



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
MESTRADO PROFISSIONAL EM PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

THAISSE CRAVEIRO DE SOUZA OLIVEIRA

**CARGOS PÚBLICOS E O CONTROLE QUE COMPETE AOS TRIBUNAIS DE
CONTAS EM FACE DO EQUILÍBRIO FISCAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

FORTALEZA – CEARÁ

2019

THAISSE CRAVEIRO DE SOUZA OLIVEIRA

CARGOS PÚBLICOS E O CONTROLE QUE COMPETE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS
EM FACE DO EQUILÍBRIO FISCAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Planejamento e Políticas Públicas. Área de Concentração: Planejamento e Políticas Públicas

Orientadora: Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

FORTALEZA – CEARÁ

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Estadual do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Souza, Thaisse Craveiro de.

Cargos públicos e o controle que compete aos Tribunais de Contas em face do equilíbrio fiscal e da segurança jurídica [recurso eletrônico] / Thaisse Craveiro de Souza. - 2019.

111 f.

Dissertação (MESTRADO PROFISSIONAL) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Curso de Mestrado Profissional Em Planejamento E Politicas Públicas - Profissional, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof.^a Dra. Maria Lirida Calou de Araujo E Mendonca.

1. Políticas Públicas. 2. Controle. 3. Controle Externo. 4. Cargos Públicos. 5. Segurança Jurídica. 6. Equilíbrio Fiscal. 7. Democracia. 8. Tribunais de Contas.. I. Título.

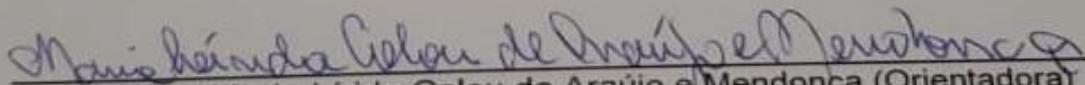
THAISSE CRAVEIRO DE SOUZA OLIVEIRA

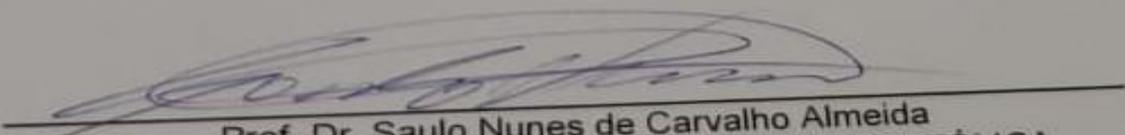
CARGOS PÚBLICOS E O CONTROLE QUE COMPETE AOS TRIBUNAIS DE
CONTAS EM FACE DO EQUILÍBRIO FISCAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA

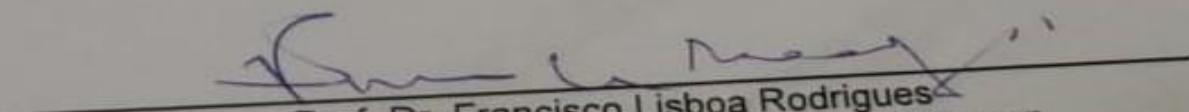
Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Planejamento e Políticas Públicas. Área de concentração: Planejamento e Políticas Públicas.

Aprovada em: 30/09/2019

BANCA EXAMINADORA


Prof.^a Dr.^a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (Orientadora)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR


Prof. Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida
Centro Universitário Católica de Quixadá - UNICATÓLICA


Prof. Dr. Francisco Lisboa Rodrigues
Faculdade de Tecnologia do Nordeste - FATENE

Ao meu pai, que há exatos 10 anos deixou o plano terreno, dedico como uma singela homenagem saudosa, carregada de vibrações de carinho. Sei que esta conquista o felicita!

AGRADECIMENTOS

A Deus, por simplesmente tudo!

À minha família, em especial ao meu marido Bruno, meus pais Telma e José Maria (*in memorian*), minha irmã Tatiana, meus sogros Gilberto e Gracy, meus cunhados, cunhadas e sobrinhos, por todo o amor, incentivo, suporte, paciência e torcida, elementos indispensáveis para cada conquista.

Aos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, tanto aqueles fisicamente distantes, os quais agradeço nas pessoas de Ismar Viana, Lucieni Pereira, Gominho Rosa e Matheus Lacerda, quanto os meus colegas de TCE/CE, referenciados nas pessoas de Valéria Diniz, João Ricardo, Nathiane Celedônio e Juliana Segundo. Gratidão pela parceria, pelo convívio e pelo exemplo que muito me inspiram e ensinam sobre os Tribunais de Contas e sobre a vida.

À Profa. Dra. Lírida Calou, minha orientadora, pela paciência, leveza, acolhimento e ensinamentos.

Aos membros da banca, Prof. Dr. Saulo Nunes e Prof. Dr. Francisco Lisboa, pelas relevantes contribuições dadas ao trabalho.

Aos colegas-amigos Philippe, Beth, Vera, Quitéria, Carol, Cléris e Giuliano, nas pessoas de quem agradeço a todos da turma 15 do Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas (MPPPP), parceiros “na alegria e na tristeza”, cujos conhecimentos e experiências compartilhados me oportunizaram novas perspectivas voltadas à vida real e aos desafios das “Políticas Públicas na prática”.

