



ATIVISMO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: REFLEXÕES SOBRE OS ALEGADOS EXCESSOS DO CONTROLE EXTERNO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Activism in Courts of Accounts: considerations about the alleged excesses of external control from the Constitution's perspective

Ricardo Schneider Rodrigues

Pós-Doutorando em Controle Externo e Novas Tecnologias pela EACH/USP e doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL e professor do PPGD do Centro Universitário Cesmac. Vice-Presidente do IDAA e procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.

E-mail: prof.ricardo.schneider@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0856-4161>

RESUMO

Neste trabalho, foram analisados os aspectos centrais de duas das principais críticas comumente direcionadas aos Tribunais de Contas: o emprego dos controles de legitimidade e de economicidade, e a realização do controle de constitucionalidade. Objetivou-se verificar se os óbices apontados pela parcela da doutrina crítica ao controle externo procedem e se ocorre um “ativismo de contas” em sentido negativo, em razão da extrapolação indevida das atribuições constitucionais dessas Cortes. Na análise, foi adotado o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, observou-se que as críticas não se sustentam, sendo inadequado qualificar como “ativistas” tribunais que não ampliam a sua atuação para além do que o próprio texto constitucional permite, concluindo-se que as Cortes de Contas devem obediência às escolhas do Constituinte de 1988, que buscou conferir ao controle externo meios para uma atuação mais efetiva, para além do legalismo e do formalismo tão criticados anteriormente.

Palavras-chave: tribunais de contas; competências; ativismo de contas.

ABSTRACT

In this work, the central aspects of two of the main criticisms commonly directed to the Courts of Accounts will be analyzed: the use of legitimacy and economy controls, and the implementation



of constitutionality control. The objective is to analyze whether the obstacles pointed out by the critical doctrine to external control proceed and there is an «account activism» in a negative sense, due to the undue extrapolation of the constitutional attributions of these Courts. In the analysis, the deductive method was adopted, based on bibliographic and documental research. In conclusion, it is observed that the criticisms do not hold up, being inappropriate to qualify as “activists” Courts that do not expand their activities beyond what the constitutional text itself allows. The Courts of Accounts owes obedience to the choices made by the 1988 Constituent Assembly, which sought to give external control the means for more effective action, beyond the legalism and formalism so criticized previously.

Keywords: courts of accounts; administrative jurisdiction; account activism.

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os Tribunais de Contas (TCs) vêm sendo objeto de questionamentos por parcela da doutrina, notadamente aquela marcada por uma visão restritiva das atribuições a eles conferidas pelo Constituinte. É possível vislumbrar um verdadeiro movimento crítico, que busca revisitar diversas atribuições do controle externo, algumas tradicionais até, conferindo-lhes uma releitura “constitucional” limitadora.

Esse movimento defende, por exemplo, a limitação das hipóteses de controle de legitimidade e de economicidade (ROSILHO, 2016, p. 156-159), não aceita o controle difuso de constitucionalidade, nos termos da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal (PALMA, 2018; MOREIRA, 2019; BARBOSA, 2019), nega a possibilidade de serem emitidos provimentos de natureza cautelar (JORDÃO, 2020; SUNDFELD; CÂMARA, 2011), atribui aos órgãos de controle, em grande medida, a responsabilidade pela ineficiência da Administração Pública, que se sentiria podada para atuar e inovar – fenômeno identificado por slogans criativos, como “apagão das canetas”, “crise da ineficiência pelo controle” ou “Direito Administrativo do Medo” –, entre várias outras críticas (MARQUES NETO; PALMA, 2017; GUIMARÃES, 2016; NIEBUHR, 2017; BRAGA, 2019; GABRIEL, 2019).

Tais censuras sugerem a existência de um “ativismo de contas” em sentido negativo, na acepção de uma extrapolção indevida das atribuições constitucionais dessas Cortes, em detrimento da separação de funções estabelecida na própria Constituição¹.

