conforme Eduardo Talamini, “essa é uma diferença significativa do direito brasileiro em relação a outros ordenamentos”; assim, a expressão “processo administrativo” no Brasil assume significação diferente da atribuída à mesma expressão nos países que adotam como regra a dualidade de jurisdição (RePro, 152/41-42)”.

Nesse sentido, é importante sustentar que a própria Administração pública tenha a eficiência necessária para atender a tempo e modo às exigências da população na perspectiva de direitos fundamentais. Nesse sentido, o regime jurídico-administrativo, se concebido como conjunto cerrado de regras, pode se tornar um obstáculo para a atuação efetiva e eficiente do administrador público, o que não servirá de estímulo ao diálogo e tampouco à produção de respostas dialógicas nesse âmbito de atuação. Assim, órgãos e poderes ao atuarem supletivamente, levam ou à hipertrofia ou ao sufocamento instâncias que, segundo o ordenamento pátrio, possuem não apenas competência para tanto, mas que ao fazê-lo estão no exercício de uma atuação constitucional fundamentada. Direitos políticos de detentores de mandato eletivo são frustrados, pois esta atuação que desconsidera prerrogativas, equivale à cassação tácita e esporádica dos mandatários eleitos pela soberania popular por entes estatais sem mandato, pelo que as opções dialógicas e consensuais se mostram mais aptas a garantir eficiência, mas também legitimidade democrática.

5.2 Possibilidades de aplicação dos métodos de interpretação pós-positivistas: uma tentativa de compreensão, interpretação e aplicação do texto legal “além da letra”

O controle externo da Administração Pública pelos TC's é exercido hoje de maneira formal por meio do método de subsunção, de forma que não é dado ao administrador público desaplicar uma regra em virtude do reconhecimento de um princípio constitucional como norma geral. Assim, tal agente encontra-se entre dois extremos: de um lado, a sociedade civil plural a requerer uma Administração Pública de mesmo predicado; de outro, um órgão controlador que impõe como cláusula de correção e veracidade a tábua da lei. Conforme Cruz ao tratar das características do controle formal:

Logo, a teoria da separação dos poderes trouxe consigo uma concepção própria para uma teoria da decisão judicial. Enquanto a legislação traduzia-se por um ato de vontade do povo, por meio de seus representantes, a decisão judicial traduzia-se por um ato de ciência, um ato de cognição da vontade do legislador. O Judiciário, ao decidir, deveria simplesmente aplicar ao caso concreto uma decisão política fixada anteriormente pelo legislador. Seu ato seria neutro politicamente. A aplicação do Direito deveria ser despida de qualquer preferência ou valor pessoal do julgador, vez que lhe incumbia apenas conhecer os valores impostos por quem teria a legitimidade para tanto. A metáfora da Justiça pela mulher vendada, ilustra bem o quadro, pois a justiça deveria ser cega-neutra, ou seja, sem vontade própria. (CRUZ, 2004, p.73).

O princípio da proporcionalidade e o método de ponderação dele decorrente, a despeito de mostrar-se como importante contribuição na construção de um mecanismo de

concretização de direitos, mais adequado à realidade complexa, não pode ser aplicado ou transportado para nossa realidade de forma absoluta. Cruz adverte, com propriedade, que as possíveis inconsistências, cuja aplicação inadvertida não realce e saliente no processo decisório as várias nuances envolvidas, podem gerar:

A ponderação sustentava-se na perspectiva da racionalidade do ‘princípio da proporcionalidade’ (ponderação relativa) e na sacralidade substantiva do princípio vetor da dignidade da pessoa humana (ponderação absoluta). Contudo, ambas as formas de ponderação passaram, em especial no final da década de 1980, a sofrer inúmeras críticas. Entre elas é possível destacarem-se algumas:

- a) desnaturação do princípio da separação dos poderes;
- b) limitação da supremacia constitucional, pela ‘transformação dos Tribunais Constitucionais em Assembleias Constituintes’;
- c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição;
- d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo-benefícios sociais;
- e) a decisão tornara-se campo para arbítrio puro, de preferências pessoais dos juízes;
- f) irracionalidade metodológica. (CRUZ, 2004, p.195).

Conforme contribuição transcrita da obra *A Reposta Correta – Incursões Jurídicas e Filosóficas sobre as Teorias da Justiça*, o autor estabelece uma análise crítica da adoção de método como ideia apta a abarcar e elucidar antecipadamente o fenômeno de significação da lei, *in verbis*:

A questão da determinação da *facti specie* ou da abstração tipológica da norma parte de uma análise sintático/semântico dos textos legais calcada em pressupostos gregos presentes no Crátilo de Platão, algo já de há muito superado pelo giro linguístico. Assim, analisar textos legais fora de seu contexto de aplicação pode, no máximo, gerar preconceitos de fundo metafísico no intérprete, eis que não há norma desconectada de sua faticidade. (CRUZ, 2011, p.186).

Nesse contexto, métodos de aplicação da lei que desconsideram as contribuições da fenomenologia (HEIDEGGER, 2009; GADAMER, 2008) e da virada linguístico-pragmática (WITTGENSTEIN, 1999) vinculam-se a uma concepção cindida do real, ainda presos à dicotomia corpo-alma, e ainda não concebidos a partir dos efeitos da linguagem, tempo e ser, na condição do sujeito e processo de significação desenvolvido pelo mesmo. A título de exemplo, o constitucionalismo tem dado importante contribuição para a questão da atualização semântica do texto normativo, que deve se suceder também no plano do Direito Administrativo, para reabilitar a atuação política da função executiva, assegurando-se a realização dos modelos de participação e pluralismo em sua máxima medida. O trabalho não tem a perspectiva de trabalhar com a adoção da ideia de método como forma definitiva em que pese considerar a impossibilidade de não atribuir-se alguma objetividade no estabelecimento de critérios de aplicação da lei pela Administração Pública. As críticas mais

enfáticas contra a ideia, ao mesmo tempo redutora e totalizante do método, consideram a ideia de infinição da linguagem como elemento aberto a uma capacidade infinita de atribuição de sentido; a desdiferenciação que a apropriação cindida de dados da realidade econômica e política, por exemplo, pode implicar em uma corrupção, no sentido luhmasiano, do sistema jurídico de interpretação legal; e ainda a vinculação a modelos mentalistas vinculados à representação (GADAMER, 2008; CRUZ, 2011).

5.3 As mutações constitucionais como exemplo da absorção pelas fontes de direito da vivência constitucional como prática jurídica

As mutações constitucionais demonstram uma abertura do ordenamento para atualização da aplicação do Direito segundo a realidade dos processos que traduzem situações que permitem a institucionalização de procedimentos. Sustento que o sistema de controle deveria se inclinar da mesma forma à dimensão empírica das relações administrativas, para além da aplicação pura e simplesmente pelo método da subsunção. Conforme Coelho (COELHO, 2002, p 09.): “[...] Onde se assimilam os conflitos institucionais e se acolhem as mutações constitucionais deles decorrentes, não resta espaço para erupções inconstitucionais” Logo, decorre de tal fato a impossibilidade de limitar a fatores únicos e isolados, as tentativas de soluções de questões, como aludido, de natureza complexa, a desafiarem construções mais sofisticadas que perpassem, ainda que de forma genérica, a condensação de vários modelos e bens jurídicos tutelados variados, ínsita ao Estado de Direito brasileiro. Para Coelho, ao tratar das técnicas de interpretação do texto legal:

a) Contrapondo-se a uma visão, digamos mecanicista das relações entre as forças sociais e a Constituição jurídica, Konrad Hesse nos apresenta – com inegável vantagem sobre o determinismo sociológico de Lassale –, uma abordagem que até certo ponto poderíamos considerar dialética, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas no surgimento e na sustentação da Constituição folha de papel, postula como ponto de partida para a análise dessas relações a existência de um condicionamento recíproco entre Lei Fundamental e a realidade político-social que lhe é subjacente. B) Trata-se de uma postura que, de resto, não apenas foi admitida, como até mesmo chegou a ser enfatizada por ninguém menos que o velho Engels, quando disse que os ideólogos padeciam de uma ignorância absoluta sobre a ação recíproca existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos condicionam. (COELHO, 2002, p).

Neste contexto, analiso a seguir como o princípio da proporcionalidade contribui para uma aplicação do direito no âmbito do controle da Administração Pública harmonizada com o Texto Constitucional de 1988, notadamente na perspectiva da busca de legitimidade e eficiência das ações estatais.

5.4 O princípio da proporcionalidade como critério de ponderação

O princípio da proporcionalidade assume papel importante na aplicação do texto legal na perspectiva de efetividade, considerando a possibilidade de conflito entre princípios, questão da qual o positivismo jurídico ainda não havia logrado se ocupar de forma a gerar uma resposta definitiva, por trabalhar com regras aplicáveis ou não, na máxima medida, de plano. Silva ao discorrer sobre o princípio considera que:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive process of law* – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (SILVA, 2002, p. 32).

Com efeito, de maneira concomitante, ações que visem realçar as peculiaridades históricas e institucionais da Administração Pública brasileira devem ser associadas a iniciativas que da mesma forma explicitem os pontos fracos do processo de construção normativa e respectiva aplicação, em um contexto de atuação plúrima. Nesse sentido, considerar a dimensão pluralista do Estado brasileiro contribui para o incremento de relevar as variáveis em regra não consideradas elementos-chave no processo decisório seja do administrador público seja pelos titulares dos órgãos de controle externo da Administração Pública.

5.5 Repensando a aplicação da lei em busca da efetividade: o ordenamento jurídico possui significação para além da letra da lei, como quer o positivismo jurídico

Conforme vimos demonstrando até o momento, o Estado brasileiro - e a Administração Pública que este abarca -, em todas suas esferas, carece na atualidade da implementação na via prática dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Além de fatores estruturais que implicam práticas minimizadoras do poder de efetividade do serviço público e problemas de natureza cultural/antropológica, temos ainda questões no plano da organização do Estado que limitam ainda mais essa realidade.