Gratidão à minhas pessoas, dádivas na caminhada.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 instituiu um extenso rol de Direitos Fundamentais a ser perseguido pelo Estado Brasileiro, traduzindo um ideal de Estado Social que orienta a definição das Políticas Públicas num ambiente de federalismo cooperativo, cujas funções estatais devem ser exercidas no âmbito das esferas de competências constitucionalmente definidas para cada ente e instituição que o integra, que têm no ordenamento jurídico os norteadores e limitadores para o seu exercício, e que demanda arrecadação de meios para seu financiamento, impondo o dever de prestação de contas desses meios, a serem controlados pela sociedade e por instituições públicas incumbidas do exercício deste controle. No Brasil, ao definir o modelo “Tribunais de Contas”, a CRFB/1988 outorgou diretamente a essas instituições autônomas as competências de controle externo da Administração Pública, que devem ser regularmente exercidas. Tendo em vista que o funcionalismo público é essencial para o funcionamento do Estado, visto que são os agentes públicos que materializam, de fato, as funções estatais, e considerando que o gasto com pessoal ativo e inativo representa significativa parcela da receita pública, em alguns entes ultrapassando, inclusive, o limite definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, esta pesquisa exploratória se propõe a relacionar os cargos públicos com a atividade financeira do Estado e qual a extensão da competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas nesse contexto, sem perder de vistas o princípio da segregação de funções estatais. Partindo do exame da estruturação orgânica do Estado definida pela CRFB/1988, dos direitos fundamentais, notadamente à segurança jurídica e à boa administração pública, e do regular funcionamento dos Tribunais de Contas, tendo em vista aspectos constitucionais e fiscais relacionados aos cargos públicos, as competências dos Tribunais de Contas quanto à matéria não se limitam a registros de atos de pessoal, mas alcançam aspectos legitimidade e regularidade da despesa, cuja importância e representatividade podem impactar na higidez fiscal e na sustentabilidade das políticas públicas, bem como na credibilidade e na segurança jurídica que deve pautar a relação funcional da Administração com os agentes públicos, e a relação controladora dos Tribunais de Contas com os agentes jurisdicionados e com a sociedade.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Controle. Controle Externo. Cargos Públicos. Segurança Jurídica; Equilíbrio Fiscal. Democracia. Tribunais de Contas.

ABSTRACT

The Brazilian 1988 Federal Constitution instituted a long list of Fundamental Rights to be persecuted by the Brazilian State, as an ideal of social state, which should be a guide to the public policies on a cooperative federalism environment, whose state functions must be exercised within the scope of competences constitutionally defined for each integrated entity and institution. They should find on the legal order the guides and limiters for its exercise, requesting the collection of funds for its financing, imposing the duty of accountability for these means to be controlled by society and by public institutions, which are responsible for exercising this management. In Brazil, by defining the Courts of Accounts model, the CRFB/1988 directly granted these autonomous institutions powers of external control over the Public Administration, which must be regularly exercised. Bearing in mind that the civil service is essential for the State functioning, since the public agents are the ones who actually materialize the state functions, and considering that spending on active and inactive personnel represents a significant portion of public revenue, some entities even exceeding the limit defined by the Fiscal Responsibility Law, this exploratory research proposes to relate public positions and State's financial activity, looking for the extent of the auditing competence of the Courts of Auditors, without losing sight of the principle of State functions segregation. Analyzing the organic structure of the State defined by the CRFB/1988, of fundamental rights, notably to legal security and good public administration, and the regular functioning of the Courts of Auditors, observing constitutional and fiscal aspects related to public office, the Courts of Auditors competences on the matter are not limited to records of personnel acts, but they achieve aspects of legitimacy and regularity of expenditure, whose importance and representativeness may impact fiscal healthiness and the sustainability of public policies, as well as the credibility and legal certainty that should guide the functional relationship of the Administration with public agents and the controlling relationship of the Courts of Auditors with jurisdictional agents and the society.

Keywords: Public policy. Control. External Control. Public Office. Legal Security. Fiscal Balance; Democracy. Courts of Auditors.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANTC	Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil
ATRICON	Associação Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EC	Emenda Constitucional
EFS	Entidade Fiscalizadora Superior
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PJ	Poder Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAG	Termo de Ajustamento de Gestão
TCU	Tribunal de Contas da União
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas dos Municípios

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS FUNÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO.....	18
2.1	Considerações sobre direitos fundamentais e políticas públicas	19
2.2	Função de controle e a atividade financeira do estado.....	22
2.3	Direito fundamental à boa administração pública.....	27
2.4	Controle Externo e Tribunais de Contas na Constituição Federal de 1988...	32
2.4.1	Configuração institucional dos Tribunais de Contas na Constituição Federal de 1988	33
2.4.2	Competências dos agentes controladores no âmbito dos Processos de Controle Externo.....	38
3	CARGOS PÚBLICOS E A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO.....	46
3.1	Cargo, emprego e função pública.....	47
3.2	Definição e atributos dos cargos públicos.....	50
3.2.1	Cargo em comissão e função de confiança.....	55
3.2.2	Considerações sobre transformação de cargos públicos.....	59
3.3	Exigências para a criação e alteração em cargos públicos – adequação financeira e fiscal.....	64
4	DO CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM MATÉRIA DE CARGOS PÚBLICOS.....	69
4.1	Controle sobre atos de admissão e concessão de aposentadoria	71
4.2	Do controle sobre alterações jurídicas operadas durante a trajetória profissional do agente público.....	81
4.2.1	Transformações no cargo público e ocupações indevidas – controle sobre aspectos materiais.....	82
4.2.2	Criação de cargos públicos e transformações que criem ou incrementem despesas obrigatórias de caráter continuado – controle sobre a exequibilidade das leis.....	87
4.3	Súmula 347 e o controle de constitucionalidade incidental.....	90
4.4	A fiscalização das contratações e a instrumentalização de ações de improbidade.....	94
5	CONCLUSÃO.....	98
	REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

O gerenciamento das finanças públicas representa um iniludível desafio. Dentre inúmeras razões que poderiam ser mencionadas, sobressai o fato de que a atividade financeira do Estado não se presta à mera sustentação de uma estrutura burocrática, mas volta-se a assegurar direitos sociais e individuais, ideais de bem-estar, igualdade e dignidade que a Constituição Federal de 1988 traçou para o Estado Democrático Brasileiro.

