XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ELEMENTOS PARA UMA ABORDAGEM SOBRE A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DE ACORDO COM A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

ELEMENTS FOR AN APPROACH ABOUT THE ACTION OF THE COURTS OF ACCOUNTS ACCORDING RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRIT

Maicon Crestani [1]

Resumo

Este trabalho pretende apresentar alguns elementos para discussão acerca de uma possível abordagem da atuação dos tribunais de contas, sobretudo no controle de políticas públicas, numa perspectiva da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Nesse sentido, busca-se entender o papel das Cortes de Contas no desenho institucional brasileiro, sob o prisma da teoria da separação de poderes e da Democracia. Para isso, buscamos apresentar características próprias dos tribunais de contas e indicar a adequação de estudos sobre a matéria com base nos elementos da teoria substancialista do jusfilósofo norte-americano. A metodologia usada foi a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Controle externo, Democracia, Direito como integridade, Tribunais de contas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to present elements for discussion about a approach to the performance of the courts of accounts, especially in the context of public policy, from the perspective of Ronald Dworkin's theory of ‘law as integrity’. The goal is to understand the role of the courts in the Brazilian institutional design, under the prism of the theory of separation of powers and Democracy. Therefore, we seek to present characteristics typical of the Courts of Accounts and indicate the adequacy of studies based on the elements of the substantialist theory . The methodology used was the literature review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: External control of public administration, Democracy, Law as integrity, Courts of accounts

[1] Doutorando em Direito Público; Mestre em Ciência Política; Bacharel em Direito; Bacharel em Ciências Sociais

1. Introdução

Com o presente trabalho pretende-se chamar a atenção para a relevância de estudar a atuação dos órgãos de controle, no caso os tribunais de contas, a partir dos contributos da teoria interpretativista de Ronald Dworkin.

Muito ainda deve ser investigado acerca da natureza da atuação das Cortes de Contas - seus limites e possibilidades -, fato que está estritamente ligado ao conceito de democracia. As decisões desses órgãos têm impacto significativo nas ações estatais e, em última análise, repercutem na sociedade como um todo. Por isso, não é suficiente apenas uma abordagem superficial da sua natureza, mas sim um enfoque que possibilite entender melhor seu aspecto numa abordagem hermenêutica mais profunda – por isso essa aproximação com o manancial teórico referido, que privilegia a interpretação na análise.

Para tanto pretendemos situar os tribunais de contas no cenário institucional brasileiro, relatando aspectos relevantes acerca de sua existência, competências, funções, entre outras características, a fim de explicitar a adequação do uso de elementos da teoria dworkiniana para a investigação.

Mostra-se assaz relevante nesse cenário a ser estudado, também, a atuação das Cortes de Contas quando no controle de políticas públicas, uma vez que características próprias dessas políticas induzem questionamentos acerca da legitimidade dos tribunais de contas nesse papel.

Estamos falando, antes de tudo, da busca de uma melhor compreensão da dinâmica do princípio da separação de poderes na engenharia constitucional pátria e, consequência disso, um melhor entendimento da democracia brasileira.

2. Sobre uma possível abordagem do papel dos tribunais de contas

A formatação atual do Estado brasileiro, plasmada na Constituição da República de 1988, reserva um espaço ao Controle Externo da administração pública que merece ser devidamente estudado. Com efeito, o olhar sobre o desenho reservado aos órgãos de controle permite entender melhor o papel dos Tribunais de Contas na construção de um Estado que tenha por fim promover os objetivos que se encontram no art. 3.º da Constituição de 1988, bem como promover a salvaguarda dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º da CF).

Nesse sentido, torna-se necessária a compreensão da natureza e dos limites das atribuições do controle externo, que é exercido pelos tribunais de contas, tendo-se como pressuposto sua adequação e sua capacidade indutora da dimensão democrática, levando-se em conta o fato de que os órgãos de controle surgem como uma necessidade de concretização dos fundamentos caros ao republicanismo.