A sobreposição de procedimentos e instituições no plano do controle externo da Administração Pública, pelo olhar desarticulado que se lança sobre a própria ciência do Direito, adiciona-se a esses fatores limitadores ao engessar a atuação do administrador público. Acerca da sobreposição mencionada, destaco que a existência de controles paralelos

e concomitantes que não se harmonizam sob a ótica de decisões integradas que ao final não se amoldam à interpretação vigente do Direito e que tampouco realizam Justiça. O predomínio dos preceitos do positivismo jurídico na racionalidade discursiva das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas, de forma exclusiva, evidencia a prevalência de um controle da forma sobre o conteúdo dos atos da Administração.

O método de subsunção, aplicado isoladamente como técnica de aplicação jurídica, não alcança a complexidade que hoje requer a atuação estatal, considerando a abordagem formal e, portanto, não integrada, que este sustenta. Para Kelsen, ao sustentar a análise isolada do fato jurídico, fora do contexto normativo e social: “[...] Uma filosofia antimetafísica, científico-crítica, que tem a objetividade como ideal, como é o caso do positivismo jurídico, parece prosperar apenas em tempos relativamente calmos, em períodos de equilíbrio social”. (KELSEN, 2005, p. 663).

Em outro sentido daquele proposto pelo autor, sustento que o Direito seja concebido hoje no seu contexto de aplicação, considerando a análise sistemática do mesmo e principalmente a realidade social, política, econômica e cultural. Nesse particular, o regime jurídico de Direito Privado orienta, inclusive, a resolução de questões afetas aos contratos administrativos, notadamente, com relação àqueles de forte modulação privatística, como os de empreitada, seguro, locação e financiamento, públicos.

Contudo, ainda que o positivismo jurídico tenha se apresentando como solução adequada para a sistematização do ordenamento jurídico e operado na busca de um rigor, correção e cientificidade da ciência jurídica em detrimento de um conhecimento esparso consubstanciado no direito natural, como acusou a própria realidade histórica, o pós-guerra refundou todo o saber humano. Com o Direito, tal não sucedeu de forma diferente.

O ordenamento jurídico foi arejado pela teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008) que atribuiu aos princípios a condição de normas jurídicas, porque a mudança pela qual passou a sociedade tornou-a complexa de tal forma que os interesses, anseios e expectativas consubstanciados nas relações administrativas atuais adquiriram componentes plúrimas. A dimensão multifacetada destes interesses plurais escapa aos conceitos e institutos da Teoria do Estado e da Constituição, bem como do Direito Administrativo em suas acepções clássicas. Conforme Coelho ao tratar da necessidade de integração do processo de interpretação e aplicação do texto legal: “[...]No caso dos princípios jurídicos, evidencia-se ainda mais a intercomunicação legislador/juiz: o primeiro, a ditar pautas valorativas, por natureza e finalidade extremamente abertas; o segundo, a concretizá-las, em cada situação hermenêutica, à luz das exigências do caso”. (COELHO, 2010, p. 182). Nesse sentido, reduzir o

ordenamento ao conjunto de regras seria recair na discricionariedade judicial à medida que se torna impossível a precisão normativa pelo ordenamento jurídico de todas as condutas possíveis de serem verificadas pela sociedade. Para Silva:

Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são apenas aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento de princípios colidentes. Princípios são, portanto ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas jurídicas’, são, por conseguinte, mandamentos de otimização. (SILVA, 2007, p.).

Segundo Cruz, ao sustentar a necessidade de aplicação do texto legal de forma contextualizada em sentido contrário daquilo sustentado pelo positivismo: “[...]O século XIX consolidou a forma de pensar positivista ao centrar toda a discussão jurídica numa norma estatal preexistente, limitando-se à observação empírica e à subsunção das normas aos fatos, como premissas maior e menor”. (CRUZ, 2004, p.102). Registro as críticas lançadas sobre a ponderação ainda vincular-se a uma tradição não mais kantiana, mas tampouco liberta da imanência da Filosofia da Consciência, pois “Essa acepção, na linguagem de Muller, não percebe que a norma é sempre produto da conjunção entre o âmbito e o domínio do texto normativo” (CRUZ, 2011, p. 217). Contudo, o trabalho considera a adoção de um mínimo de objetividade para a aplicação da lei pela Administração Pública, para assegurar institucionalização de novos procedimentos no âmbito da melhoria da gestão.

5.5.1 Controle orçamentário e conflito normativo: o papel dos TC’s como orientador técnico da Jurisdição

Feitas as considerações que se seguiram de cunho teórico, o trabalho se ocupará por testar a presença e validade dessas teorias no contexto dos processos decisórios entabulados por instituições e poderes incumbidos de aplicar o direito ao caso concreto no Estado brasileiro. Para tanto, analisarei por meio de uma interface entre a Jurisdição Constitucional e os Tribunais de Contas se as decisões indicadas se harmonizam com a configuração híbrida do Estado de Direito no Brasil ou se ainda preponderam os modelos clássicos como fundamento da atuação e do discurso de justificação desses tribunais, notadamente, do modelo liberal.

Além da questão condizente ao domínio normativo do texto constitucional, a aplicação da lei de forma a considerar a realidade social e complexa, bem como a institucionalização de

procedimentos que integrem os vários elementos que devem se somar para a formação de políticas públicas, são sustentadas para fortalecimento do controle externo pelos TC's e o atingimento dos seus deveres constitucionais. Na perspectiva da efetividade de direitos fundamentais, com vistas a uma atuação efetiva e eficiente da Administração Pública, a otimização e a alocação de recursos humanos e materiais deve imprimir duração razoável aos processos e contratos administrativos para que garantam a efetividade das políticas públicas e do interesse público. Nessa medida, sob o aspecto da operacionalização do Direito Administrativo, um primeiro exemplo a ser considerado é a desarticulação federativa, indicada como óbice importante para a resolutividade de políticas públicas, isto é, acesso e concretização em tempo hábil dos direitos assegurados por tais políticas públicas. De nada valeria a integração federativa se o procedimento constituído para levar a efeito tal medida não considerasse os riscos inerentes a esta gestão. Indico a impossibilidade de ambas as partes receberem informações e resposta a contento das demandas ou, ainda, a ausência de se observar a necessidade de uma construção democrática e plural de políticas públicas no contexto da cooperação interinstitucional.

Contudo, nem sempre TC's e os órgãos da Jurisdição Constitucional convergem sobre as matérias sob seus auspícios. As situações descritas a seguir permitem aferir a efetividade da concretização de direitos fundamentais e dos modelos a eles inerentes, através de uma abordagem sobre os procedimentos administrativos como instrumentos de efetividade das políticas públicas que os guarnecem. O trabalho considera a importância de o controle externo das contas dos agentes públicos considerar que a concretização dos direitos fundamentais e sociais dependem de interpretação da lei. Este exercício deve considerar para a atribuição de significado para o princípio da legalidade, o que Muller denomina âmbito da norma, a par da realidade social, econômica, política e cultural, mas, sobretudo, a realidade institucional em que atua o agente, *in verbis*:

Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o 'verdadeiro sentido' dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente 'correto' do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma (MULLER, 2008, p.245).

Também cabe considerar que a análise da eficiência e a construção de seu significado

não pode ser reduzida a uma discussão exclusivamente orientada economicamente, com fundamento liberal e de natureza utilitarista, pois não deve ser vista como apenas vinculada ao custo/benefício, mas que integre e contabilize a otimização e minimização de cada variável (elementos constitutivos das políticas públicas, por exemplo: planejamento, orçamento e gestão) que devem ser integradas, destacando a etapa do planejamento na construção do processo. Cabe, no contexto do controle de contas do agente público, verificar se o âmbito e o domínio normativo em regra foram considerados a partir das decisões adiante indicadas.

5.5.2 A responsabilidade político-administrativa do chefe do Executivo e o caráter dúplice de sua atuação gerencial: fundamento da sistemática do art. 71, I da CR-88 nos modelos de Estado federativo, democrático, social e pluralista

A natureza da atividade administrativa exercida pelo chefe do Executivo possui caráter dúplice: ao mesmo tempo, o administrador é articulador de políticas públicas federativo-cooperativas e cogestor físico-financeiro destas. Cogestor à medida que ainda que não atue pessoalmente na gestão de obras ou da execução orçamentária, sua atuação autorizativa é pressuposto para que as ações e programas e tenha início, meio e fim. Conforme Andrada:

Em seu art. 75, a Carta Magna determina a aplicação das normas sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, aí incluída a norma expressa no supracitado art. 71, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Neste sentido, as Constituições Estaduais contêm disposição acerca da obrigatoriedade de parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas Estaduais sobre as contas dos Governadores de Estado. A Constituição Estadual Mineira de 1989 dispõe que o controle externo, em âmbito estadual é exercido pela Assembleia Legislativa, com auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete a emissão de parecer prévio sobre as contas do Governador; em âmbito municipal, este controle é exercido pela Câmara Municipal, que deve julgar as contas do Prefeito mediante Parecer Prévio do Tribunal de Contas. (ANDRADA, 2010, p. 52).

Decorre da sistemática vigente o fato de o respectivo julgamento incidente sobre a matéria possuir em seu arcabouço normativo e procedimental um rito e escalonamento de atos em mais de uma instância, para captar sua natureza jurídico-política e, portanto, adotar um procedimento complexo, tendo controle técnico pelo TC e político pelo Parlamento. Assim, o julgamento do parecer prévio pelo Legislativo, após a atuação técnica do TC, permite a junção dos controles técnico e político, como decorrência do princípio republicano, conformado pela atuação pluralista constante no parlamento; impõe-se, inclusive, afastando a apreciação do mérito da decisão pelo Poder Judiciário, presente procedimento regular. O julgado colacionado da lavra do Min. Pertence (ADI 849) demonstra a necessidade de

observância do procedimento de análise técnica (TC) e política (Poder Legislativo) pelos Estados-membros:

TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa – compreendidas na previsão do Art. 71, II da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do Art 71. c-c Art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. O Art. 75, da Constituição Federal, ao incluir normas federais relativas à ‘fiscalização’ nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do Art. 71, I – de apreciar e emitir Parecer Prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo – e a do Art. 71, II – de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. (BRASIL, 1999).