Esses ideais devem ser viabilizados mediante a união de entes autônomos, nos termos da Constituição, reunidos em torno de um pacto federativo, definido¹ como o “conjunto de dispositivos constitucionais que configuram a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados”.

Assim, as estratégias de atuação estatal devem estar alicerçadas na persecução dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, que as orientam e se traduzem na forma de Políticas Públicas, implementadas num ambiente de federalismo cooperativo, ou seja, no âmbito das respectivas esferas de competências constitucionalmente definidas para cada ente e instituição que o integra, visto que, como toda atuação estatal no contexto de um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico, a um só tempo, orienta e limita seu exercício, além de definir meios arrecadados da coletividade para seu financiamento.

Segundo Speck (2018), sendo os direitos fundamentais, ao mesmo tempo, condição de existência e fim de um Estado Democrático de Direito, são eles as pautas diretas que orientam a atuação pública e privada, sobretudo em período de instabilidades. Ocorre que os recursos públicos são limitados diante das copiosas demandas sociais, impondo que sua aplicação seja otimizada e orientada aos interesses da coletividade, e que o resultado dessas decisões/gerenciamento seja demonstrado, a fim de conquistar e preservar a confiança dos detentores do poder e mantenedores do aparato estatal, conferindo legitimidade a essa relação, consubstanciado no dever constitucional de prestar contas insculpido no art. 70, parágrafo único, da Lei Maior.

Tomando os ensinamentos do professor Heleno Torres (2014, p. 150/151), toda atividade advinda da competência financeira também impõe a existência de uma estrutura de controles, visto que o papel de um Estado Democrático vai além das funções político-legislativa e administrativa, que define, escolhe, gerencia e implementa políticas públicas, não se esgotando, portanto, no ato normativo ou administrativo que cumpre a decisão política de

¹<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>

escolha, cuja permissão ou obrigação se origina na Constituição, “que alimita segundo procedimentos, controles e finalidades a serem alcançadas”.

É que as tarefas e responsabilidades foram distribuídas entre órgãos, poderes e entes federados visando a alcançar os propósitos do Estado, inclusive quanto aos meios necessários para sua realização, de modo cooperativo e complementar, o que referido autor chama de “funções de integração e organização”, mediante divisão que está adstrita aos controles e limitações inerentes ao modelo republicano e que coloca a sociedade no centro dessa relação.

A Lei Maior que rege a República, portanto, organizou o Estado, distribuiu os papéis e limitou as atuações, traçando estruturas voltadas atender aquilo que os interesses da coletividade impõem para o alcance dos Direitos Fundamentais, os quais materializam o rol de prioridades definido para orientar as ações estatais, e cuja concretização, por óbvio, demanda a submissão a normas e o emprego de recurso proporcionalmente à demanda alusiva aos direitos que se busca efetivar.

Essa atividade financeira do Estado deve, assim, ser controlada pela sociedade e pelas instituições públicas cujas funções voltam-se ao exercício desse controle, e, para tanto, a Constituição também traçou uma estrutura de controle externo da Administração Pública – que, portanto, não integra o objeto controlado –, no modelo Tribunal de Contas, cuja fiscalização imparcial é premissa da atuação da própria Administração no contexto da República, “*chave-mestra* para a realidade de um Estado forte, promotor do cidadão” (FRANÇA, 2016).

Ensina Viana (2019) que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não trazer expressamente como direito fundamental, o controle é ínsito ao Estado Democrático de Direito, na medida em que se constitui instrumento limitador do próprio poder estatal, servindo como meio idôneo para evitar que abusos venham a ser cometidos em detrimento da regular atuação da Administração Pública, conclusão essa que se extrai do próprio art. 5º, §2º² da CRFB/88, de cujo teor se infere que o Legislador Constituinte não optou por um rol taxativo de direitos fundamentais.

O autor conclui que, sendo o cidadão detentor do direito fundamental a um efetivo sistema de controle, o regular funcionamento dos Tribunais de Contas deve ser considerado um direito fundamental implícito, na medida em que sua atuação na função de controle

²§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

externo da Administração Pública impacta no atendimento das demandas do cidadão, mantenedor e destinatário da atuação estatal (VIANA, 2018, p. 23).

Toda essa discussão se atrela ao dever de prestar contas, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, ínsito ao estado democrático e imposto a todos os que manejam recursos da coletividade. Registre-se que o dever de prestar de contas não trata somente de demonstrar como se deu formalmente a aplicação/gerenciamento dos recursos, mas que eles foram bem aplicados, sob uma ótica também de legitimidade.