No campo dogmático, a previsão sobre o controle externo, bem como a estrutura e competências dos tribunais de contas encontra-se, principalmente, nos artigos 70 a 75 da Constituição da República. Deve-se ressaltar, a propósito, que é o Poder Legislativo o Órgão que detém a competência do Controle Externo, sendo o tribunal de contas o Órgão auxiliar nesse mister constitucional, conforme art. 71 da Constituição da República.

O Controle Externo, respeitante ao papel dos tribunais de contas, tradicionalmente está ligado a um controle administrativo e financeiro da administração pública. A rigor, o termo controle comporta duas formas distintas, o controle político e o controle administrativo (CARVALHO FILHO, 2016, p. 991), sendo que aquele diz respeito ao controle entre os poderes, no sistema de freios e contrapesos, enquanto este, o controle administrativo, "[...] não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer um das funções do Estado – a função administrativa" (CARVALHO FILHO, 2016, 992).

Se é certo que os tribunais de contas exercem auxílio ao Poder Legislativo no controle administrativo, não se pode olvidar, por outro lado, que "Em algumas situações, todavia, o poder administrativo se entrelaça com o poder político, o que não exclui o controle dos entes públicos, por sua natureza de instrumento democrático do Estado de Direito" (CARVALHO FILHO, 2016, 992).

Assim, o tribunal de contas surge como um novo ator no que diz respeito ao tema judicialização da política (IOCKEN, 2014). Sobre isso, é importante mencionar a diferenciação existente entre dois fenômenos ligados aos estudos sobre separação de poderes e teoria da decisão, que são a questão da *judicialização* e o *ativismo judicial*. Nesse sentido, conforme Streck (2017, p. 651, nota de rodapé n. 155):

> Embora essa questão perpasse a obra em todos os momentos, é importante lembrar, de todo modo, a diferença entre ativismo e judicialização ou judicialismo: um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).
> [...] Questão complexa, evidentemente, é definir os limites entre ativismo e judicialização.

Nosso enfoque, aqui, embora seja complexo definir os limites entre essas duas concepções, é trabalhar com as contribuições dos estudos sobre judicialização, porque fornece um pressuposto para um melhor esclarecimento sobre as relações entre os Poderes, no caso em tela, a relação dos Tribunais de Contas com os demais Poderes. Nesse sentido, deve ser salientada a conclusão de Teixeira (2014, p. 172), para quem "A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no Direito um caminho para a representação de seus interesses". Nesse sentido, conforme destacado pelo autor (TEIXEIRA, 2014, p. 172):

> Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social, que foi provocado, no caso brasileiro, entre outros fatores, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade.

Conquanto nossa ênfase não seja diretamente sobre o Poder Judiciário, entendemos que os aportes da teoria da judicialização podem ser utilizados no caso do enfrentamento do papel das Cortes de Contas em tomadas de decisão em que há um nível de conteúdo político envolvido. Isso faz sentido quando se leva em consideração o fato de que, conforme Iocken (2014):

> O exercício de competências técnicas e políticas dos Tribunais de Contas, diante de suas novas funções, a de provocação, a de

> comprometimento e a sancionadora, direcionadas à aferição da legitimidade fiscal, alarga o campo e controle, maximizando os efeitos da judicialização da política, agora sob a ótica orçamentária, financeira, patrimonial e contábil.

É nesse cenário que propomos uma análise da atuação dos tribunais de contas a partir de um arcabouço teórico que entendemos consistente e consentâneo com a sua importância e singularidade.