Nesse sentido, destaco o julgado colacionado a seguir da lavra do Min. Paulo Medina (STJ/RMS 11.060 GO):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ...Se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar o orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se ao duplo julgamento. Um político, perante o Parlamento, precedido de Parecer Prévio; o outro técnico, a cargo da Corte de Contas.

Desse modo, o regime constitucional assegura aos Tribunais de Contas emitirem parecer prévio em caráter de definitividade sobre a matéria da prestação de contas de governo. Considero que este modelo consagra os modelos de Estado federalista (simetria ao modelo federal), democrático (controle pelo Parlamento), republicano (controle de contas), e pluralista (composição heterogênea do Poder Legislativo), refletindo a dimensão normativa do Estado Democrático de Direito brasileiro.

5.5.3 Controle gerencial dos TC's com vistas a um controle efetivo e o papel da matriz de risco: maioria institucional ou controle simbólico?

Nesse anseio por captar a realidade que aponta para a escassez de recursos humanos em face da quantidade inumerável de processos por avaliar, a Lei Estadual nº. 102/2008 do Estado de Minas Gerais limitou em 360 dias o prazo para emissão do parecer prévio em face das contas do exercício financeiro prestadas pelo chefe do Executivo. Para Oliveira:

A EFS mineira possui cerca de 2150 jurisdicionados que anualmente prestam contas municipais, sendo que, dessas, 853 são contas dos chefes do Poder Executivo municipal, sobre as quais o órgão de controle tem o dever de emitir parecer prévio em 360 dias, conforme disposto no caput do art. 42 da Lei Complementar 102/2008. [...] Por fim, a matriz de risco será decisiva para direcionar a forma como serão planejadas as instruções dos processos de contas municipais, tendo em vista que esses são presididos pelos relatores que têm a prerrogativa de decidir quais os meios e provas serão suficientes para a formação de seu juízo, tal escopo pode ser ampliado em cada caso concreto. (OLIVEIRA, 2010, ps. 45 e 46).

Dessa forma, a avaliação de desempenho focada nos processos que indicam um maior vulto de recursos obteve controle prioritário nesse sentido. Segundo Licurgo Mourão Joseph de Oliveira:

Contudo, além de apontar como mais relevantes as contas destes entes públicos, perquirir da mesma maneira, com maior acuidade os gastos inseridos em rubricas mais aptas à concretização de direitos fundamentais e com realização dos modelos de Estado, considerando possuírem um montante expressivo de dotação orçamentária, tornou-se medida necessária para complementaridade da atuação controladora. (OLIVEIRA, 2010, p. 53).

A matriz de risco, nesse sentido, assume papel de suma importância como medida apta a alcançar, por amostragem, a possibilidade de gerenciamento do controle de processos cuja demanda por pareceres prévios evolui em escala geométrica.

O programa de auditoria se constitui, pois, de uma documentação que informa, orienta e disciplina o trabalho a ser executado, tornando o trabalho racional, dirigido aos aspectos mais importantes, previamente definidos. A supervisão e execução dos trabalhos deve ser calcada nos elementos nele lançados, tanto na fase de preparação quanto de aplicação. (OLIVEIRA, 2010, p; 76).

Esse método, portanto, direciona o exercício do controle de contas pelos TC's, a fim de se ocupar do controle da execução de despesas vinculadas a um maior montante de dotações orçamentárias, em regra, associadas à concretização de direitos fundamentais, como Saúde e Educação. Dessa feita, a adoção da matriz de risco, além de permitir uma atuação gerencial da atividade de controle, evidencia contradições cuja análise permite o debate, a fim de amadurecer a discussão sobre o aprimoramento da execução orçamentária e seu controle, no sentido de verificar quais despesas merecerão controle prioritário, no caso de colisão de normas. Feita a análise sobre as decisões no âmbito do controle de contas e de procedimentos que trazem inovação para o referido controle, cabe considerar como as mudanças observadas no plano do Direito Público também podem contribuir para a melhoria da gestão pública através de um controle mais eficiente.

O ordenamento pátrio e suas recentes evoluções no campo do Direito Privado apontam

para uma oxigenação pelos princípios publicistas dos institutos do direito civil até então aplicados pela via da subsunção. As Leis federais nº. 10.406, de 10 de junho de 2002, Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 e Lei Complementar nº. 123, de 14 de janeiro de 2006 indicaram como norte, respectivamente, os princípios da sociabilidade, eticidade e boa-fé objetiva; recuperação social da empresa; e o fomento e incremento ao acesso a créditos públicos e fomentos das microempresas - ME's - e empresas de pequeno porte - EPP's -, conformando a atuação estatal no escopo do livre exercício da atividade econômica.

Assim, podemos observar que os princípios da preservação da empresa, do fomento ao acesso ao crédito e crescimento devem arejar a discussão acerca da gestão resolutive (efetiva e eficiente) dos contratos administrativos, de parte a parte. Exemplo que corporifica o esposado é o debate acerca de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos de combustíveis e a vedação de reajuste em prazo inferior a 12 meses de sua vigência, conforme a Lei federal nº. 8.666/93. Isso porque negligenciar esse direito com base no regime de competência da rubrica de modo a impossibilitar dispêndios para corrigir desequilíbrios em períodos inferiores a 12 meses (o que é praxe devido aos reajustes na “bomba” de combustíveis) acaba redundando em locupletamento ilícito da administração. De modo que o regime jurídico-administrativo não permite ao contratado repassar ao contratante os acréscimos pecuniários supervenientes à assinatura do contrato por meio de alteração contratual, a Administração se beneficia por pagar um valor mais baixo que de fato a prestação dos serviços ou fornecimento do produto implica. Aqui, o modelo de Estado liberal mereceria ser melhor evidenciado, a fim de conformar uma aplicação fundada estritamente no modelo liberal e ideia de legalidade a este ínsita. Isso porque o direito privado compõe o domínio normativo do art 54 da Lei federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, apesar de a ele não ser atribuída efetividade quando da aplicação da Lei de Licitações no âmbito da alteração contratual.

Nesse contexto, é importante registrar a evolução institucional percebida no TC mineiro na expectativa que seja instrumento de garantia do interesse público; do contrário, se não for atribuída efetividade a tais medidas, estas só reforçarão a dimensão simbólica da aplicação de direitos no plano do controle externo da Administração Pública, caso esta aplicação se limite ao método de subsunção, como no exemplo do reajuste de combustíveis.

5.5.3.1 O sistema de registro de preços entre a legalidade e a eficiência: colisão de princípios e conformação principiológica em prol da efetividade

A adoção do Sistema de Registro de Preços e os questionamentos a estes vinculados traduzem a tensão existente entre os princípios da legalidade e eficiência. O sistema brasileiro de licitações e contratações públicas merece atenção principalmente no que tange aos entraves do conceito clássico de legalidade para o regime jurídico-administrativo. Garantir na via prática o que a lei assegura, hoje em dia, é uma medida que os gestores públicos em regra não concretizam. Inovações e alterações têm sido propostas, como Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as parcerias público-privadas/PPPs, a Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu a licitação na modalidade Pregão e recentemente a Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011, que instituiu o regime diferenciado das contratações públicas, alterando de forma considerável o regime de licitações. Essas mudanças decorrem da necessidade de garantir contratações mais eficientes, já que reduzir a questão da eficiência sob o atingimento da economicidade, não necessariamente assegura que o melhor preço para o ente público seja alcançado.

A validade da instituição do regime de contratação a partir da adesão à ata do sistema de registro de preços é um tema que tem sido visto de maneira controversa pelos Tribunais de Contas. A começar pela forma de normatização do procedimento, que se deu por meio da publicação do Decreto federal nº. 3.391/2001. A consulta nº. 732.557/ TCMG contribui para ressaltar o questionamento acerca da possibilidade de adoção do sistema, instituído pela Lei nº. 8.666/93. Segundo o entendimento sustentado, esse sistema poderá ser regulamentado no âmbito do município por meio de decreto, ao entendimento que o art.15 da Lei nº. 8.666/93 é autoaplicável, aludindo-se à regulamentação por decreto, somente para fins de adequação às peculiaridades regionais.

O acórdão nº. 3625/2011 (BRASIL. TCU. Acórdão nº 3.625, 2011) foi julgado segundo a perspectiva de admitir tal regime em que pese considerar a necessidade de aprimoramento não apenas da normatização, mas também da eficiência e controle das contratações, para que a economicidade não seja atingida em prejuízo da legalidade e da eficiência, pois nem sempre o menor preço assegura os objetivos que justificaram a própria instituição das contratações:

Embora a maior parte da doutrina venha reiteradamente apontando problemas de ordem jurídica com relação ao instituto do carona, a prática de adesão a Atas de Registros de Preços por órgãos e entidades da Administração Pública vem-se tornando cada dia mais freqüente em todas as esferas de governo. No âmbito dos Tribunais de Contas, as polêmicas do instituto também têm gerado entendimentos

divergentes. O Tribunal de Contas da União, embora não se tenha colocado contra esta prática, reconheceu a insuficiência dos limites impostos no Decreto 3931/01, determinado ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, por meio do Acórdão no. 1487-2007 – Plenário, que: 9.2.2 adote as providências com vista à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Dec. no. 3931/01, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no relatório e voto que fundamentam este acórdão. (BRASIL. TCU. Acórdão nº 3.625, 2011).

Este julgado corrobora o entendimento do Tribunal de Contas da União em incentivar a utilização do sistema de registro de preços, propiciando a redução de custos, garantia da celeridade na contratação, além da possibilidade da realização de diversas contratações mediante um único procedimento licitatório, o que pode assegurar economicidade na contratação tanto na perspectiva de melhor preço quanto no plano da redução dos custos da contratação.