1 A expressão “ativismo de contas” é utilizada por Castro (2015, p. 240-242) em sentido diverso. Para o autor, “o que se quer dizer é que não se pode acusar uma Corte de Contas ativista de violar a separação dos poderes pelo fato de esta Corte de Contas exercer as competências que lhe foram atribuídas pela própria Constituição”. Para Barroso (2014, p. 247), tal expressão não seria necessariamente negativa, pois “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”. No texto, utiliza-se a expressão “ativismo” no sentido crítico, comumente empregado por aqueles que defendem uma maior autocontenção, seja do Poder Judiciário, seja dos próprios Tribunais de Contas. Sobre a temática, cf. RAMOS, 2015; GROSTEIN, 2019; BARROSO, 2012; CAMPOS, 2014; LIMA, 2014.



Neste trabalho, foram analisados os aspectos centrais de duas das referidas críticas: primeiro, a relacionada ao uso dos controles de legitimidade e de economicidade, e, em seguida, a referente à possibilidade de controle de constitucionalidade pelos TCs. O objetivo é avaliar se os óbices apontados pela doutrina crítica ao controle encontram amparo no texto constitucional.

Na análise, foi adotado o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, apresentando-se, em linhas gerais, a concepção de Tribunal de Contas adotada pelo Constituinte de 1988. Foi realizada a análise do texto constitucional, da legislação aplicável ao TCU, da doutrina e de decisões de Tribunais de Contas acerca do tema.

Inicialmente, a investigação recaiu sobre a conformação jurídica dos Tribunais de Contas a partir da Constituição de 1988, pela análise de sua evolução histórica nas constituições anteriores, bem como no tocante à visão da doutrina em relação à atuação dessas Cortes nesse período. Em seguida, analisaram-se separadamente as duas críticas ao controle externo citadas, apresentando-se, em cada seção, os principais óbices levantados pela doutrina restritiva e a análise da (im)procedência dos argumentos à luz da Constituição: primeiramente, a crítica quanto ao escopo de atuação e aos parâmetros de controle, e depois, a crítica ao controle difuso de constitucionalidade. Ao final, foram apresentadas as conclusões relativas ao estudo.

2. O TRIBUNAL DE CONTAS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 representa um marco na evolução da formatação jurídica conferida aos Tribunais de Contas ao longo do período republicano. Nascido após o término da monarquia, por iniciativa de Rui Barbosa, então ministro da Fazenda, o Tribunal de Contas foi criado no Brasil em 7 de novembro de 1890, pelo Decreto nº 966-A. Seguiu o modelo de Tribunal de Contas italiano, que tinha como vantagem a possibilidade de prevenir pagamentos ilegais e arbitrários, pela sistemática do controle prévio, em vez de se limitar a proceder ao controle posterior (BARBOSA, 1934, p. 432-441; BARBOSA, 1949, p. 361-387; BARBOSA, 199, p. 258).²

Logo em nossa primeira Constituição Republicana, em 1891, o Tribunal de Contas passa a ter previsão constitucional, jamais deixando de figurar em norma de tal estatura em nosso ordenamento jurídico. Devidamente analisados todos os textos constitucionais, é possível afirmar que essa instituição foi progressivamente fortalecida desde a sua efetiva instalação, em 1892, até alcançar o ápice em 1988 (RODRIGUES, 2014, p. 45-46; RODRIGUES, 2018, p. 654-657).

Nas palavras de Gualazzi (1992, p. 173), “[...] nunca os Tribunais de Contas Brasileiros dispuseram de competências constitucionais tão amplas e incisivas, para desempenho de sua missão, inclusive com listagem taxativa de competências no texto constitucional”.³ O autor assinala, com razão, que “em relação à Constituição anterior, a atual Constituição do Brasil, de

² Sobre o modelo italiano, cf. também DAL POZZO, 2010, p. 64-66.

³ Neste sentido, ainda, cf. SILVA, 2000, p. 727; ROSILHO, 2016, p. 150, nota de rodapé 291; SPECK, 2000, p. 208.



1988, apresenta notável evolução, no sentido de fortalecer e dignificar, jurídica e politicamente, a atividade de controle externo, concentrando-a nos Tribunais de Contas [...]”.

O modelo de composição dos Tribunais foi substancialmente modificado. As indicações de seus membros, antes monopolizadas pelo chefe do Poder Executivo, passaram a ser compartilhadas, em sua maioria, com o Poder Legislativo, numa tentativa de democratização do acesso ao controle externo. Embora na prática outros problemas tenham surgido – como a politização negativa dos Tribunais de Contas –, é preciso reconhecer um avanço.