Assim, é importante trazer à baila o fato de que os Tribunais de Contas têm particularidades que evidenciam a justificação do estudo de suas decisões a partir das premissas de uma teoria capaz de dar conta desse objetivo, razão pela qual elegemos uma teoria substancialista para este desiderato. Em que pese essa doutrina ter sido originada de estudos sobre o Poder Judiciário, tem-se que os seus contributos podem servir com acerto para a análise das decisões dos órgãos de controle (Tribunais de Contas). Portanto, cabe demonstrar as características das competências e atuação dos tribunais de contas que atraem, como referencial teórico, os estudos sobre a teoria interpretativista e, sobretudo, apresentar os principais pontos desse referencial como instrumento de abordagem da pesquisa que se pretende realizar.

A instituição Tribunal de Contas surge com a Constituição de 1891, com a ampliação de suas competências sendo sucessivamente relalizada pelas constituições posteriores (SCAFF, F.; SKAFF, L, 2018, p. 1252). Com efeito, a existência dos Tribunais de Contas tem relação com a necessidade de controle do Poder Público, sendo aplicável tanto à União, como aos demais Entes que compõem a federação brasileira (SCAFF, F.; SKAFF, L, 2018, p. 1252).

Sobre as funções desses órgãos de controle, Scaff, F. e Skaff, L (2018, p. 1256) referem:

> 1. Função fiscalizatória, que envolve o levantamento de dados, auditoria, inspeção, monitoramento e o acompanhamento para avaliação de órgãos, programas e cumprimento de deliberações, 2. Função consultiva, 3. Função informativa, 4. Função judicante, 5. Função sancionadora, 6. Função corretiva, 7. Função Normativa, 8. Função de Ouvidoria.

Chama-se a atenção, de acordo com o propósito deste trabalho, para as funções de fiscalização, judicante e sancionadora. Isso porque, por intermédio dessas funções os

tribunais de contas efetuam os serviços de fiscalização; instrumentalizam relatórios técnicos em processos de contas; submentem processos ao crivo de um colegiado com a função judicante e, por fim, são capazes de impor sanções aos responsáveis.

E lembramos, ademais disso, a função opinativa dos tribunais de contas, função essa que aparece com relevo quando a Corte opina (IOCKEN, 2014, 58), por intemédio de Parecer Prévio, acerca das contas do Chefe do Poder Executivo, cabendo o julgamento propriamente dito ao Poder Legislativo, o qual, como já mencionamos, é o titular do Controle Externo (art. 71, I, ca CF[1]).

Ao estudar a diferenças entre as Cortes de Contas de Portugal e Brasil, DINIZ (2014, 268) conclui que:

> Na tessitura do Estado de Direito democrático, então, é possível afirmar que o Tribunal de Contas, no desencadear do processo construtivo do exercício da cidadania, apresenta-se, tanto no Brasil quanto em Portugal, como ator legitimado para fiscalizar e controlar a gestão pública e, consequentemente, garantir a efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, sob a forma de serviços públicos oportunos e de qualidade, como também prestar informações sobre a gestão pública à sociedade.

Portanto, é possível extrair dessas informações que os tribunais de contas tomam decisões com repercussão externa, sobretudo com reflexos nos demais órgãos governamentais. Repercutem, sobremodo, também, nas esferas individuais, tendo-se como pano de fundo os direitos fundamentais.

Com efeito, embora não seja clara acerca da natureza dos tribunais de contas, a Constituição da República dispõe em diferentes artigos elementos que, conjugados, compõem o desenho dessa instituição. Em verdade, definir a natureza dos tribunais de contas, de acordo com os elementos previstos no texto constitucional, parece um pouco como uma atividade de *puzzle*, em que o interprete precisa juntar peças esparsas para construir um significado. Embora não seja a oportunidade para tal abordagem, apenas para registro é importante destacar que a pesquisa acerca da identidade dos tribunais de contas deve levar em conta razões de *path dependende*, tendo em vista sua trajetória desde sua introdução no Direito brasileiro por conta da Constituição de 1891.