Por outro lado, a prática do “carona” (como o procedimento é coloquialmente designado), como o procedimento é coloquialmente designado, é considerada violadora do princípio da isonomia. Destaco no âmbito dos Estados-membros as decisões a seguir, demonstrando que a matéria é vista de forma controvertida nas diferentes regiões do país. Os acórdãos nºs. 665-2008 (SERGIPE. TC. Processo nº 665, 2008) e 1487-2007 (SERGIPE, TC. Processo nº 1.487, 2007) traduzem entendimentos contrários à adesão à Ata. Contudo, são favoráveis à adesão: TCDF (DISTRITO FEDERAL. TC. Processo 35.501, 2005); TCMT (MATO GROSSO. TC. Resolução de Consulta nº 16, 2009); TCSC (SANTA CATARINA. TC. Prejulgado nº 1.895, 2007, CONTRÁRIO); TCRJ (RIO DE JANEIRO. TC. Ato normativo nº 92, 2007); TCMG (MINAS GERAIS. TC. Processo nº 757.978); TCCE (CEARÁ. TC. Processo nº 4.480, 2009); TCPE (PERNAMBUCO. TC. Portaria nº 460, 2005, permite).

Dilema que se coloca é a conciliação do princípio da legalidade e da eficiência, considerando que no caso concreto, a flexibilização da legalidade estrita não pode ser sustentada *a priori*, de maneira que a contratação precisa se orientar por critérios de eficiência e economicidade que justifiquem a atribuição de maior peso a esses princípios.

5.5.3.2 A participação das cooperativas em procedimentos licitatórios e a dualidade isonomia x terceiro setor: o exemplo do TC mineiro na atualização da regra constitucional da competitividade

Exemplo de evolução no discurso de justificação do controle pelo TC mineiro pode ser indicado por meio da mudança de olhares sobre a questão da constitucionalidade da participação das cooperativas.

Consulta. Possibilidade de as cooperativas participarem de licitação. [...] cumpre trazer à baila alguns posicionamentos deste Tribunal de Contas no sentido de que as cooperativas estão impossibilitadas de figurar como licitantes ao argumento de qual tal participação infringir o princípio da igualdade, dada a inviabilidade de competição, em razão dos possíveis incentivos que as permeiam. A matéria foi objeto de decisões desta Corte quando das respostas às consultas 249384, 439155, 459267 e 656094. Entretanto, esses posicionamentos merecem algumas considerações. Primeiramente, o que se visa coibir é o cooperativismo de fachada, adotado por algumas empresas para ocultar o vínculo empregatício com seus trabalhadores (caracterizado pela relação de subordinação, pessoalidade, remuneração e não-eventualidade) como acontece amiúde no setor de intermediação de mão-de-obra, conferindo aos pseudocooperados uma fictícia autonomia de trabalho – traço fundamental das cooperativas – esquivando-se, sobretudo, dos encargos previdenciários e laborais, como o FGTS. (MINAS GERAIS, 2009).

Ao argumento de que a isonomia estaria frustrada quanto a permitir-se a presença de cooperativas em licitações, dado os benefícios tributários que auferem, de início, os TC's não admitiam a participação dessas entidades nos certames; hoje, o posicionamento de tais órgãos de controle se aproximam da visão do Poder Judiciário, principalmente, a partir da declaração de constitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 71 da Lei nº. 8.666/93 por meio da ADC 16 STF. Considerando que o próprio ordenamento para realizar valores constitucionais inerentes ao exercício da atividade econômica equipara situações díspares em licitações (critério de equalização das propostas das Micro-Empresas/ME's e Empresas de Pequeno Porte/EPP's, considerando empate de diferenças de 5% e 10%, *ex vi* Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006), não podemos excluir do âmbito de incidência de tal atuação a realização do cooperativismo.

De modo que o cooperativismo é um valor constitucional, a alteração do entendimento dos TCs, particularmente o mineiro, demonstra evolução institucional e modernização em face da crescente demanda atual por atualização em face do processo de dinamização pelo qual passa a sociedade. Saliento que ainda que tal corte de contas não prescindia da aplicação da subsunção, não trabalhando ainda com o método de exclusão de uma regra em virtude de um princípio, dá exemplo de evolução institucional e gestão inclinada para um controle efetivo. Importante destacar que esse não era o entendimento majoritário, conforme o

indicado:

Vide consulta 682676 e julgado TCU 012,485-2002-9 de 22-01-2003. Que admitem a participação das cooperativas ao fundamento que as restrições a terceiros somente podem ser aquelas previstas em lei, não sendo dado aos TCs inovar no âmbito normativo concernente à matéria. (MINAS GERAIS, 2007).

Dessa feita, em que pesem as considerações trazidas para a análise do caso concreto apresentado, tal atuação denota uma aproximação dos valores do associativismo e cooperativismo, cunhados para contribuir na superação da dicotomia público/privado, inclusive no aspecto de realização dos direitos fundamentais diante da atuação indireta do Estado, como sucede nos contratos administrativos. Conforme dispõe a Lei de licitações e contratos (Lei nº. 8.666/93): “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” (BRASIL, 1993). A consulta citada também indica a aplicação supletiva do Direito Privado aos contratos administrativos.

Consulta: Regime jurídico dos contratos administrativos. [...] trata-se de uma espécie de contrato que requer a aplicação de princípios e regras típicas do Direito Administrativo, o qual impõe restrições e prerrogativas decorrentes da natureza pública da atividade administrativa [...] (MINAS GERAIS, 2007).

O TCU avançou no trato da matéria ao permitir a participação de cooperativas em licitações, conforme processo TC 014.030/2002-8 cujo relator foi o Ministro Benjamin Zymler, ao considerar “a ausência de previsão legal a amparar a discriminação contida no instrumento convocatório. Licitação em andamento. Presença de fumaça do bom direito e do perigo da demora. Concessão de medida cautelar suspendendo a realização do pregão”.

Em que pese sua natureza publicista, importante destacar que na atualidade, pelas transformações que passa a sociedade, uma afetação cada vez mais intensa do Direito Privado, e interesses que recobre, tem modulado uma atuação do controle que em regra mitiga entendimentos *a priori* restritivos. Essas decisões demonstram que a ampliação do domínio normativo e atribuição de sentido a partir da realidade social podem contribuir para uma aplicação do texto legal que concretize os valores direitos fundamentais no plano da Administração Pública.

5.6 Ainda sobre isonomia e competitividade: o regime jurídico das contratações da Petrobrás S/A

Exemplo da relação de tensionamento entre os princípios da legalidade e eficiência pode ser apreendido na abordagem adotada pelo TCU acerca do regime jurídico de contratação da empresa Petróleo Brasileiro S/A, Petrobras, cuja regulação constitucional e *infra* admite uma relativização dos princípios da isonomia e legalidade estrita em vista, sobretudo, da eficiência administrativa, como quer a atuação mercadológica do Estado por meio de sua feição empresarial. José dos Santos Carvalho Filho, ao manifestar-se acerca da aplicabilidade do regime jurídico de licitações para empresas de economia mista, pondera:

Quando exercem atividades econômicas, essas entidades, que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem agir como verdadeiros particulares no campo mercantil, seja no setor do comércio, seja no de indústria, e, ainda, no de serviços. (CARVALHO FILHO, 2011, p.855).

O Estado ao atuar no mercado na condição de empresário, precisa, para a consecução de suas metas e resultados – aqui, superávit não na balança dos “direitos”, mas do capital – atuar apartando de tal *praxis* os institutos clássicos do regime jurídico-administrativo. No contexto da seara empresária, este regime pode se apresentar como um entrave, caso concebido de maneira formal, inviabilizando a própria atuação que pretende respaldar. Nesse sentido, emanou-se o Decreto nº. 2.745 de 24 de agosto de 1998 para a instituição do regime jurídico próprio, conforme letra do art. 173, §1º, da CR/88, visando à aquisição de bens e serviços por empresas de economia mista. Assim, o TCU e o STF divergem sobre a matéria.

No TCU, a observância rigorosa dos ditames da Lei nº. 8.666/1993 pela Petrobras é matéria consolidada. Decisões do TCU que confirmam esse entendimento: Acórdão nº 401 (BRASIL. TCU. Acórdão nº 401, 2009), Acórdão nº 1.097 (BRASIL. TCU. Acórdão nº 1.097, 2010), Acórdão nº 2.413 (BRASIL. TCU. Acórdão nº 2.413, 2009) e Acórdão nº 1.678 (BRASIL. TCU. Acórdão nº 1.678, 2010). Destaco o Acórdão nº 1.097/2010, no qual a Petrobras sustentou que suas licitações e contratações se regem pelo Regimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileira S.A, aprovado pelo Decreto nº. 2.745/98 e não pela Lei nº. 8.666/1993. Entretanto, segundo entendimento majoritário do TCU, enquanto não editada a lei de que trata o § 1º do art. 173 da Constituição da República na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a Petrobras e suas subsidiárias estão sujeitas às prescrições da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 2003), não considerando a possibilidade de flexibilização das licitações.

O STF não corrobora com o entendimento do TCU sobre a matéria, citando-se como exemplo a Ação Cautelar nº. 1.193/2006, da qual se extrai a seguinte ementa:

1. Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobrás com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei nº 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário. (BRASIL, STF. AC 1.193. Min. Gilmar Mendes, 2006).

Nesse sentido, o pedido cautelar foi deferido ao fundamento de que a suspensão das licitações poderia inviabilizar a própria atividade da Petrobras e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos na indústria, no comércio e para a população.

Os exemplos indicados por meio do Sistema de Registro de Preços e do regime jurídico de licitações e contratos da Petrobrás permitem aferir se a aplicação da lei no que tange a atribuição de sentido para os princípios da legalidade e eficiência considera o âmbito normativo para sua aplicação. Observo que no primeiro exemplo, os TC's consideram válida a flexibilização do regime jurídico-administrativo quanto sua vinculação a uma legalidade estrita, ao admitirem que um decreto (ato administrativo) institua tal procedimento, já previsto quando da edição da Lei nº. 8.666/93.