Além disso, houve uma busca pela superação das críticas tradicionalmente direcionadas aos Tribunais de Contas, pela adoção de um controle de cunho formal e legalista, de baixa efetividade (NÓBREGA, 2009, p. 346-347; CARVALHO; RODRIGUES, 2018, p. 225-248; FURTADO, 2014, p. 552; BASTOS, 2002, p. 150).

Fagundes (2013, p. 100-101, grifo nosso), em 26 de outubro de 1955, por ocasião de conferência realizada no Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, já alertava:

O contrôle de contas, como hoje se exerce, **é puramente formal**, o que vale dizer, **nada significa em relação à legitimidade e moralidade** da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta **apenas no coonestamento** de tudo quanto se faz. Por maior que seja o desvêlo da sua procuradoria e dos seus ministros, **não logra** o Tribunal de Contas **proclamar desonestidades** nos gastos públicos, conhecidas notôriamente. Os grandes negócios duvidosos escapam às suas possibilidades de atuação. Na teia do seu contrôle se **embaraçam apenas, pela exigência de certas formalidades, pequenos casos individuais**. É que a sua jurisdição, tal como delineada, **não lhe dá possibilidades de ser um órgão na verdade eficaz [...]**. A jurisdição do Tribunal de Contas e o rito do seu funcionamento **exigem reforma urgente e ampla**, capaz de retirar ao contrôle financeiro o sentido de **mera formalidade**. Valeria a pena, talvez, conferir ao Tribunal, embora com reservas, **o exame da moralidade dos contratos da Administração**, admitido recurso para o Congresso das decisões denegatórias de registro. **O atual contrôle, adstrito à legalidade**, leva êsse órgão a homologar contratos, cuja **falta de lisura é manifesta**, mas cuja exterioridade se afigura regular. É preciso que, de permeio com negócio prejudicial ao interêsse da Fazenda, surja algum **êrro de forma** para que se chegue à recusa do registro. Dever-se-ia permitir à Côrte a determinação de diligências, in loco, a fim de verificar o exato emprego das dotações para obras públicas, quando dúvidas fossem argúidas quanto à utilização efetiva dos créditos orçamentários. O Tribunal teria então elementos para pilhar a malversação de dinheiro, fácil de ocorrer na construção de obras de vulto [...].

O Constituinte inseriu no *caput* do art. 70 da Constituição, como parâmetros para a atuação do controle externo, além da habitual legalidade, presente nas Constituições anteriores, a economicidade e a legitimidade. Como bem destaca Freitas (2009, p. 128), o princípio da



legitimidade “serve de chamamento adicional aos controladores para que não se cinjam à legalidade tímida e timorata, em que pese a relação entre os princípios”.

Cabe aos Tribunais de Contas exercer o controle externo (art. 71, *caput* CR), auxiliando o Parlamento. É perceptível a intenção de redesenhar a forma de atuação dessas Cortes, pela transição de um controle pautado apenas pela legalidade (estrita), para um controle mais amplo de economicidade e de legitimidade. Para Freitas (2009, p. 128-129), a legitimidade no sentido de observância de princípios equivaleria à juridicidade; ele defende um alcance ainda maior desse princípio, que exigiria do controle o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, vedando o escudo do exacerbado formalismo.

Nessa linha ainda, de mudança de perfil institucional, houve a ampliação do escopo das auditorias a cargo dos TCs. Antes de 1988, havia previsão constitucional apenas de auditorias financeiras e orçamentárias. Com a nova Constituição, ampliou-se o leque para as auditorias contábeis, patrimoniais e, de forma mais significativa para a mudança do papel do controle, operacionais. Assim, das anteriores auditorias de conformidade ou de legalidade, passou-se a ter a possibilidade de auditorias operacionais, que priorizam os valores da eficiência e da efetividade em relação aos da economicidade e da regularidade – legalidade (POLLITT, 2008, p. 286-287).