---

[1] O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

Cabe salientar, ainda, duas questões relevantes acerca da matéria: Conforme Iocken (2014, p. 52), "[...] mesmo integrando o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não tem por missão desempenhar atividades tipicamente legislativas, uma vez que suas funções estão atreladas à fiscalização da atividade financeira do Estado". Por outro lado, não há concordância quanto à questão acerca do desempenho de atividade jurisdicional pelos tribunais de contas. Inclusive, quanto a este ponto, IOCKEN (2014, p. 54) refere que "Há, ainda, o posicionamento de que a decisão dos Tribunais de Contas caminha numa terceira via, não sendo nem puramente administrativa nem tampouco eminentemente jurisdicional".

Para além do exposto, sobreleva-se a relevância da atividade dos tribunais de contas quando enfrentarão a necessidade de controlar políticas públicas de autoria de outros poderes, especialmente políticas públicas advindas do Poder Executivo. Portanto, uma vez que políticas públicas carregam uma carga imanente de conteúdo eminentemente político, em razão de sua própria natureza, tem-se como inescapável do crivo daquele órgão de controle a verificação de matérias dessa natureza.

No que consta do desenho institucional brasileiro atual, as Cortes de Contas não retiram sua legitimidade diretamente do povo. Em termos democráticos, apenas os Poderes Legislativo e Executivo possuem essa âncora popular (investidura por intermédio de um procedimento eleitoral). Assim, como poderiam os Tribunais de Contas, em suas decisões, adentrar em campo que, a princípio, pertenceriam precipuamente aos Poderes Legislativo e Executivo (?), tendo em vista a constituição democrática por excelência desses Poderes? Isso fica ainda mais evidente em casos afetos a políticas públicas, que traduzem escolhas políticas, fundamentalmente. Logo, é possível perceber que existiriam obstáculos básicos acerca da atuação dos Tribunais de Contas, a destacar: a questão afeta à própria separação de poderes e ao suposto déficit democrático desses Órgãos.

De outra banda, não se pode olvidar que os Tribunais de Contas, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo na função de fiscalizar, exercem uma função primordial no controle sobre os atos de toda a administração pública, e têm competência própria retirada da Constituição da República de 1988 (em especial, art. 70). Sobre a legitimidade de controle de políticas públicas, para citar posicionamento doutrinário, Farlei Martins (2008, p. 97) conclui que:

> A tendência evidenciada pela análise da doutrina e da jurisprudência é a de que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é permitido, inclusive como garantia de legitimidade do poder político, da democracia e do mínimo existencial dos direitos sociais. Entretanto, no exercício do controle, o Poder Judiciário não pode deixar de ponderar, em cada caso concreto, a razoabilidade e proporcionalidade do impacto de suas decisões sobre os orçamentos públicos.

No caso, o autor analisa a legitimidade do Poder Judiciário, o que, *mutatis mutandis*, entendemos, poderia ser aplicado aos Tribunais de Contas. Todavia, mesmo se aceitarmos a legitimidade dos tribunais de contas para a tomada de decisões sobre políticas públicas, cabe uma observação quanto à conclusão do autor sobre o fato de que a decisão deveria ponderar, no caso concreto, acerca da razoabilidade e proporcionalidade do dos reflexos sobre os orçamentos públicos.

De fato, a conclusão referida é propicia para conjecturarmos acerca da natureza dos limites da decisão dos Tribunais de Contas em políticas públicas e, essencialmente, a questão que está relacionada com a discricionariedade/subjetividade da decisão. O objetivo que se pretende, em suma, conforme será melhor detalhado abaixo na parte referente ao referencial teórico, é que a decisão seja sustentada em fundamentação, no sentido de identificar-se formas de fugir da vontade do julgador, buscando-se uma decisão de cunho substantivo. Nesse aspecto, cabe referi o entendimento de Streck (2017, p. 654), quando assevera que:

> A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação.