Por outro lado, na análise da flexibilização no plano do Decreto nº. 2.745, de 24 de agosto de 1998, observo que o TCU não admite tal flexibilização, atribuindo mais peso à observância da legalidade estrita do que aos fins da economicidade e eficiência. O STF considera que o setor demanda atuações estratégicas, cujo êxito nas contratações abrangidas pela operacionalização da política energética se confundem com a própria estabilidade da economia popular nos planos macro e micro econômico. Ao permitir tal flexibilização, considerou seus efeitos tanto na balança comercial quanto na disponibilização de insumos (combustíveis e derivados do petróleo) para o mercado interno, atribuindo mais peso à eficiência e economicidade do que à legalidade estrita, em vista dos danos que eventual racionamento de petróleo e derivados poderia gerar na macroeconomia e nos preços de mercado para os consumidores.

5.6.1 O controle dos contratos de inexigibilidade de licitação e a variabilidade no tempo e no espaço da ideia de complexidade

Como podemos destacar por meio do controle do TCU em vista do STF ao analisar os contratos administrativos de inexigibilidade de licitação para advogados, o primeiro órgão declina decisões com um fundamento mais assentado à realidade material. Isso sucede quando o controle externo alia ao requisito notório saber (ou especialização) a necessidade de complexidade do objeto a ser enfrentado. Para o controle jurisdicional a contratação encontra-se em um baixo grau de vinculação normativa, não o tornando ainda um ato discricionário, mas ao fazer com que o grau de vinculação seja menos exigível, evidencia sua opção por atuar em uma zona de controlabilidade mais tênue.

Mas como considerar o requisito complexidade jurídica como tábula rasa, invariável como um juízo sintético *a priori* para todos os 5.504 municípios brasileiros? Na tradição positivista, seria possível atribuir às regras a condição de fundamento exclusivo do processo decisório do texto legal. Será que a assertiva se confirma na atualidade ou será que a realidade hoje se impõe de maneira a questionar a eficácia de métodos de aplicação que funcionem como juízos sintéticos *a priori*?

Importante repisar que o trabalho adota uma posição abrangente do positivismo sem a pretensão de esgotar a discussão sobre as correntes e autores, objetivando adotar por meio dessas referências uma crítica ao formalismo, segundo o qual, em regra, os Tribunais de Contas concebem o exercício da função administrativa, no contexto do controle de contas da Administração Pública, conforme art. 71, I, da CR/88. Assim, será possível lançar um olhar eminentemente formal sobre a matéria ora sob exame? Será que a alta capacidade administrativa é a regra, ou será que a dimensão prática deve ser considerada uma variável a ser também contabilizada, considerando que o pluralismo também se manifesta no contexto de diferentes cenários políticos, econômicos, sociais e culturais a moldarem diferenciadas realidades institucionais?

Logo, reduzir o controle a um método de aplicação absoluto (eminentemente formal ou exclusivamente material) limita o alcance do controle sobre a ótica da efetividade e adequação do discurso de justificação do Direito diante da necessidade da coerência interna sistemática.

Segundo o acórdão nº. 1.437/2011³³ (BRASIL. TCU. Acórdão nº 1.437, 2011), a

³³ ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA LEGISLATIVA E NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. PROPOSIÇÃO CONSIDERADA CONVENIENTE E OPORTUNA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA

alteração do conteúdo do enunciado de súmula acompanha a mudança legislativa e o entendimento pacificado no âmbito do TCU, sendo que, segundo a emenda modificativa:

[...] a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. (BRASIL. TCU. Acórdão nº 1.437, 2011).

O STF corrobora este entendimento, conforme julgado RHC 72.830 (BRASIL. STF. RHC 72.830. Min. Carlos Velloso, 1995)³⁴ e HC 86.195 (BRASIL. STF. HC 86.195. Min. Marco Aurélio, 2005), nos quais, uma vez presentes os requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, permitiu a inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. Em que pese tal adequação mais rigorosa do TCU ante o STF na matéria indicada, apesar de ao fim ambos permitirem a contratação por inexigibilidade, em muitos casos, o olhar lançado pelos TC's no exercício do controle externo Administração cinge-se a uma perspectiva formal, que não alcança as disparidades encontradas na realidade geopolítica brasileira. Isso porque a própria ideia de complexidade exigida pelo TC como requisito *sine qua non* para a validade da contratação pode variar no tempo e no espaço, variando no território nacional de Estado para Estado; por sua vez, na perspectiva regional, de município para município, de maneira que uma situação simples para uma administração pública da região sudeste do país pode se apresentar como complexa para uma realidade de baixa capacidade administrativa, o que recomenda a construção dos sentidos dos princípios da legalidade, eficiência e economicidade a partir do caso concreto.

APRESENTAÇÃO DE EMENDAS OU SUGESTÕES. DECURSO DO PRAZO CONCEDIDO COM O OFERECIMENTO DE EMENDA MODIFICATIVA. APROVAÇÃO. Altera-se o conteúdo do enunciado de súmula para acompanhar mudança legislativa e o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.”

³⁴ PENAL - PROCESSUAL PENAL - AÇÃO PENAL - TRANCAMENTO -ADVOGADO - CONTRATAÇÃO DISPENSA DE LICITAÇÃO - 1. Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público. 2. Concessão de Habeas Corpus de ofício para o fim de ser trancada a ação penal (BRASIL. STF. RHC 72.830. Min. Carlos Velloso, 1995).

6 CONCLUSÕES

O controle de contas exercido de maneira formal pelos TC's condiciona a função pública reduzindo sua dimensão à atuação formal. A pesquisa sustentou que o deslocamento das possibilidades de concretização de direitos da esfera da gestão de políticas públicas, para a legislação, pressupõe uma primazia da forma sobre o conteúdo na prática administrativista. O trabalho indicou que o STF restringe a revisibilidade das decisões dos TC's ao controle da forma na perspectiva do controle de contas de governo (art. 71, I, da CR/88) e, quando o faz, respalda uma abordagem formalista da função administrativa.

O STF admite a sindicabilidade dos aspectos vinculados do mérito administrativo em caso de omissões de mandatários em vista da implementação de direitos fundamentais, conforme a relatoria da ADPF 45, (BRASIL. STF. Min. Celso de Mello, 2004), o que evidencia uma orientação pela concretização de direitos fundamentais.³⁵

Com relação à revisibilidade das decisões dos TC's, por outro lado, o STF se limita a proceder a um controle dos aspectos formais do processo quando as decisões são tomadas no exercício das funções previstas no art. 71, I, da CR/88. Isso leva a considerar que o controle de contas, em regra, respalda a prevalência do modelo liberal no Estado de Direito brasileiro no que tange ao controle da Administração Pública. Por isso, se o Poder Judiciário não admite a sindicabilidade do mérito das decisões dos TC's, de acordo com o entendimento do Ministro Celso de Mello (BRASIL. STF. RE 235.593, 2004), ele corrobora o entendimento que reforça o predomínio da forma sobre o conteúdo na prática administrativista (ou seja, sua condição tecnicista). Ao contrário, por exemplo, do que sustenta Juarez Freitas em *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, não para sua utilização como instrumentos de concretização de direitos fundamentais de caráter político e social. Tampouco, como propõe Gustavo Binembojm em *Uma teoria do direito administrativo*, estimula a atuação do agente público orientada pelo controle sistemático dos atos administrativos, fundamentada pelo princípio do direito à boa administração pública (atuação substantiva do agente público; centralidade de direitos fundamentais; controle de juridicidade; releitura do princípio da supremacia do interesse público).

Dessa forma, o trabalho procurou investigar a atualidade da realização de direitos fundamentais no plano da Administração Pública no Brasil, bem como os efeitos do controle externo pelos TC's sobre a função executiva. Procurei evidenciar que os Tribunais de Contas

³⁵ Segundo Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 149): “No Brasil nenhum ato administrativo - “vinculado” ou “discrecional” foge ao controle do Poder judiciário”.

(“TC’s”) exercem uma atividade de controle inapta a alcançar as transformações pelas quais passa a sociedade brasileira, pois não o fazem, em regra, por meio de atribuição de significado aos princípios da legalidade e da eficiência a partir da realidade política, econômica, social e cultural dos entes públicos nos quais os agentes administrativos atuam.

Nessa ordem de ideias, desenvolvi uma abordagem transdisciplinar por meio do método jurídico-exploratório, através de uma pesquisa bibliográfica que procurou respaldar a análise de decisões que traduziam em casos concretos a tensão por vezes existente entre os princípios da legalidade e da eficiência. A compreensão do problema da inefetividade de políticas públicas, em regra, verificada no país considera a questão da não realização de direitos vinculada a fatores não apenas jurídicos. Logo, uma constatação que se sustenta é a impossibilidade de redução da questão da efetividade a um problema eminentemente da ordem do Direito, tornando-se necessária a articulação com outros ramos do saber, para uma construção teórica mais abrangente e consistente.

Neste sentido, além de decisões sobre o controle de contas (destaco, entre as citadas, o RE 235.593/STF, MS 24510, ADI 849), decisões sobre o controle da administração no plano do controle de constitucionalidade das políticas públicas e dos atos administrativos (destaco, entre as citadas, a ADI 4167 STF, ADC 16 e ADPF’s 45 e 186) e, ainda, decisões que refletem a dicotomia entre os princípios indicados foram analisadas. Neste último aspecto, procurei demonstrar os entraves da abordagem clássica de legalidade para o regime jurídico administrativo, feito por meio da análise das contratações da Petrobras S/A; adoção do Sistema de Registro de Preços e contratações de serviços advocatícios e de cooperativas.