A estruturação do Estado definida a partir da Constituição Federal de 1988 será o ponto de partida da abordagem do presente trabalho: o panorama intentado pela Lei Maior, sob os aspectos de financiamento e funcionamento, as funções públicas que definiu materialmente e dividiu entre órgãos integrantes da estrutura estatal, a competência para desempenhá-las dentro dos contornos previstos e, por fim, fragmentadas e atribuídas legalmente a cargos ou funções públicas, ocupados por agentes públicos que neles estejam regularmente investidos, na forma da lei, e como se dá o controle dessas ocupações pelos Tribunais de Contas, sob quais perspectivas.

No ano 2000, foram estabelecidas normas gerais de finanças públicas³ por meio da publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar n° 101/2000, editada com fundamento nos arts. 163, incisos I a IV, e 169 da Constituição Federal de 1988. Ao definir regras voltadas ao equilíbrio fiscal para todas as esferas de governo, a LRF atribuiu aos Tribunais de Contas relevante papel no alcance dos objetivos por ela definidos, inclusive quanto aos limites de despesa com pessoal, ampliando, assim, suas competências por introduzir novas hipóteses para reprovação de contas e aplicação de sanções.

Ocorre, contudo, que a eficácia desses objetivos pode encontrar entraves na medida em que a implementação, a operacionalização e a interpretação da LRF e normas associadas são descentralizadas e assimétricas, em cada um dos mais de trinta Tribunais de Contas estaduais e municipais no Brasil (NUNES; MARCELINO; SILVA, 2019).

Assim, sem olvidar das sucessivas crises e dificuldades enfrentadas ao longo da história da nossa República em matéria de finanças e economia, o fato é que, nos últimos anos, o assunto “crise fiscal” ganhou espaço na mídia e no discurso dos gestores públicos.

³Art. 1°Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1o A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Esse panorama se revelou bastante evidente mais precisamente no contexto das discussões em torno do Regime de Recuperação Fiscal, aprovado pela Lei Complementar 159/2017, criado pela União para fornecer instrumentos para o ajuste de contas dos Estados com grave desequilíbrio financeiro; no cenário que envolveu o período eleitoral de 2018, quando os então chefes de poderes executivos tentavam sustentar a aparência de um cenário de equilíbrio fiscal; e agora ao longo 2019, quando governadores eleitos assumiram os mandatos e descortinaram situações financeiras e fiscais alarmantes, pelo que teceram severas críticas não só aos seus antecessores, mas também aos Tribunais de Contas, tendo em vista as competências de controle externo outorgadas a essas instituições, guardiãs da higidez das contas públicas.

De uma maneira geral, a crise fiscal agravou a crise de legitimidade nas instituições públicas, resvalando na confiança que a sociedade deve ter no Estado e que deve ser por ele tutelada. No período, não foram raros os casos de atrasos nos pagamentos de folhas de salários do funcionalismo público em diversos entes federados⁴, que deixaram de honrar tempestivamente com suas obrigações legais relacionadas à contraprestação pecuniária pelos serviços tomados dos servidores públicos, definida como despesa obrigatória de caráter continuado para o ente, nos termos do art. 17 da LRF.

Nesse ínterim, a mídia noticiou atrasos nos pagamentos dos salários nos estados do Rio de Janeiro⁵, com constantes atrasos e parcelamentos entre 2016 e 2018; Rio Grande do Norte⁶, que foi intimado pelo Tribunal de Justiça a realizar os pagamentos acrescidos de juros e correção monetária; Minas Gerais⁷, que vem atrasando e pagando os salários de forma parcelada; Goiás⁸, que começou a atrasar salários de 2018 e ainda possui pendências de pagamento para algumas categorias; e Rio Grande do Sul⁹, cujos servidores chegam a amargar 3 anos e meio de atrasos e parcelamentos¹⁰, chegando o estado a ser condenado em

⁴<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/cem-dias-apos-posse-estados-em-crise-parcelam-salarios-e-paralisam-obras.shtml>.

⁵<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/11/funcionarios-de-10-unidades-de-saude-do-rio-estao-com-salarios-atrasados.ghtml>

⁶<https://agorarn.com.br/cidades/governo-do-rn-vai-ter-que-pagar-salarios-atrasados-com-juros-e-correcao-monetaria/>

⁷<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/08/01/governo-de-minas-atrasa-parcela-de-salario-de-servidores-mais-uma-vez.ghtml>

⁸<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/01/18/apos-reuniao-governo-de-goias-e-servidores-seguem-sem-acordo-para-pagamento-do-salario-de-dezembro.ghtml>

⁹<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/08/servidores-do-rio-grande-do-sul-sofrem-com-atraso-de-pagamentos.ghtml>

¹⁰<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/08/servidores-do-rio-grande-do-sul-sofrem-com-atraso-de-pagamentos.ghtml>

1,2 mil processos por danos morais em decorrência do atraso de salários, com indenizações individuais em torno de 3 mil reais cada, suspensos por força de recurso da PGE.

No estado do Ceará, ainda em 2017, um levantamento feito pela Associação dos Municípios do Ceará – APRECE revelou dados posteriormente veiculados na imprensa¹¹ acerca da crise financeira nas Prefeituras do Estado no segundo semestre daquele ano: 45% delas não estavam conseguindo pagar servidores em dia, 50% estavam atrasando folha de profissionais contratados e 75% estavam em débito com fornecedores.

Sabe-se que funcionalismo público é essencial para o exercício das competências do Estado, por serem os agentes públicos os responsáveis pelo desempenho das atribuições que concretizam funções estatais, materializam a prestação de serviços públicos, traçam, implementam e executam as políticas públicas. Assim, não se pode olvidar que, naturalmente, o gasto com pessoal ativo e inativo demande significativa parcela da receita pública, com tendência de crescimento para os próximos anos, conforme dados contidos na publicação intitulada “Exposição da União à Insolvência dos Entes Subnacionais”, apresentada pela Secretaria do Tesouro Nacional, em 2018, que analisou o comportamento das despesas com pessoal por estado entre os anos de 2005 e 2016.