Entendemos que, aqui, cabe a seguinte consideração. Em regra, o controle exercido pelo poder judiciário sobre políticas públicas diz respeito a demandas específicas levadas à sua análise. A propósito, sobre o assunto referente ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, Brum (2013, pp. 396-397) apresenta um panorama da doutrina brasileira, quando ressalta que:

> Esses autores – e muitos outros– são representativos do que pode ser considerado um novo “senso comum teórico dos

> juristas" no campo do controle judicial de políticas públicas, que aposta no uso – e abuso – dos princípios constitucionais para opor-se, pelo menos na sua específica área de estudo, ao paradigma do positivismo jurídico.

Resta evidenciado no diagnóstico relatado pelo autor, de forma emblemática, o que podemos citar como um equívoco, por parte da doutrina, nessa aposta de aplicação de princípios no intuito de superar os paradigmas das escolas positivistas do Direito. Com efeito, de acordo com Brum (2013, p. 397):

> Os autores do novo senso comum teórico acreditam na forte atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, atuação essa fenomenalizada por meio da interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixam de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da discricionariedade judicial acarretada pela inerente indeterminação do Direito. (grifou-se).

Com fulcro nessa conclusão, pretendemos abordar a matéria a partir do controle de políticas públicas levado a cabo pelas Cortes de Contas, cuja atuação, entendemos, tem uma natureza própria de abordagem, e que permite explorar esse problema do subjetivismo na tomada de decisão. De fato, no caso dos Tribunais de Contas, o controle sobre políticas públicas se desenvolve em uma perspectiva um tanto peculiar, em razão da natureza e das atribuições desse Órgão. Isso significa dizer que o controle realizado por esses tribunais ocorre por intermédio da fiscalização realizada pelo corpo técnico do Órgão sobre a execução de políticas públicas traçadas pelos poderes Executivo e Legislativo (função fiscalizatória dos Tribunais de Contas) e, consequentemente, os resultados dos trabalhos de fiscalização são submetidos ao crivo dos magistrados de Contas, para análise e decisão (decisão judicante dos Tribunais de Contas). Portanto, os Tribunais, nessa perspectiva, podem atuar numa dimensão macro na fiscalização e acompanhamento das políticas públicas. Além disso, cabe ressaltar que a natureza da matéria "políticas públicas" suscita um procedimento diferenciado. Na verdade, as políticas públicas são exercidas a partir de um ciclo de ações que, se admitida a legitimidade dos tribunais de contas para tomar decisões nessa seara, essas decisões passam a integrar esse fluxo de atividades, como o monitoramento das ações do gestor após a decisão do órgão de controle. Isso confere uma gama de elementos que enriquecem o repertório histórico de decisões dessas Cortes administrativas, no sentido

de dotá-las, nesses casos, de matéria prima para a concretização do "Direito como integridade" (Dworkin, 2007), porquanto há fatores relacionados à natureza da atuação dos tribunais de contas em sede de políticas públicas que são favoráveis à tomada de respostas corretas, mormente pela possibilidade de afastamento de decisões discricionárias.

Se isso for realmente verdadeiro, parece ser possível afirmar que as decisões tomadas pelos Tribunais de Contas quanto a políticas públicas possam ser democraticamente sustentadas (no sentido de se tentar minimizar as idiossincrasias decisórias e afastar o subjetivismo e a discricionariedade). Assim, se sob uma perspectiva é possível vislumbrar os Tribunais de Contas como deficitários de legitimidade para o controle de políticas públicas, por outro é possível identificar características de sua atuação que podem ensejar elementos construtores de base democrática capazes de forjar a sua legitimidade no controle sobre esse tipo de matéria. Portanto, essa é a problemática que incita a presente pesquisa. O que queremos chamar a atenção aqui, enfim, é o fato de que a própria natureza das atividades e a composição dos Tribunais de Contas podem ser elementos que interagem de uma forma positiva para a concretização dos aspectos almejados pela teoria substantiva, que busca legitimidade democrática para a decisão.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que os Tribunais de Contas têm adquirido musculatura e envergadura nas últimas décadas – e aqui cabe o destaque para o seu papel de controle de políticas públicas (que se expressa, em última instância, em um ato político - uma escolha) -, torna-se relevante o questionamento acerca da extensão e dos próprios limites dessa atuação. Mas a verificação dos possíveis limites deve ser considerada sob a perspectiva da própria fundamentação acerca da existência dos Tribunais de Contas, que tem nos ideais do republicanismo sua âncora e, também, a sua bússola.