Ao analisar o papel do Direito nesse contexto, evidenciei que no que toca ao Direito Administrativo, que hoje fundamenta o controle de contas no Brasil, uma interpretação e aplicação da lei por conta do método de subsunção vinculado ao positivismo jurídico predomina na prática administrativista. O predomínio do formalismo no âmbito da Administração faz passar ao largo da função executiva a importância da atuação política de articulação e formulação de políticas públicas, o que compromete a resolutividade dos programas e atividades ao colocar o planejamento das ações em um segundo plano. O trabalho, ao testar a premissa da redução da função executiva à dimensão técnica, procurou evidenciar como procedimentos administrativos no campo do Direito Público podem permitir outra abordagem para a questão, a partir de uma interpretação pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência, pois à medida em que se fundam em um conceito de norma jurídica em uma acepção mais afinada com a realidade fática que recobrem, podem refletir a realidade e seu papel na construção de sentido, finalidade e utilidade das decisões dos

processos administrativos. Citei como exemplo, os mecanismos de concretização de direitos fundamentais elencados no Direito Ambiental, Tributário ou Urbanístico, por meio do licenciamento ambiental, das técnicas extrafiscais ou políticas habitacionais de interesse social. O princípio da eficiência administrativa, a participação e o pluralismo impulsionam uma releitura, portanto, do fundamento de atuação dos órgãos de controle a partir de tais procedimentos administrativos.

Ao se verificar o estado da arte da aplicação do direito pelos TC's, sustento que a Jurisdição Constitucional emana decisões que visam recobrir de uma forma mais abrangente o alto grau da complexidade social. Dessa forma, no segundo capítulo sustentei que a acepção estrita da ideia de legalidade associada ao Direito Administrativo - fundamentado na supremacia e indisponibilidade do interesse público - deveria dar lugar a uma leitura principiológica de tal ramo do Direito e cânones a ele associados.

No terceiro capítulo, a abordagem da transformação verificada na sociedade civil procurou evidenciar como a internet e a globalização, bem como a mudança do sistema econômico de produção com o advento do capitalismo, reconfiguraram a ideia e o papel do Estado e da Constituição. Ao verificar que no âmbito da Administração Pública essa transformação ainda não se reflete, via de regra, nas práticas administrativistas, propus que o Direito Administrativo – sem a filtragem hoje realizada pelo constitucionalismo na questão da inefetividade de direitos – assimile essa questão de forma definitiva. Esse capítulo também demonstrou a importância do fortalecimento do controle social como medida apta a assegurar um controle mais plural e democrático, considerando o papel dos usuários de políticas e serviços públicos nesse processo.

A importância de tal incorporação, como descrito no quarto capítulo, é tratar da possibilidade de concretização de direitos por meio da gestão resolutiva dos procedimentos administrativos para realização de direitos assegurados pelas respectivas políticas públicas.

As decisões dos TC's, objeto de análise notadamente no controle de contas dos contratos administrativos, evidenciaram por meio de sua análise em interface com as decisões do Supremo Tribunal Federal, no que tange à efetividade de direitos, a necessidade de um novo fundamento para a atividade de controle externo, orientada de forma direta pela eficiência administrativa, pelo pluralismo e pela participação efetiva, no quinto capítulo. O trabalho sustentou a importância de atribuição de sentido do texto legal a partir do âmbito normativo, isto é, considerando a realidade plural e complexa, bem como a institucionalização de procedimentos que transcendam as tentativas de soluções por meio do direito positivo. Sobre a participação, a pesquisa sustentou que a desconstrução da acepção clássica do

princípio do interesse público passa por uma efetiva contribuição da sociedade, para o fortalecimento do controle social e do controle externo. O trabalho analisou teorias vinculadas a diferentes tradições jurídicas e filosóficas, mas com o objetivo comum de identificá-las com a finalidade de ampliar a produção dos efeitos do texto legal. Nesse sentido, autores vinculados à hermenêutica concretista (MULLER, 2008); (ALEXY, 2008); (DWORKIN, 2007, 2010) serviram de fundamento para uma análise pós-positivista dos princípios da legalidade e eficiência.

Nessa ordem de ideias, os Tribunais de Contas, ao conceberem o controle a ser exercido sobre a Administração Pública no Brasil, presos a ideia de legalidade e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular demonstram que o modelo de Estado liberal – em que pese a condição híbrida do Estado brasileiro –, fundamenta, via de regra, o controle de contas no Brasil. Foram indicados os autores a seguir como vinculados a essa tradição: Mello (2009); Di Pietro (2007); Medauar (2009) e Fagundes (2006).

O trabalho reconhece a evolução institucional pela qual passam os TC's, notadamente quanto ao esforço para a adoção de técnicas e mecanismos, como as auditorias operacionais (sustento a necessidade atribuição de poder normativo para a institucionalização das soluções propostas em vista das deficiências encontradas pelas mesmas), a matriz de risco e as mudanças de entendimento nas decisões, as quais têm o objetivo de exercer o controle externo da Administração de forma mais célere, integrada e, portanto, eficiente (Sustentei ainda a adoção de um novo critério para ingresso no cargo de Conselheiro dos TC's, hoje eminentemente político e discricionário). Considerei também a importância de integração desses mecanismos para que o controle seja abrangente e efetivo, inclusive, projetando seus efeitos para uma perspectiva intergeracional, destacando o papel da mutação constitucional neste sentido.

A redução à esfera técnica da atuação do administrador público evidencia ainda uma realidade institucional que nos distancia do objetivo de efetividade, pelo que se propôs a integração das variáveis afetas à complexidade social, para que a administração se aproprie do real e reflita seu espaço, tempo e lugar. No que tange à abordagem, com o auxílio da ciência da Administração, indicou-se como a estrutura organizacional do serviço público tem que ser capacitada de forma diuturna com qualificação e treinamento para elevação da baixa capacidade administrativa percebida no país.

Dessa forma, ao concebermos o Direito Administrativo como mero instrumental técnico, distanciamo-nos do fito da efetividade à medida que os conceitos clássicos e institutos jurídicos que remanescem dessa compreensão não possuem aptidão para alcançar a

complexidade dos interesses plúrimos da sociedade atual. Isso porque esta abordagem formal dissocia da função executiva a função política, reduzindo a atuação do administrador à técnica (ao prescindir da dimensão de planejamento e formulação que deve nortear quem exerce o papel de governar), estimulando a realização de ações formais que apenas simbolicamente cumprem o interesse público. Mais do que uma atualização semântica desses institutos, ações integradas, que procurem recobrir a gama variada de componentes ínsitos ao Estado Democrático de Direito, como emaranhado normativo e procedimental, devem ser pensadas. Nesse contexto, apenas alterar o estado de coisas na perspectiva sociocultural no âmbito dos agentes da Administração, sem, contudo, trabalhar pela defesa da incorporação de uma racionalidade discursiva principiológica pelos órgãos de controle, de nada valeria.

Ampliar o fundamento de atuação dos Tribunais de Contas, com fins a princípios e valores como vetores de atuação, é medida imprescindível para uma dinamização da atuação do administrador público, visando atuações resolutivas, isto é, que de forma efetiva atinjam os resultados fixados pelas metas que vinculam as políticas públicas. Assim, proceder a uma nova análise das relações administrativas do pálio da supremacia do interesse público para a paridade de direitos, cuja prevalência de um polo ao outro deva ser aferida no caso (a caso) concreto, torna-se medida adequada. Verificar no aspecto procedimental do Direito Público qual é o estado da arte no que tange à legitimidade da construção normativa e eficácia dos procedimentos administrativos é fundamental para que se verifiquem as necessidades de ajuste ou até mesmo a permeabilidade de procedimentos cuja natureza resolutiva possa ser orientada para a atuação em outros ramos, como observei na inteiração entre Direito Público e Privado.

Além de questões de natureza interna, como a cultura organizacional do serviço público, desvio de poder e desvio de finalidade, improbidade administrativa, escassez de recursos humanos e materiais vs demandas que evoluem em escala geométrica, problemas correlatos à organização do Estado, como desarticulação federativa, e de natureza científica, como visão limitada do ordenamento jurídico pelos órgãos de controle, têm tornado distante o objetivo de efetividade plasmado no Texto de 1988.

Com relação ao aspecto da ciência jurídica, observei que modelos normativos kantianos remanescem como pilares de sustentação da aplicação da lei, ainda que a sociedade tenha adquirido complexidade suficiente para colocar tais modelos em xeque diante de sua inaptidão para o trato com o contemporâneo. É fato que a filosofia hegeliana procedeu a um resgate diante do descentramento operado pelo racionalismo científico e, principalmente, pelo positivismo jurídico, em que pese vincular-se a um modelo de Filosofia (da consciência) já

superado pelas contribuições da fenomenologia (GADAMER, 2008; HEIDEGGER, 2009) e virada linguístico-pragmática (WITTGENSTEIN, 1999). Contudo, o retorno ao pensamento sistêmico demonstra que esse resgate da construção social da realidade se perdeu à medida que o ser humano torna a ocupar, à luz das teorias sistêmicas, papel secundário nessas perspectivas.

Isso porque o pensamento sistêmico encobre, sob o ponto de vista racional, as possibilidades de superação das mazelas do estágio civilizatório, implicando racionalização de um conformismo social, em bases lógicas e formais, privilegiando o automatismo do predomínio do formalismo na atuação administrativista. O sentimento de impotência que se instala no sujeito redundando na impossibilidade de ação deste diante da realidade que se apresenta como imutável. Considerando a abertura da existência e a atuação humana sempre como projeto, um sentido deve ser atribuído a essa atuação, de maneira que a busca pela efetividade transforma-se em uma bandeira não apenas no campo da batalha do direito; a ação política, mais que jurídica, efetiva a universalização do acesso a direitos fundamentais e como tal deve ser estimulada pelo aparelho de Estado, meios de comunicação e sociedade civil em geral.