A constatação do fortalecimento institucional dos Tribunais de Contas no Brasil não pode ser desprezada por ocasião da interpretação de suas atribuições. É preciso reconhecer e respeitar a decisão soberana do Constituinte de 1988 no sentido de sacramentar um modelo de controle externo diferente daquele que caracterizava o cenário constitucional anterior. Não se está a propor, todavia, uma expansão para além dos limites que o próprio texto constitucional assegurou, senão a observância ao modelo eleito em 1988 e, até o presente momento, preservado integralmente.

Portanto, conferir ao texto constitucional uma interpretação restritiva, com o intuito de conter a atividade dos Tribunais de Contas nos mesmos moldes vigentes no regime constitucional pretérito, é desprezar o intento manifesto do Constituinte de mudar a realidade do controle externo do Brasil, por meio da superação de um papel meramente decorativo e formalista, em prol de maior efetividade da relevante atividade de fiscalização que exerce sobre a Administração Pública. É sob essa perspectiva que são analisadas as críticas direcionadas aos Tribunais de Contas pela doutrina que defende a contenção de suas competências constitucionais.

3. A CRÍTICA QUANTO AO ESCOPO DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: RESTRIÇÃO DO USO DOS PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE E DE ECONOMICIDADE

Parcela da doutrina, marcada por uma visão mais restritiva da atuação do controle externo, sustenta que alguns dos parâmetros gerais de controle previstos no art. 70, *caput*, da Constituição não seriam compatíveis com certas competências estabelecidas no art. 71 do texto constitucional. Nessa perspectiva de atuação do controle externo, o julgamento pela



irregularidade das contas (art. 71, inc. II, CR) estaria limitado aos casos de expressa violação à lei (legalidade estrita), a negar a viabilidade de rejeição com fundamento nos parâmetros de economicidade e de legitimidade, estabelecidos expressamente no *caput* do art. 70 da Constituição (ROSILHO, 2016, p. 156-159).

Cumpra avaliar se seria mesmo possível vedar, a partir do texto constitucional, a aplicação, pelos TCs, dos parâmetros gerais de controle previstos no *caput* do art. 70 da Constituição (legalidade, legitimidade e economicidade), sem alguma previsão expressa nesse sentido. A prevalecer o entendimento mais restritivo, diante de contas que demonstrem uma atuação manifestamente antieconômica ou ilegítima, mas que atendam aos ditames de uma legalidade estrita (formal), não caberia aos órgãos de controle externo exercer um juízo de reprovação.

Ocorre que, quando o Constituinte quis definir um parâmetro específico a ser utilizado para o exercício de determinada atribuição, como nos casos do controle (apenas) de legalidade em relação ao registro de atos (art. 71, inc. III, CR) e para assinar prazo para o cumprimento da lei (art. 71, inc. IX, CR), o fez de forma clara e inequívoca. Não parece constitucional, portanto, afastar da competência de emissão de parecer prévio e de julgamento (art. 71, inc. I e II, CR) os parâmetros gerais de legitimidade e de economicidade, embora seu uso, nesses casos, mereça um cuidado maior.

Não cabe ao intérprete reduzir o alcance dos parâmetros gerais de controle atribuídos ao controle externo, exercido pelos Tribunais de Contas, nos casos em que não há limitação prevista na Constituição. Tal compreensão vai de encontro à intenção do Constituinte de fortalecer e mudar a forma de atuação de tais Cortes, conforme destacado anteriormente. Seria tornar letra morta o texto expresso da Constituição e negar aos TCs a possibilidade de superação do passado de atuação meramente formalista e de baixíssima efetividade.

Nesse sentido, merece registro a lição de Juarez Freitas (2009, p. 72), ao destacar que “[...] a legalidade é valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional”. Desta forma, não há razões para conferir a esse parâmetro de controle um diferencial em relação aos princípios da economicidade e da legitimidade, quando a própria Constituição os equipara no *caput* do seu art. 70.