3. Sobre os aportes da doutrina interpretativista para o entendimento da atuação dos tribunais de contas

Com certeza, Dworkin é um pensador do Direito que podemos considerar como um pós-positivista, porquanto assume a impossibilidade de separação entre Direito e Moral, tese essa defendida, em regra, pelos teóricos do positivismo jurídico (STRECK, 2017, p. 180). O problema é que é possível encontrar, nas várias escolas que compõem o que se entende por Direito Positivo (talvez por quererem alcançar uma autonomia do Direito), o negligenciamento da questão principal que diz respeito à decisão, abrindo a possibilidade e, de fato, admitindo a utilização da discricionariedade do julgador quando o Direito não for suficiente para dar a resposta ao caso concreto (STRECK, 2017).

Nessa perspectiva, Dworkin (2014) propõe uma teoria interpretativista, considerando o Direito como um sistema íntegro e coerente. A tese do filósofo americano, portanto, objetiva escapar da explicação insuficiente dada pelo positivismo jurídico e, ao conferir um critério interpretativo do Direito, busca afastar a discricionariedade e a subjetividade no exercício da decisão. Streck (2017: pp. 214-215) explica com clareza a diferença entre positivistas e não-positivistas no que tange à divisão Direito e Moral, e a sua relação com a discricionariedade na decisão:

> É possível dizer que o modo principal de identificar o positivismo em suas diferenças para com o pós-positivismo ou não positivismo é o modo como se lida com a discricionariedade. Com efeito, para Tomasz Gizbert-Studnicki e Tomasz Pietrzykowski a diferença básica entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo está no modo que se reconhece a relação entre Direito e moralidade – sobretudo nos conceitos jurídicos gerais, vagos e/ou imprecisos -, e nas consequências práticas desta percepção. Deste modo, aduzem que os positivistas acreditam que conceitos tais como boa-fé, políticas públicas ou princípios de cooperação social têm uma textura aberta. Por isso o juiz goza de uma reconhecida discricionariedade para decidir os casos. No âmbito da discricionariedade judicial, qualquer resposta adotada pelo juiz estará de acordo com o Direito [...].
>
> [...] Já os não positivistas acreditam que o Direito, ao fazer referência aos critérios morais, efetivamente acreditam que estão incorporando esses critérios ao Direito. Uma decisão judicial que viole estes critérios não se considera apenas como injusta, senão como antijurídica.

Note-se que as referidas diferenças entre positivistas e pós-positivistas constitui ainda hoje um campo rico de debates acerca do entendimento do que, ao fim e ao cabo, é o Direito. As críticas dworkinianas são diretamente apontadas contra o positivismo jurídico em virtude de que, na visão do jusfilósofo americano, não há uma explicação adequada do fenômeno jurídico. Conforme o autor (Dworkin, 2010, 36):

> Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Nesse viés, calha referir que a percepção do Direito a partir de uma perspectiva interpretativa, que busca eliminar, ou ao menos esmorecer a subjetividade da decisão, mostra-se proficiente para uma conclusão mais rica sobre a atuação das Cortes de contas. Sobre o exposto, a visão do "Direito como integridade" defendida por Dworkin, nos estudos dos tribunais de contas, parece adequar-se relativamente bem, visto a natureza das funções destes tribunais administrativos. Com efeito, as Cortes de Contas são capazes de agregar um histórico de decisões bastante peculiar, dada a natureza dos temas de que trata e, sobretudo, em razão do seu campo de ação, que pode ser bem delimitado, vez que os jurisdicionados (órgãos controlados), salvo específicas exceções, são previamente conhecidos e se repetem ao longo do tempo. Portanto, a matéria-prima com que lidam os Tribunais de Contas permite um acúmulo de conhecimentos que servirão para decisões posteriores, não raro para os mesmos jurisdicionados (órgãos controlados). Essa característica parece dialogar bem com o fenômeno que Dworkin (2014) denomina de "força gravitacional", respeitante à característica de os juízes julgarem dando importância às decisões passadas.