Hoje, percebe-se o contrário, pois não apenas o pensamento sistêmico, mas também atuações supletivas de órgãos estatais negligenciam a atuação dialógica e o próprio debate democrático. Frustram, pois, a própria condição híbrida do Estado de Direito ao fazê-lo. Assim, sob a perspectiva da ciência do Direito, necessária se torna a incorporação de fundamentos axiológicos que possibilitem o cidadão acessar direitos por meio do administrador público que saiba construir o sentido das normas diante de instituições em transformação, a fim de garantir a reabilitação da função do planejamento junto à função executiva e, por conseguinte, a concretização de direitos. Do contrário, o projeto de uma Constituição para o cidadão será sempre uma possibilidade, nunca um dado concretizado, como adverte Sampaio:

Mesmo após 1988, a maioria da população continua sem ter acesso a muitos dos direitos civis. Bastas olharmos os números da violência ou a diferença de acesso à justiça entre ricos e pobres e as condições das penitenciárias. Os direitos sociais ainda dependem de muita água sobre a ponte. Os números da moratória social são alarmantes: um alto índice de pobreza e de desigualdade material convive com um número excessivo de analfabetos e de mortalidade infantil. As mulheres, negros, índios e homossexuais ainda lutam por espaços de cidadania plena; os direitos culturais e ambientais já sensibilizam, mas há um longo trajeto para sua promoção cotidiana como valor social assumido e como evento deontológico pra valer, superando sua perspectiva hoje de mero cálculo financeiro e de perdas e danos. A corrupção e a dominação privada do Estado, por sua vez, lançam gases venenosos sobre a única modalidade de direitos que parecem avançados, os políticos,

reduzindo a crença na esfera pública democrática, passo primeiro para a precipitação do “engodo autoritário”. (SAMPAIO, 2010, p. 331).

Atualmente, o estado das coisas revela uma disparidade de acesso amplo e irrestrito a direitos, principalmente, por parte de uma elite historicamente aparelhada na estrutura do Estado, bem como de uma inexistência total da presença estatal. Uma administração célere e eficiente sob a perspectiva procedimental diminui as possibilidades de favoritismo em uma cultura e realidade que apontam para um serviço público engessado. Em uma administração em que tais procedimentos operam por meio de fluxos contínuos, com transparência e controle resolutivo, agentes públicos não podem agir simbolicamente e beneficiarem-se da própria inércia, no caso de uma análise da eficiência. Mas permite, principalmente, uma gestão resolutiva de políticas públicas, associando planejamento governamental (formulação de políticas) à execução gerencial (técnica administrativa).

Ao final do trabalho concluo que:

a) Há necessidade de relativização da acepção estrita da legalidade que abrange a acepção formal do princípio majoritário; a subsunção como método exclusivo de aplicação da lei e a acepção estrita da ideia de legalidade, de acordo com o positivismo jurídico. Sustento a adoção de um modelo de controle adequado à natureza híbrida do texto constitucional e atento aos fins que justificam a instituição das políticas públicas de maneira contextualizada, conforme a realidade social plural e complexa.

A título de exemplo, o STF, conforme o RHC 72.830HC, tem admitido a contratação de advogados por notório saber, indicando o grau de confiança como elemento constitutivo da mesma, o que evidencia a adoção da teoria de graus de vinculação dos aspectos vinculados dos atos administrativos. Na perspectiva dos Tribunais de Contas, as consultas 682676 do TCMG e o acórdão 012485-2002-9/2003 do TCU, ao admitirem a participação de cooperativas em licitações, demonstram uma mudança de entendimento no que toca à realização de valores como cooperativismo e associativismo, de estatura constitucional. Destaco a importância da ADC 16 nesse sentido.

b) A releitura do Direito Administrativo “como técnica”, a partir da relativização do controle de contas conforme a Lei federal nº. 4.320/64, adotando-se um controle de juridicidade atento ao atingimento dos fins que justificam a instituição de políticas públicas é sustentado. O controle de juridicidade, ora proposto, não deve ser concebido como um controle de mérito, que implicaria substituição do juízo emitido pelo Poder Legislativo - por meio do Tribunal de Contas na condição de órgão auxiliar - pelo juízo emitido pelo Poder Judiciário. E também não deve considerar que a LRF resolveu de maneira exaustiva a questão

da normatização do controle de contas, pois ainda desconsidera a realidade institucional no contexto de sua aplicação, mas não deixa de ser um avanço à medida que integra ao regime contábil da Lei nº. 4.320/64, ações de controle interno, participação popular, planejamento, gestão tributária e financeira, além de transparência e sustentabilidade. O controle proposto cinge-se a um controle que afira a efetividade das políticas públicas quanto ao atingimento dos fins que justificam sua instituição. Um controle a partir da adoção da existência de indicadores, métodos de avaliação e monitoramento da resolutividade de políticas públicas pode contribuir para uma gestão pública não apenas mais democrática, mas também eficiente.

c) A reabilitação da função governamental no que tange à redução que hoje limita a função administrativista à sua atuação formalista, fortalecendo a dimensão de planejamento e formulação de políticas públicas.

d) A gestão eficiente e integrada de políticas públicas deve ocupar o lugar de primazia hoje atribuído à observância ao direito positivo como fonte exclusiva de direitos fundamentais.

e) A adoção de uma abordagem multidisciplinar sobre o debate a respeito da concretização de direitos fundamentais, com a integração dos elementos constitutivos das políticas públicas, como legislação, planejamento, orçamento público, gestão jurídico-administrativa e financeira, além de mobilização social.

d) A apropriação pelo Direito Administrativo da realidade política, econômica, social e cultural na construção da norma e de seu significado, visando uma atuação conforme a abertura da Constituição; texto cujo significado muda no tempo e no espaço.

A doutrina utilizada na perspectiva da ampliação da produção dos efeitos da lei, em que pese as diferentes tradições às quais os autores se vinculam, remeteu ao pós-positivismo (CRUZ, 2011).

O exemplo dessa construção do significado dos princípios da legalidade e eficiência a partir da realidade concreta, no caso, econômica, foi indicado por meio do acórdão do STF - acórdão nº. 1.193/2006 -, que revogou suspensão de licitação da Petrobrás, assegurando a observância da flexibilização de suas licitações e contratos, o que evidencia a admissão de um regime jurídico próprio para a atuação estatal no mercado, rompendo com a dicotomia público-privado e flexibilizando a visão até então legalista que predominava sobre a abordagem do regime jurídico-administrativo.

Por fim, cumpre aduzir que o controle externo da Administração pelos TC's precisa se apropriar da complexidade social e de seu caráter plural, refletindo-a nos respectivos procedimentos (e racionalidade discursiva) que lhe são atribuídos, reabilitando a função de

planejamento cuja percepção resta hoje embotada, ao se investigar a partir da concepção administrativista da atuação dos agentes políticos em vista dos princípios da legalidade e eficiência.

Nesse sentido, só com a apropriação dessa dimensão plúrima ínsita aos interesses complexos, é que o Estado Democrático de Direito pode ser realizado na máxima medida; seja na perspectiva de sua condição híbrida estar refletida e contemplada nas decisões acerca das relações administrativas seja na perspectiva de tais decisões fundarem-se em argumentos não apenas de interpretação literal da lei, mas atribuindo força cogente aos princípios jurídicos e força orientadora aos valores constitucionais. Assim, repensar o controle externo da Administração pelos Tribunais de Contas torna-se tarefa fundamental à medida que, se já há uma série de fatores que limitam a atuação do administrador público e culminam na inefetividade de direitos fundamentais, o controle burocrático adicionado aos problemas históricos e institucionais torna-se um fator de recrudescimento de qualquer tentativa da superação da aplicação simbólica dos direitos e das anomalias sistêmicas que contribuem para o passivismo na atuação do cidadão na esfera pública, e para o florescimento do conformismo social e o esvaziamento da arena política.

Quem administra e exerce função executiva, a fim de alcançar a complexidade atual, não pode lançar mão de técnicas do passado para dar conta de fatos gerados em um novo tempo. Assim, a adequação dos meios aos fins no agir estatal - ao implicar a escolha e gestão dos instrumentos aptos a realizarem os direitos assegurados pela Constituição - é medida que pode assegurar a construção de uma Administração Pública efetiva e eficiente. Portanto, transformar o controle em uma ferramenta apta a estimular uma gestão eficiente, com uma mudança comportamental na atuação estatal através da concepção do planejamento como instrumento de concretização de resultados, é uma ação que aproximará a Administração Pública dos objetivos de efetividade no contexto das relações administrativas contemporâneas. Um primeiro passo nessa direção é considerar o papel da interpretação pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência neste processo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan. **Controle externo**: anotações à jurisprudência do Tribunal de Contas da União: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. O parecer prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 28, n. 4, p.51-68, out./dez. 2010.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: caso dos reajustes salariais. In: FERRAZ, Luciano et al. **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARÁUJO, Marinella Machado. Fundamentação jurídico-legal e financiamento da cooperação interinstitucional: construindo administrações dialógicas. In: CASTRO, Erika de et al. (Org). **Inclusão, colaboração e governança urbana**: perspectivas brasileiras. Rio de Janeiro; Observatório das Metrópoles, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AUSTIN, J. L. **Symposium on J. L. Austin**. London: K. T. Fann, 1969.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 7, p. 1-30, out. 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio de (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes**: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e a união europeia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. A experiência federal brasileira: da estrutura dualista e cooperativa à concepção atual do federalismo, comprometida com o Estado Democrático de Direito. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). **Constituição e democracia: aplicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. Os desdobramentos do federalismo cooperativo alemão: uma rica experiência de releituras. In: MACIEL, Ademar Ferreira (Org.). **Estudos de direito constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. v. 1, p.209-218.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. Os desdobramentos do federalismo cooperativo alemão. In: MACIEL, Adhemar Ferreira et al (Coord.). **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009c.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos: extrafiscalidade e não confisco**. Curitiba: Juruá, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008a.

BONAVIDES, Paulo. **Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

BOTTALLO, Eduardo Domingos et al. **Comentários às súmulas tributárias do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRANDON, Robert. B. **Make it explicit**. Boston: Harvard University Press, 2002a.

BRANDON, Robert. B. **Tales of mighty dead**. Boston: Harvard University Press, 2002b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Enunciado 331**. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 07 de maio de 2012.

BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 ago. de 1998. Aprova o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás previsto no art. 67 da lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 ago. 1998. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111603/decreto-2745-98>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mar. 1999.

BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2001.

BRASIL. Decreto nº 99.274, de 6 jun. 1990. Regulamenta a Lei nº. 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jun. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 1977.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 go. 1943.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jun. 1998.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2002.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de maio de 2000.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de janeiro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2006.