Referida publicação destaca que a tendência de crescimento do comprometimento da receita dos estados com pessoal tende a prejudicar o funcionamento dos serviços básicos dos governos estaduais, pressionando os recursos para as demais despesas relacionadas à execução de políticas públicas (que envolvem gastos com mão-de-obra de terceiros, investimentos, material de consumo, entre outros).

Outrossim, registre-se a dificuldade de reduzir despesas com pessoal após constituídos os direitos que lhes respaldam, tanto na atividade quanto na inatividade, de modo que a preocupação com a regularidade e legitimidade dessas despesas é medida que se impõe, de sorte a não prejudicar os demais investimentos e obrigações legais do ente, dentre as quais, inclusive, a de honrar compromissos jurídicos legítimos firmados com seus agentes públicos, inerentes à contraprestação pecuniária pelos serviços prestados, correspondente aos direitos a que fazem jus enquanto ativos, inativos e que ainda podem ensejar a instituição de pensões, os quais dependem de respaldo financeiro e legal aptos a conferirem segurança jurídica à relação.

Essas duas perspectivas nortearão o desenvolvimento do presente trabalho acadêmico, quais sejam, de um lado, o equilíbrio fiscal, e, do outro, a segurança jurídica,

¹¹<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/regiao/prefeituras-50-tem-atraso-salarial-1.1840088>

voltando-se a pesquisa a examinar qual o papel dos Tribunais de Contas neste contexto, quanto à fiscalização de aspectos afetos à regularidade da criação ocupação e alteração em regimes jurídicos que importem em aumento de vantagens e transformações de cargos públicos, e, conseqüentemente, na relação jurídica mantida com os agentes públicos.

Em outras palavras, a presente pesquisa irá investigar, com esteio nas competências constitucionalmente outorgadas aos Tribunais de Contas, o alcance do controle que pode ser exercido pelos Tribunais de Contas em matéria de cargos públicos, para além daquela expressamente prevista no inciso III do art. 71 da CRFB/1988 – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões –, embora essa competência também seja abordada neste trabalho, tendo em vista o que se busca concretizar.

É de se ressaltar que o legislador constituinte originário, ao tratar dos registros de atos de admissão de pessoal “a qualquer título”, não deixou dúvida de que referida competência não se restringe ao primeiro provimento, confiando aos Tribunais de Contas também uma atuação em face de possíveis provimentos derivados, ilegítimos, tal qual a ascensão funcional, a partir de atos legais ou infralegais que devem resultar em novo ato de admissão.

Diante do rol de competências controladoras elencadas nos incisos do art. 71 da CRFB/88, os Tribunais de Contas restringirem sua atuação a registros de primeiro provimento e concessão de aposentadoria acarreta um verdadeiro vácuo fiscalizatório na vida funcional do agente, com reflexo até na sua própria segurança jurídica, pois ele pode vir a ser surpreendido com a negativa do registro do ato de sua passagem pra inatividade em razão de algum acontecimento ilegítimo/irregular promovido nesse ínterim, que se prolongou ao longo do tempo e poderia ter sido evitado/corrigido mediante atuação tempestiva nos casos concretos. Situações assim impactam, inclusive, no equilíbrio fiscal das contas públicas, problematização que se busca compatibilizar a partir de uma análise das competências atribuídas a essas instituições de controle externo da Administração Pública, inclusive aquelas previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando a doutrina e a jurisprudência correlatas.

Pelo exposto, reitere-se que um dos fatores que impulsionou a realização deste trabalho foi a possibilidade de se operarem, na prática, profundas alterações durante a vida funcional do agente – e o foco aqui são aqueles com vínculo estatutário –, cujas leis podem acarretar despesas lesivas aos cofres públicos pela inobservância dos preceitos constitucionais e das condições estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Buscar-se-á aferir o papel dos Tribunais de Contas quanto ao controle dessas despesas, para além da competência para apreciar atos de admissão e aposentadoria (art. 71, III, CRFB/1988) e do acompanhamento dos limites de despesa com pessoal (art. 59, §1º, II e §2º da LRF), com vistas a contribuir com o equilíbrio fiscal, a segurança jurídica e a boa gestão pública.

O primeiro capítulo abordará o referencial teórico relacionado à estruturação do Estado Democrático Brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, contextualizado as funções do Estado para o alcance dos objetivos traçados pela Lei Maior, notadamente quanto ao rol de direitos fundamentais, a lógica da atividade financeira do Estado para viabilizar as Políticas Públicas, o papel dos Tribunais de Contas para a democracia brasileira, considerando as competências de controle externo da Administração Pública que lhes foram constitucionalmente outorgadas e sua configuração institucional definida viabilizar funcionamento regular e efetivo no alcance do seu mister de proteger as finanças públicas e a probidade na gestão fiscal, sem descuidar das garantias processuais dos que estão sujeitos ao controle pelo Tribunal de Contas.