Nessa visão, cabe lembrar que Dworkin entende o Direito como algo íntegro, e que os julgadores devem levar em conta o histórico de decisões anteriores para buscarem formular boas decisões, naquela perspectiva de Direito e moralidade juntos. Consoante Macedo Junior (2017):

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

Ora, a atuação das Cortes de Contas, em razão das características apresentadas, sobretudo quando se leva em considerações sobre políticas píblicas, mostra-se como um objeto rico de estudo, por isso a importância de se estabelecer um manancial teórico

adequado e capaz que constituir subsídios para seu melhor entendimento. Com efeito, os Tribunais de Contas, devido às suas competências, estrutura, funcionamento, jurisdicionados, enfim, em razão desse conjunto de elementos, amealham um *savoir-faire* sobre a matéria com a qual trabalham, o que, entendemos, pode ser favorável ao que Leal (2007, p. 165) destaca, ao falar sobre a tese de Dworkin, no sentido de que "O razonamento jurídico, na sua compreensão, invoca e utiliza princípios que os Tribunais desenvolvem lentamente, mediante um amplo processo de argumentação e de criação de precedentes".

De fato, a abordagem Dworkiniana, por ser mais larga, mais abrangente, enseja esses elementos de completude acerca do fenômeno Direito, porquanto, "Nesse caminho teórico percorrido pelo autor, para evidenciar as insuficiências dos modelos apontados é desenvolvida uma complexa teoria da justiça, na qual o Direito e a Moral se encontram necessariamente entrelaçados" (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 88).

Cabe aqui mencionar a alteração ocorrida na LINDB recentemente, referente à necessidade de serem previstas as consequências da decisão[2], no sentido de afastar indeterminações. A específica previsão legal referida estabelece que "[...] *não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*".

Todavia, a despeito de referida modificação ter como justificativa a necessidade de fundamentação e um certo limite quanto ao uso de valores abstratos na decisão, temos que a leitura do dispositivo deve ser realizada com parcimônia, a fim de identificar se estão mesmo asseguradas as balizas para frear o subjetivismo das decisões. Nessa perspectiva, exemplificativamente, Oliveira, O. (2018, p. 47) asserta que:

> Não é razoável admitir que cada julgador, seja na esfera controladora ou judicial, faça sua avaliação subjetiva e pessoal sobre quais seriam as melhores consequências práticas para cada caso concreto, o que certamente provocaria enorme insegurança jurídica.

[2] De acordo com o *caput* do agora artigo 20 da LINDB, com a alteração realizada, ficou estabelecido que: *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*.

Conforme o autor citado (OLIVEIRA, O., p. 47), “Na atual quadra, seria um retrocesso admitir o uso da discricionariedade do julgador, seja o de contas ou o judicial, para decidir de acordo com as consequências práticas que lhe aprouvesse ou, pior, segundo a pauta do governo da ocasião”. Em conclusão, ainda segundo Oliveira, O. (2018, p. 47), isso “[...] implicaria jogar no lixo, sem cerimônias, a própria Constituição Federal e toda a deferência que, após longos anos de luta o Constituinte Originário teve a oportunidade de aplicar em relação aos direitos fundamentais e à força normativa dos princípios que, conforme defendido por Ronald Dworkin, são importantes instrumentos para a integridade do Direito”.