Diversos autores corroboram esse entendimento quanto à possibilidade de o julgamento de contas pelos Tribunais de Contas poder contemplar um juízo de economicidade e/ou legitimidade (MOREIRA NETO, 2001, p. 18; TORRES, 1994, p. 271; FREITAS, 2009, p. 128-130; BASTOS, 2002, p. 150-151; BARCELLOS, 2018, p. 312; FURTADO, 2014, p. 557; BUGARIN, 2011, p. 184; FERNANDES, 2008, p. 167; FERNANDES, 2012, p. 28, 211, 217; FURTADO, 2007, p. 1.096-1.099). Não se pode defender, portanto, que há uma vedação *a priori* no tocante ao uso de tais parâmetros gerais de controle pelos Tribunais de Contas, ressalvados apenas os casos em que o próprio texto constitucional limitou a atuação ao controle de legalidade (art. 71, inc. III e IX, CR).

Certamente, ao se valer de parâmetros mais abertos, é necessária uma cautela maior por parte dos Tribunais de Contas. Nesse sentido, as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) corroboram a



possibilidade de tais Cortes decidirem com base em valores jurídicos abstratos, sendo-lhes apenas exigido um ônus argumentativo maior.

Em outros termos, o legislador reconheceu implicitamente a possibilidade de as esferas controladoras decidirem com base em valores jurídicos abstratos, ao estipular como tais decisões devem estar adequadamente fundamentadas. Para tanto, passou a exigir que os órgãos de controle levassem em consideração as consequências práticas da decisão (art. 20, *caput*, LINDB), e observassem as sub-regras da proporcionalidade (adequação e necessidade), quando se tratasse da imposição de medida ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa (art. 20, parágrafo único, LINDB). Além disso, impôs a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas decorrentes da decisão, nos casos de invalidade (art. 21, *caput*, LINDB), e passou a exigir, ao menos, a demonstração de erro grosseiro para fins de responsabilização do agente público por decisões ou opiniões técnicas (art. 28, LINDB).

O propósito de tais alterações era concretizar o ideal de segurança jurídica no âmbito da Administração Pública, estabelecendo critérios mais rígidos para a atuação da esfera controladora e assegurando maior tolerância ao erro, fruto da concepção de que falhas de menor gravidade não devem ensejar a responsabilização dos agentes públicos, por serem ínsitas ao processo de desenvolvimento institucional.

Importante destacar que parcela da doutrina alerta para os riscos de um controle disfuncional, o qual pode ensejar problemas como a paralisia decisória, a fuga à responsabilidade ou o autocerceamento da inovação e do experimentalismo institucional (GUIMARÃES, 2016; SANTOS, 2020, p. 121-157; DIONISIO, 2019, p. 104-118). Não obstante, tais aspectos são mitigados ao se impor um ônus argumentativo diferenciado também para fins de responsabilização do gestor público, dada a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou erro grosseiro. Nesse sentido, há trabalhos voltados à densificação do conteúdo semântico de “erro grosseiro” (OLIVEIRA, 2018) e à criação de parâmetros mais precisos quanto à tolerabilidade ao erro na Administração Pública (DIONISIO, 2019, p. 133-156).

Como destacam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Freitas (2019, p. 32-42), com a LINDB pretendeu-se impedir o uso de conceitos vagos, em especial pelos controladores, em substituição às competências da Administração Pública, sem a contrapartida da assunção dos ônus inerentes a quem gere a coisa pública. São normas vocacionadas a assegurar maior deferência à capacidade institucional da Administração Pública. Daí a necessidade de a esfera controladora assumir um ônus argumentativo diferenciado quando faz uso de normas de conteúdo mais aberto. Com efeito (RODRIGUES, 2021b, p. 325):

É dizer, não há um empecilho, a priori, ao uso da legitimidade ou da economicidade como padrão de controle, mas apenas ao seu uso como forma de intromissão indevida nos desígnios da administração pública, legitimada primeiro para as escolhas públicas, sem embargo de o controle ser realizado a partir de uma fundamentação substancial e restrita nos casos de manifesta ilegitimidade ou antieconomicidade.



Destarte, tem razão Paulo Nogueira da Costa (2014, p. 225), a partir da experiência portuguesa, ao afirmar que “uma compreensão restrita da legalidade financeira contribui, em larga medida, para ‘desarmar’ os Tribunais de Contas na luta que, nos termos constitucionais, devem travar contra a má utilização dos recursos públicos”.