BRASIL. Lei complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei. 201, de 27 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 out. 2000.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.502, de 8 de julho de 2002. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Presidência da República, crédito suplementar no valor de R\$ 45.745.500,00, para reforço de dotações constantes do orçamento vigente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 jul. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.738, de 16 de jul. 2008. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11738.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 nov. 1964.

BRASIL. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de jul. 1992 Dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em 08 de maio de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de jun. 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de jun. 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei federal 11.977 de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em 15 de maio de 2012.

BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 fev. 1999.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução CONAMA nº 237, de 19 dez. 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 1997. Seção 1, p.30841-30843. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Receita Federal. Lei complementar nº 123, de 14 de dez. de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT... **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Lei federal 12.462 de 05 de ago. de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 08 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 106.923. Relator Min. Sydney Sanches. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 12 de ago. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 1.193. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 30 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Relator Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 09 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 849. Relator Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 23 abr. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 885. Relator Min. Néri da Silveira. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 ago. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.167. Relator Min. Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373. Relator Min. Francisco Rezek. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 out. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76.060-4. Relator Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 maio 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.421. Relator Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 02 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86.195. Relator Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 set. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.550. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.510. Relatora Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 ago. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.520. Relator Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 maio 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.547. Relator Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 186.264. Relator Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 dez. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 223.037-1. Relator Min. Maurício Correa. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 235.593. Relator Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 22 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 72.830. Relator Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 11.060 RMS. Relatora: Min. Laurita Vaz. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 set. 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24.510. Relatora Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3.789. Relator Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Relator Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 mai. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 43 de 03 de julho de 2002**. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Index.faces>. Acesso em 08 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 401/2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.097/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.437 de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jun. 2011b. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1.487, de 01 de ago. de 2007. Ministro Relator Valmir Campelo. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de ago. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.678/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.413/2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 maio 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.625 de 2011. Magistrado Responsável Aroldo Cedraz. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Breve histórico**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia>. Acesso em: 18 jun. 2009a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/relacoes_institucionais/relacoes_internacionais/organizacoes_internacionais/DECLARAÇÃO>.

_DE_LIMA_PORT_0.pdf.> Acesso em: 18 jun. 2009b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 014.030/2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 fev. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 11.060/GO. Rel. Min. Paulo Medina. **Diário de Justiça da União** de 16 de set. 2002.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **Da natureza jurídica das contribuições para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA**. São Paulo: MP, 2006.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **O imposto territorial rural e a função social da propriedade: doutrina, prática e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2011.

CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CEARÁ. Tribunal de Contas. **Processo nº 4480/09**. Relator: Cons. Edilberto Pontes. 03 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.detalheProcesso.tce?idprocesso=119227>>

CEARÁ. Tribunal de Contas. **Processo nº 4601/05**. Disponível em: <http://www.tcm.ce.gov.br/servicos/sap.php/processo/show/nu_protocolo_pr/460105/aba/pessoas>

COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse-Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p. 1-10, out. 2001.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. São Paulo: Dialética, 2003.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DENARI, Zelmo. Função Ambiental do Tributo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Atlas: São Paulo, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. **Processo nº 35501/05**. Relator: Cons. Antonio Renato Alves Rainha. 04 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsNrProcesso.php?txtNrProcesso=35501&txtAnoProc=2005&id=&txtProcesso=35501%2F2005&Pesquisar=Pesquisar>>

DUARTE, Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 jun. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>>.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EARLE, Edward Lead. Introdução In: HAMILTON, Alexander et al. **O federalista**. Campinas: Russell Editores, 2005.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Atualizado por Gustavo Binemboljm. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p.83, abr./jun. 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo: Lei nº. 9.784/99**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORTINI, Cristiana et al. Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público administrativas. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1.

GODÓI, Marciano Seabra de (Coord.). Extrafiscalidad y sus límites constitucionales. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.219-262, jan./jun. 2004.

GODÓI, Marciano Seabra de (Coord.). **Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF**. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária. **Revista Brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p.231/239, jul./set. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Prévio exaurimento da via administrativa em crimes tributários. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa et al. **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de derecho administrativo: tomo 2**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles interno e externo da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GUNTHER, Klaus: A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre princípios e regras. **Revista de Direito da FGV**, v. 2, n.1, p.241-242, jan./jun. 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

GUTRIE, W. K. C. **Os sofistas**. São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP & A, 2006.

HAMILTON, Alexander et al. **O federalista**. Campinas: Russell Editores, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho publico y constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HENRICH, Dieter. **Between Kant e Hegel: Lectures on German idealism**. Boston: Harvard University Press, 2003.

HILÚ NETO, Miguel. **Imposto sobre importações e imposto sobre exportações**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

HOBBSAWN, Eric. **O breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: CIA. das Letras, 1995.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos municípios brasileiros**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=3452011>. Acesso em 07 de maio de 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

KEHL, Maria Rita. **O tempo e o cão – a atualidade das depressões**. São Paulo. CIA das Letras, 2009.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática: tribunal de contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1987.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2003.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

KUHN, Thomas. S. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEBRUN, Gerard. **A paciência do conceito**. São Paulo: UNESP, 2006.

- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional tomo III: teoria da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- MARTINS, Argemiro C. M. et al. A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista de Direito GV**, v. 2. n. 1, p.242, jan./jun. 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MATO GROSSO. Tribunal de Contas. **Resolução de Consulta nº 16/2009**. Relator: Cons. Humberto Bosaipo. 5 maio 2009. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/29513/ano/2009/num_decisao/16/ano_decisao/2009>
- MEDAUAR, Odete Medauar. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Melhoramentos, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDONÇA, Otto Carvalho Pessoa de. **A-destinação e tredestinação do produto da arrecadação das contribuições sociais e interventivas**. 2006. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- MILARÉ, Édís. **Curso de direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Processo nº. 742467**. Consulente Alberto Pinto Coelho. Tribunal de Contas, Belo Horizonte, 11 dez. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas de Minas Gerais. **Relatório de atividades anual de 2008**. Belo Horizonte: TCE, 2009. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/img/PrestaContas/RELATORIOS/2008/RAA_2008>. Acesso em: 19 jul. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Lei complementar nº 102, de 17 de janeiro de 2008. Institui a Lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 18 jan. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Processo nº 732.557**. Relator. Cons. Eduardo Carone Costa. 25 maio 2007. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=732557>

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Processo nº 757.978**. Relator. Cons. Moura e Castro. 20 ago. 2008. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=757978>

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUNES, Benedito. **Heidegger e ser e tempo**. São Paulo: Jorge Zarrar, 2004.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. O conteúdo da extrafiscalidade e o papel das cidades: efeitos decorrentes da não-utilização dos recursos arrecadados ou da aplicação em finalidade diversa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 141, p.45-59, ago. 2006.

PERNAMBUCO: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Portaria nº 460 de 03 de out. De 2005. Disponível em: www.tce.pr.gov.br/internet/index.php?option=com...task.... Acesso em 08 de maio de 2012.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 1º abr. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas. **Ato normativo 92, de 13 de agosto de 2007**. Aprova o Regulamento do Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/main.asp?View={C680A4C9-0F43-4377-9A3A-3C0391452380}>>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ADIn 70005449053**. Relator: Araken de Assis. 05 abr. 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70005449053&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. Controle externo da Administração Pública pelos Tribunais de Contas: abrangência, limites e revisibilidade das decisões pelo Poder Judiciário. **Boletim de Direito Municipal**, v. 26, n. 1, p. 6-18, jan. 2010.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. Métodos e técnicas de indução de comportamentos. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p.97-132, jan./jun. 2009.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos na pretensão punitiva em crimes tributários. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (Coord.). **Grandes temas do direito tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. Uma proposta de releitura do Federalismo norte-americano através do judicial review. **Revista de Direito Administrativo**, v. 26, n. 7, p. 807-815, jul. 2010.

ROSENMANN, Marcos Roitman. **El pensamiento sistémico**: lãs origenes del social conformismo. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2003.

SACHS, Jeffrey. **A riqueza de todos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 anos da Constituição de 1998**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite de. **Direitos fundamentais**: retórica e historicismo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Prejulgado 1895/07**. Relator: Cons. Wilson Rogério Wan-Dall. 06 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisoos>>

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, José Henrique. **O trabalho do negativo**: ensaios sobre a fenomenologia do espírito. São Paulo: Loyola, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental**. Curitiba: Juruá, 2006.

SEGADO, Francisco Fernandez. Algunas reflexiones generales em torno a los efectos de lãs sentencias de inconstitucionalidad y la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 12, p. 135-198, ene./dic. 2008.

SERGIPE. Tribunal de Contas. **Processo nº 1487/07**. Relator: Cons. Ulices de Andrade Filho. 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tce.se.gov.br/>>

SERGIPE. Tribunal de Contas. **Processo nº 665/08**. Relator: Cons. Ulices de Andrade Filho. 13 maio 2008. Disponível em: <<http://www.tce.se.gov.br/>>

SERGIPE. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão nº 665/2008. Relator Juiz Juvenal Francisco da Rocha Neto. Eleições 2008. Candidato. Vereador. Prestação de contas. Extemporaneidade. Quitação eleitoral. Ausência. Decisão Monocrática. Indeferimento. Recurso. Eleitoral. Condição de elegibilidade. Preenchimento.apelo conhecido e provido. **Diário de Justiça**, Aracaju, 28 set. 2008. Disponível em: <www.tre-se.gov.br/.../acordaos/2008/acordao_0665_08_RE_2805.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2009.

SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual do direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, Marco Antônio de Resende; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A judicialização das políticas públicas. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 141-162, jul./dez. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio e janeiro: Renovar, 2000.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Impetus, 2007.

TYPKE, Klaus et al. **Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. **Caderno de ciências sociais**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p.47-64, 2002.

WEBER, Max. **La ética protestante e el espíritu del capitalismo**. Barcelona: Ediciones Peninsula, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 207p. (Os pensadores)

WOLD, Chris. A emergência de um conjunto de princípios destinados à proteção internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZYMLER, Benjamin et al. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.