É claro que se mostra necessário barrar o uso indiscriminado de princípios para a fundamentação das decisões, princípios que parecem saídos de uma linha de montagem e que se prestam a sustentar opiniões as mais diversas. É nesse diapasão a crítica de Streck (2017, 149) quando refere o fenômeno do “pamprincipiologismo”, segundo o qual “O Direito fui inundado por uma produção de *standards* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei”. Nesse sentido, prossegue o autor (STRECK, 2017, 149), “Um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a ‘força’ de derrotar o Direito posto, sem que o intérprete lance mão da jurisdição constitucional”.

Portanto, a modificação na legislação referida não pode, à guisa de querer extirpar a indeterminação da decisão (e com isso afastar subjetivismos judiciais), trazer à baila um remédio que pode igualmente conter efeitos colaterais, porquanto a simples previsão de que sejam consideradas as consequências da decisão, por si só não garante a discricionariedade do julgador. Por isso a importância de se trabalhar com um arcabouço teórico consistente, de fundo, que pode lançar limites mais fortes para a indeterminação das decisões.

4. Conclusão

O Estado amealha recursos da sociedade encontrando legitimidade no compromisso de devolver serviços, seja por meio da educação, segurança, saúde, justiça entre outros. Sobre a administração dos recursos públicos que transitam nas instituições

públicas cabe a sua fiscalização pelos Órgãos de Controle, incluindo-se, entre eles, com guarida constitucional, os tribunais de contas.

O papel institucional dos tribunais de contas no controle da administração pública busca dar concretização ao princípio republicano, valendo-se de todas as competências que a constituição lhe assegura nesse sentido. Note-se, a propósito, atualmente, um fortalecimento na atuação dos órgãos de controle e, o que se mostra mais importante, a atuação não apenas em critérios burocráticos de acompanhamento de gestão, com controles contábeis, patrimoniais e financeiros, mas em questões respeitante à qualidade no investimento dos gastos públicos, por intermédio de auditorias operacionais, que buscam avaliar programas, políticas públicas, a partir de critérios que possam ser aferidos os níveis de efetividade na atuação da administração pública.

Nesse sentido, não se pode esquecer que a estrutura dos tribunais de contas contém instâncias de decisão, com julgamento de processos na típica função judicante desses órgãos de controle. É sob essa perspectiva que se mostra possível e interessante introduzir a teoria do "Direito como integridade", a fim de se buscar uma teoria que pode lançar uma melhor luz sobre o que fazem os tribunais de contas, como decidem os seus membros.

Afinal, as decisões tomadas pelos tribunais de contas têm impacto no Direito de uma comunidade, seja direta e indiretamente. Entendemos, assim, que conceitos importantes da doutrina construída por Dworkin sobre "regras", "princípios" e "políticas" podem ajudar a compreender melhor a atuação dessa importante instituição que tem a competência de fiscalizar a administração pública, mas que não se resume mais a uma fiscalização de conferência burocrática, e que pode, inclusive, induzir a modificação de ações estatais que tenham repercussão mais profunda no cenário de decisões públicas.

O que se disse fica ainda mais evidente quando elencamos o papel dessas Cortes no controle das políticas públicas.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **O Controle Externo dos Contratos da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**: Ensaio sobre o Momento da Fiscalização Financeira Adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44574/35166>. Acesso em: 23 mar. 2019. doi:https://doi.org/10.22456/2317-8558.44574.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de: Nelson Boeira.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de: Jeferson Luiz Carmargo.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Políticas públicas: o controle do tribunal de contas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. 142 p.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin - Teórico do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade:** fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014. 238 p.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle**. In: PINTO, Élida Graziane et al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. In: CANOTILHO, j.j. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP). P. 1252-1254.

STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, L.L. ***Verdade e Consenso***. 6.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA. Anderson Vichinkeski. **As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil** (em coautoria com Isadora Ferreira Neves), Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Vol. 21, 2014, p. 169-185.