Também com lastro na Constituição Federal de 1988, o segundo capítulo apresentará aspectos conceituais acerca dos cargos, empregos e funções públicos integrantes da estrutura estatal para o desempenho das atividades incumbidas aos órgãos e entidades do Estado. Considerando o objeto desta pesquisa acadêmica, a lógica traçada pela CRFB/1988 para a investidura e ocupação dos cargos públicos, os limites constitucionais para transformação de cargos e as condições para a geração de despesas com pessoal, contextualizando o impacto da despesa com o funcionalismo público na atividade financeira do Estado, durante os períodos de atividade e a inatividade do agente público, buscando elucidar a importância da matéria para a saúde das finanças públicas

Considerando o escopo desta pesquisa, o principal foco volta-se aos cargos públicos efetivos, que representam para o Estado despesas obrigatórias de caráter continuado.

A parte final do trabalho, consignada no capítulo 3º, busca referenciar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, para aprofundar como têm sido executadas as competências dos Tribunais de Contas quanto ao controle em matéria de cargos públicos, colacionando doutrina especializada e decisões com intuito de aferir o alcance e os limites para a efetivação das suas competências.

Tentar-se-á demonstrar que a competência dos Tribunais de Contas, que podem fazer controle de legitimidade, não se limita a apreciar atos de admissão – embora o alcance

dessa expressão seja amplo – e concessão de aposentadoria, ou acompanhar montantes de despesa total com pessoal para fins de apuração quantitativa dos limites, com vistas à higidez das contas públicas e sustentabilidade das políticas públicas, primando pela segurança jurídica na relação da Administração com os agentes públicos, e dos Tribunais de Contas com os agentes jurisdicionados.

Importa ressaltar que o presente trabalho não tem intenção de esgotar o assunto ou propor manuais de qualquer sorte para procedimentalizar trabalhos de fiscalização, mas sim de explorar a matéria e sistematizar provocações que possam ser capazes de induzir reflexões que venham a contribuir com uma maior efetividade no controle da atividade financeira do Estado e de legitimidade em matéria de cargos públicos, mediante o desempenho da função de controle externo da Administração Pública conferida aos Tribunais de Contas no Estado Democrático Brasileiro, guardiães de bens e valores públicos, da responsabilidade na gestão fiscal, indutores de aperfeiçoamento na gestão pública, com relevante potencial contributivo na persecução de direitos fundamentais.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS FUNÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, representa o grande marco brasileiro para a cidadania e para os direitos humanos, pois, pela primeira vez na nossa história, a sociedade pôde participar diretamente do debate e da elaboração da Lei Maior que rege a República, em processo de formulação que indicou significativa ruptura com o tradicional autoritarismo, vigente até então, partindo para um compromisso com ideais de bem-estar, igualdade e dignidade.

Dentre os fundamentos da nossa República democrática, insculpidos no art. 1º da Constituição¹², estão a cidadania e a dignidade da pessoa humana, elementos centrais da atuação estatal, devidamente reforçados nos objetivos fundamentais¹³, de cuja leitura é possível extrair que nossa República se assenta em torno da busca por uma sociedade justa, igualitária, com a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, em síntese, a ser viabilizada pelo Estado em uma estrutura construída mediante a união de entes autônomos, nos termos da Constituição, reunidos em torno de um pacto federativo, definido¹⁴ como o “conjunto de dispositivos constitucionais que configuram a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados”.

O rol de direitos de direitos fundamentais definido pela Lei Maior da República traduz as prioridades do Estado, a serem viabilizadas mediante Políticas Públicas, conforme definido mais adiante, impondo a existência de recursos em extensão proporcional, a serem gerenciados na persecução destes objetivos que se intenta alcançar, caracterizando a atividade financeira do Estado, que deve ser gerenciada e controlada com vistas à sustentabilidade fiscal e ao sucesso do federalismo cooperativo. Sobre o tema, Torres (2014) assim se manifesta:

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴ <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>

A partir dos “fins” constitucionais do Estado, surge a demanda da Constituição pelos “meios” para sua concretização. Nesse particular, a atividade financeira do Estado confirma-se como aquele meio permanente e controlável por parte da decisão política, segundo as limitações da Constituição, para a permanente construção do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2014, p. 87).

Este capítulo se ocupa de abordar referencial teórico relacionado à estruturação do Estado Democrático Brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, contextualizado as funções do Estado para o alcance dos objetivos traçados pela Lei Maior, notadamente quanto ao rol de direitos fundamentais, a lógica da atividade financeira do Estado para viabilizar as Políticas Públicas, o papel dos Tribunais de Contas para a democracia brasileira, considerando as competências de controle externo da Administração Pública que lhes foram constitucionalmente outorgadas e sua configuração institucional, definida viabilizar seu funcionamento de forma regular e efetiva no alcance do seu mister de proteger as finanças públicas e a probidade na gestão fiscal sem descuidar das garantias processuais das partes controladas.

2.1 Considerações sobre direitos fundamentais e políticas públicas

Passados mais de 30 anos da promulgação do marco da democracia brasileira, fato é que a prestação de serviços públicos ainda está aquém das expectativas e necessidades, e as políticas públicas, que têm por objetivo, direta ou indiretamente, perseguir a concretização de direitos fundamentais, ainda não respondem com eficiência as inúmeras demandas sociais, o que gera um sentimento de descrédito dos cidadãos nas instituições democráticas, embora apóiem à democracia (MOISÉS, 2005). Essa desconfiança agrava em um contexto de problemas fiscais, gerando clima de insatisfação social para com a máquina pública, eis que os cidadãos sentem que não recebem serviços públicos e políticas condizentes com a carga tributária que lhes é cobrada com vistas a manter o aparato estatal.