É preciso ter deferência para com as escolhas adotadas pela Administração Pública, em especial quando devidamente planejadas e motivadas, dentro da margem de discricionariedade que lhes conferem a Constituição e as leis, sem renunciar ao papel que os órgãos de controle devem desempenhar⁴. Tampouco cabe aos órgãos de controle externo personificar a figura de um revisor geral da Administração, tal como uma instância decisória última das escolhas públicas, porquanto não se lhes afigura constitucionalmente adequado recusar os meios assegurados na Constituição como instrumentos imprescindíveis a uma fiscalização mais efetiva.

4. A CRÍTICA QUANTO AO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Outra crítica comumente direcionada aos Tribunais de Contas concerne ao controle de constitucionalidade realizado eventualmente por ocasião do exercício de suas atribuições. Em linhas gerais, é apontada a impossibilidade de se abarcar, no âmbito da apreciação da legalidade dos atos administrativos submetidos a controle, a apreciação de sua compatibilidade com a Constituição, pois isso representaria a usurpação de competência exclusiva do Poder Judiciário, violando, assim, o princípio da separação de poderes (PALMA, 2018; MOREIRA, 2019; BARBOSA, 2019).

No Supremo Tribunal Federal (STF), já houve debate acerca da revisão do disposto na Súmula nº 347 da Corte, segundo a qual o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (RODRIGUES, 2021a).

A prevalecer o entendimento refratário à referida súmula, os Tribunais de Contas ficariam vinculados integralmente ao disposto em leis estaduais e municipais, ainda que manifestamente inconstitucionais, e não mais à própria Constituição, vulnerando os princípios da supremacia e da força normativa da Constituição. Cumpre lembrar que esses órgãos de controle não são legitimados para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade com o objetivo de afastar tais normas do ordenamento.

Ainda que não integrem o Poder Judiciário, não se pode obstar aos Tribunais de Contas a possibilidade de avaliarem a compatibilidade dos atos que fiscalizam com o texto constitucional. Não seria absurdo, em sede de controle difuso de constitucionalidade – isto é, no caso concreto e sem efeitos *erga omnes* –, o Tribunal negar registro a ato de aposentadoria fundamentado em lei municipal manifestamente inconstitucional, porquanto previa benefício em total descompasso com os critérios sacramentados na Lei Maior. Na

4 Acerca da temática da deferência para com as escolhas públicas na perspectiva judicial, cf. VALLE; MASSET, 2019, p. 402-425.



mesma trilha, é razoável admitir que compete à Corte julgar gastos irregulares oriundos de contrato fruto de licitação realizada em manifesta desconformidade com as normas gerais da Lei de Licitações, em especial quando comprometem a publicidade e a isonomia do certame, ainda que lei local evidentemente inconstitucional ampare a sua realização dessa forma.

Juarez Freitas (2010) defende que o controle de constitucionalidade tem amplo alcance, abrangendo não apenas o Poder Judiciário. Para o autor, o art. 23, inc. I, da Constituição, ao prever que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm a competência comum de zelar pela guarda da Constituição, estabelece que todos os Poderes do Estado devem realizar uma tutela sistêmica da constitucionalidade, inclusive de ofício, no sentido da promoção do reconhecimento da eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública. Para Barroso (2017, p. 92), o Judiciário detém a primazia de conferir a interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição.

Analisada a temática a partir da Constituição, percebe-se que o modelo adotado em 1988 propiciou a ampliação do controle de legalidade, para abarcar também o controle de legitimidade e de economicidade (art. 70, *caput*, CR). Conforme demonstrado anteriormente, o objetivo do Constituinte consistiu em fortalecer e tornar mais efetivo o controle externo da Administração Pública. Pontes de Miranda (1973, p. 249), à luz da Constituição de 1967/1969, com fundamento na competência de julgamento atribuída à Corte à época e prevista, também, na Constituição atual, já defendia a possibilidade de o Tribunal de Contas interpretar a Constituição definitivamente e julgar a constitucionalidade de leis, regulamentos e atos do Poder Executivo. Com maior razão, à luz do texto atual, deve-se admitir que tal atribuição restou preservada.