Em 2018, um estudo desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação calculou o *índice de retorno de bem-estar à sociedade* (IRBES), comparando dados de 2015 dos 30 países com a maior carga tributária e os respectivos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH). O estudo revelou que o Brasil é o que proporciona pior retorno desses recursos¹⁵. O Canadá, o Reino Unido e a Nova Zelândia, por exemplo, cuja carga tributária proporcional ao Produto Interno Bruto (PIB) se assemelha ao Brasil, figuram

¹⁵<https://ibpt.com.br/estudo-sobre-carga-tributaria-pib-x-idh-calculo-do-irbes/>

entre 10 primeiros do Ranking, enquanto o Brasil ocupa o último lugar, pelo segundo ano consecutivo, atrás de países da América do Sul como a Argentina e o Uruguai.

Tem sido comum a veiculação de matérias jornalísticas que dão conta de fatos cotidianos relacionados à falta de atendimento e superlotação em hospitais públicos, falta de vagas em creches e escolas da rede pública, violência urbana e precariedades no sistema de segurança pública, dentre outras notícias relacionadas à prestação de serviços pelo Estado e a demandas que o Estado tem como responsabilidade prover ou intervir, mas que não o faz de forma eficiente ou satisfatória. Para além disso, mais recentemente, dada a falta de hígidez fiscal, alguns estados e municípios da federação incorreram em atrasos no pagamento das folhas de salário do funcionalismo público, que é integrada pelos agentes que atuam em nome do Estado para viabilizar as funções estatais.

É que os recursos públicos são limitados em face das inúmeras demandas sociais, de modo que se faz imperativo que sua aplicação seja otimizada e orientada aos interesses da coletividade, ou seja, aderente à efetividade dos Direitos Fundamentais (SARLET, 2018), pautada pela legalidade, de forma eficiente e compartilhada, e que o resultado dessa gestão seja demonstrado a fim de conquistar e preservar a confiança dos detentores do poder e mantenedores do aparato estatal, conferindo legitimidade a essa relação.

Carvalho (2013) reforça que o texto constitucional expressa o interesse basilar da sociedade, devendo o Estado voltar todos os seus instrumentos para a consecução dos interesses ali definidos. Assevera que diversos dispositivos constitucionais contemplam materialmente os referidos interesses, destacando o conteúdo do art. 3º da CRFB/88 e o conjunto dos direitos fundamentais, reforçando que eles representam o núcleo daquilo que significa bem comum na República Federativa do Brasil, e reforça que é o atendimento do ideal de bem comum que favorece a perspectiva central do indivíduo.

Torres (2008) vai além e defende que a proteção ao “mínimo existencial”, ou aos direitos fundamentais sociais, não deve estar adstrita ao princípio/regra da reserva do possível (podendo, inclusive, prescindir de lei ordinária), devendo observar, contudo, o princípio da reserva do orçamento, que lhe dará concretude. Quanto aos direitos econômicos e sociais, ensina que as normas constitucionais fornecem as diretivas para o legislador, dependendo sempre de lei específica autorizativa de cada ente para lhes conferir eficácia, e cuja prestação positiva implica sempre em uma despesa pública.

Ocorre que, ainda para o mínimo existencial, o comprometimento de recursos pode ser alto, pelo que, na prática, pode não ser possível simplesmente afastar a ideia de limitadores e da reserva do possível, em múltiplas dimensões, ou outros limitadores, o que

impõe deliberação tão mais responsável quanto menor for à disponibilidade de recursos (SARLET, 2018), pelo que se reconhece que o equilíbrio orçamentário, financeiro e fiscal não é um fim em si mesmo, mas um meio de concretização dos direitos.

Assim, o tema políticas públicas está intimamente vinculado a dois temas: a Teoria do Direito Fundamental e o Direito Financeiro.

Em um esforço para conceituar políticas públicas e mostrar a diversidade conceitual existente, Cavalcanti (2007), dentre as várias definições elencadas, traz o conceito tradicionalmente referenciado de Thomas R. Dye: “Políticas públicas são tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer”. Em uma primeira leitura, de fato, essa definição pode parecer alargada, contudo, ela se torna contornada e pertinente na perspectiva da reserva do “financeiramente” possível (CARNEIRO FILHO, 2011) quanto às prestações estatais.

É que, considerando que a alternativa escolhida para a alocação de recursos se dá em detrimento de algo, a opção por não fazer nada em relação a uma matéria, em última instância, também é uma escolha, uma política pública, nos ensinamentos destacados de Bachrach e Baratz¹⁶ (1962), pelo que se a grega a esse processo uma ideia de “Custo de Oportunidade”, dadas as escolhas e limitações de ordem operacional, fiscal e as próprias interações e reflexos advindos tanto da ação quanto da inação estatal, bem assim das intervenções judiciais, sem olvidar dos comandos legais que traduzem o poder político.

É claro que são cabíveis vários conceitos na definição de políticas públicas, inclusive porque não há conceituação consensual a esse respeito. Com o objetivo de fazer uma abordagem sob um enfoque jurídico, relacionando o conceito de política pública com o direito, Dallari Bucci (2006, p. 11) ressalta que as políticas públicas têm suporte na própria Constituição, em leis, em normas ou em outros instrumentos jurídicos, tais como contratos, capazes de traçar aquilo que se pretende alcançar, reservando conotação de programas governamentais ao conceito de política pública (*policy*).