É o que defende Ricardo Lobo Torres (1993, p. 36; 1994, p. 266-267), ao assentar que o controle incidental de inconstitucionalidade de leis e atos administrativos estaria ao alcance das Cortes de Contas como decorrência do controle de legalidade e, de forma mais evidente após 1988, por força do controle de legitimidade a elas atribuído. Nesta trilha, outros autores também defendem a possibilidade de se extrair, a partir dos parâmetros de legalidade e de legitimidade, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade previsto na Súmula nº 347 do STF (FURTADO, 2007, p. 1097; GARCIA; ALVES, 2013, p. 232; FURTADO, 2014, p. 552).

Ao analisar a constitucionalidade da referida Súmula, Odilon Cavallari de Oliveira e Sandro Lúcio Dezan (2023) concluem que os Tribunais de Contas, órgãos de estatura constitucional, podem, no exercício de suas atribuições, recusar a aplicação, no caso concreto, de lei considerada inconstitucional, independentemente de haver ou não jurisprudência do STF acerca do tema, por força do princípio da supremacia da Constituição.

Essa proposta também é a mais consentânea com a noção de juridicidade, amplamente consagrada no âmbito do Direito Administrativo (RODRIGUES, 2021a). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 2; 2011, p. 48) defendia que, como forma de superar a limitação imposta por uma legalidade reduzida a mera produção legislativa, haveria a necessidade de se alcançar uma composição mais ampla de valores, consubstanciada na noção de juridicidade.



Gustavo Binenbojm (2008, p. 125-194, 311-312) assinala: “passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei”. Andreas Krell (2013, p. 76) defende que todo e qualquer ato administrativo, inclusive os atos administrativos discricionários, deve ser controlado não somente por sua legalidade, mas também por sua juridicidade.

Destarte, não se mostra condizente com a perspectiva de um Direito Administrativo pautado pela juridicidade que os órgãos de controle fiquem alheios à Constituição, para colocar em primeiro plano a lei, ainda que manifestamente inconstitucional, por ocasião do exercício de suas atribuições constitucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas direcionadas aos Tribunais de Contas não decorrem de forma expressa do texto constitucional, porém de uma particular leitura de seus enunciados. Não podem ser qualificados como “ativistas” tribunais que não extrapolam os limites de sua atuação para além do que o próprio texto constitucional concede. Por certo, os Tribunais de Contas depois de 1988 passaram a exercer suas funções de forma mais ampla do que ocorria sob os regimes constitucionais anteriores. Isso não é ativismo, senão obediência às escolhas do Constituinte de 1988, que buscou conferir ao controle externo meios para uma atuação mais efetiva, para além do legalismo e do formalismo tão criticados anteriormente.

É inegável que não cabe aos Tribunais de Contas, a pretexto de exercerem o controle externo da Administração Pública, substituir qualquer decisão legítima dos atores constitucionalmente competentes, a partir de critérios eminentemente subjetivos. É necessário adotar uma postura deferente em relação às escolhas públicas adotadas de forma planejada e adequadamente motivada. Não obstante, nos limites permitidos pelo texto constitucional, o controle pode e deve ser exercido, até mesmo a partir dos parâmetros de legitimidade e de economicidade, ao lado da tradicional legalidade, sem descurar da necessidade de adotar padrões claros e objetivos, a fim de não aumentar a insegurança jurídica que caracteriza nosso tão vasto ordenamento jurídico.

Tal perspectiva alcança até a possibilidade de os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições constitucionais, exercerem, no caso concreto, um juízo de constitucionalidade sobre as normas aplicadas pelo gestor público ao produzir atos e processos administrativos, submetidos ao exame da Corte. Afinal, dar prevalência à lei manifestamente inconstitucional, indevidamente invocada para dar sustentáculo ao exercício da função administrativa, corresponderia a negar a força normativa da Constituição. Obviamente, tal atividade jamais poderá equivaler ao controle abstrato de constitucionalidade, reservado ao Judiciário, posto que limitada ao exercício do controle de legalidade (juridicidade) no caso concreto, o qual não pode ser retirado do alcance dos órgãos de controle.

Fechar a porta para o exercício de atribuições imprescindíveis ao exercício do controle de forma efetiva, com base numa leitura particular da Constituição, não parece a melhor saída. Deve-se, sim, atentar para que essas atribuições sejam exercidas de modo adequado, pois, caso



contrário, poderão dar margem a desvios significativos, impactando negativamente a separação de funções estabelecida pelo Constituinte.

Para tanto, as exigências estabelecidas pela LINDB, a partir da Lei nº 13.655/2018, regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, trazem enorme contribuição, uma vez que exigem um ônus argumentativo maior por parte dos órgãos de controle e, por conseguinte, permitem um escrutínio aprofundado sobre o exercício de suas atividades.

Deve-se ter em mente que a Constituição de 1988 veio romper o paradigma histórico de um controle externo tradicionalmente formalista e ineficaz. Não se pode esquecer as críticas e os apelos de Fagundes em relação ao papel desempenhado pelos Tribunais de Contas antes de 1988, para que não se precise, logo adiante, reinvocar suas lições.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: relatório do Ministro da Fazenda. Vol. XVIII. 1891. t. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949.

BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. Vol. VI. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934.

BARBOSA, Tales Schmidke. **O controle administrativo de constitucionalidade**. Jota, São Paulo, 21 dez. 2019. Seção Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-administrativo-de-constitucionalidade-21122019>. Acesso em: 20 out. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 18 maio 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.



BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRAGA, André de Castro O. P. O 'conforto espiritual' do TCU. **Jota**, São Paulo, 17 abr. 2019. Seção Controle Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-e-publico/o-conforto-espiritual-do-tcu-17042019>. Acesso em: 20 out. 2020.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar., 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. **"Ativismo de Contas"**: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015.

COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. 2012. 601f. Tese (doutorado em Direito), Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. 2019. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**: processo e procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun., 2010.



FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FURTADO, Lucas. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABRIEL, Yasser. Responsabilização do gestor de boa-fé no TCU. **Jota**, São Paulo, 26 jun. 2019. Seção Controle Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/responsabilizacao-do-gestor-de-boa-fe-no-tcu-26062019>. Acesso em: 20 out. 2020.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Grupo Almedina, 2019.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista de Direito do Estado**, vol. 1, n. 71, Colunistas, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 8 mar. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU? **Jota**, São Paulo, 2 jan. 2020. Seção Controle Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020>. Acesso em: 20 out. 2020.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.



MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. t. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula 473: é hora de dizer adeus. **Jota**, São Paulo, 1 out. 2019. Seção Publicistas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019>. Acesso em: 20 out. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar., 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração Pública do Medo. **Jota**, São Paulo, 9 nov. 2017. Seção Administração Pública. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 20 out. 2020

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de; DEZAN, Sandro Lúcio. Afinal, é constitucional a Súmula 347 do STF sobre controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas? **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, XXIX Congresso Nacional, v. 8, n. 2, p. 60-80, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/9284/pdf>. Acesso em: 8 mar. 2023.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de Oliveira. O que é o erro grosseiro da LINDB? **Jota**, 14 out. 2018. Seção Artigo. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-o-erro-grosseiro-da-lindb-14102018>. Acesso em: 8 mar. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Órgãos de controle podem afastar leis inconstitucionais? **Jota**, São Paulo, 6 fev. 2018. Seção TCU. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/orgaos-de-controle-podem-afastar-leis-inconstitucionais-06022018>. Acesso em: 20 out. 2020.

POLLITT, Christopher et al. **Desempenho ou Legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 123, p. 615-654, 2021a. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/937>. Acesso em: 17 jan. 2023.



RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em Educação**: fundamentos para uma atuação forte. Belo Horizonte: Fórum, 2021b.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Os Tribunais de Contas em Xequê: as críticas ao controle externo realmente decorrem da Constituição? **Jota**, São Paulo, 17 jan. 2020. Seção Administração Pública. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tribunais-de-contas-em-xequê-17012020>. Acesso em: 17 jan. 2020.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, ano 4, n. 6, p. 651-688, 2018.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas**. Maceió: Viva, 2014.

ROSILHO, André Janjacomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago., 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar., 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, out./dez., 1993.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. **Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais**. 1. ed., v. 1. Curitiba: Íthala, 2019. p. 402-425.

Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