A autora propõe um conceito de “tipo ideal” de política pública como aquela que visa a realizar objetivos definidos, de modo a revelar as prioridades, os meios necessários a sua consecução e a previsão de tempo para os resultados. Para ela, essa teorização jurídica é importante para o entendimento das políticas públicas porque é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política, eis que o Estado não pode agir de forma apartada dos parâmetros constitucionais e legais: “Trata-se, assim, da comunicação entre o

¹⁶ BACHRACH, P; BARATZ, M. S. “Two Faces of Power”, American Science Review 56: 947-952, 1962.

Poder Legislativo, o governo (direção política) e a Administração Pública (estrutura democrática), delimitada pelo regramento pertinente” (BUCCI, 2006, p. 37).

Dito isso, diante dos amplos enfoques, o fato é que as estratégias de atuação estatal, traduzidas em forma de Políticas Públicas, devem estar alicerçadas na persecução dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal e, como toda atuação estatal no contexto do Estado Democrático de Direito, tem no ordenamento jurídico os orientadores e limitadores para o seu exercício, o que Castro (2014, p. 100) traduz da seguinte forma:

O modelo de Estado garantista, portanto, admite ambos os sentidos que normalmente se emprestam à noção de Estado de Direito: limitações ao exercício do poder na lei e através da lei. É a lei, portanto, que estabelecerá os limites competências/atribuições de cada agente investido do poder estatal, conferindo a estes os poderes para agir, mas, ao mesmo tempo, circunscrevendo tais poderes, de maneira a evitar invasões a outras esferas de competência ou abusos quanto aos direitos dos cidadãos.

A política pública é, pois, o desempenho de atividades materiais para que se atenda aos interesses albergados na Constituição ou em alguma lei que naquela se alicerce. Definidas as políticas públicas, que podem ser das mais variadas espécies, impõe-se a obtenção e a destinação de recursos para sua satisfação (OLIVEIRA, 2012, p. 59).

2.2 Função de controle e a atividade financeira do estado

É cediço que funcionamento da Administração Pública exige o emprego de recursos (materiais, humanos, financeiros e/ou de oportunidade), o que impõe a existência de uma estrutura complementar de controle voltada a essa atividade financeira pública, devendo todas as funções e responsabilidades do Estado, devidamente divididas entre órgãos, poderes e entes federados, serem exercidas no âmbito de cada um deles, mas de modo cooperativo e integrado, observados os controles e limitações inerentes ao modelo republicano (TORRES, 2014, p. 150-151).

Trata-se de preceito atrelado ao princípio democrático e republicano. Dessa lógica surge, para os agentes incumbidos de materializar as funções estatais, o dever de prestar de contas de tudo aquilo que lhe foi delegado pelo povo, mantenedor do aparato e detentor do poder em um estado democrático, dever esse que não se restringe a tão somente demonstrar que não houve desvios na aplicação dos recursos da coletividade, mas também se volta a prestar contas quanto a suas decisões e condutas no exercício dessas funções públicas, emergindo, daí, o conceito de *accountability* –prestação de contas, responsividade e responsabilização dos agentes.

Nesse contexto, o conceito de governança pública também ganha relevo. A necessidade de aplicar os princípios de governança decorre dessa delegação de autoridade e poder a terceiros para gerir recursos/negócios dos proprietários. A governança pública busca conciliar a incidência de conflito de interesses entre proprietários e administradores. No setor público: entre governo, organizações empresariais e a sociedade.

O Referencial básico de governança do Tribunal de Contas da União – TCU, de 2014, aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública, faz uma retrospectiva histórica acerca da governança, registrando que, no setor público, foi a crise fiscal dos anos 80 que exigiu maior eficiência do Estado, propiciando discutir a governança na esfera pública, o que culminou no estabelecimento, pela Federação Internacional de Contadores (*The International Federation of Accountants - IFAC*)¹⁷ dos “princípios básicos que norteiam as boas práticas de governança nas organizações públicas (IFAC, 2001): transparência, integridade e prestação de contas”. Essa publicação foi seguida de diversas outras publicações de outras entidades internacionais, todas voltadas à eficiência e à ética no setor público, com foco no alcance dos interesses da sociedade.

O documento faz um paralelo entre os preceitos da Constituição Republicana e os preceitos da governança, explicando que, logo no caput do art. 1º da CRFB/1988, ao estabelecer que “a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito” já traça uma estrutura de governança no sentido de positivar que o poder não está concentrado no governo, mas emana do povo e seu exercício é regido por todo um conjunto de regras orientadas pela Lei Maior:

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988, com vistas a criar as condições necessárias à governança do Estado, fixou direitos e garantias fundamentais dos cidadãos¹⁸; organizou política e administrativamente o Estado¹⁹ e os Poderes²⁰; definiu e segregou papéis e responsabilidades instituindo sistema de freios e contrapesos²¹; e instituiu estruturas de controle interno e externo²². (BRASIL, 1988, p. 15)

¹⁷<https://www.ifac.org/publications-resources/2001-ifac-annual-report>

¹⁸ Art. 5º da Constituição Federal

¹⁹ “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988, art. 18).

²⁰ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988, art. 2º).

²¹ “A constituição ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do check and balances, pois ao mesmo tempo em que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade” (MORAES, 2003).

²² “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder” (BRASIL, 1988, art. 70).

Em consonância com os conceitos de governança definidos, o Referencial do TCU traz quatro perspectivas de observação para a análise da governança no setor público: “(a) sociedade e Estado; (b) entes federativos, esferas de poder e políticas públicas; (c) órgãos e entidades; e (d) atividades intraorganizacionais”:

Enquanto a primeira define as regras e os princípios que orientam a atuação dos agentes públicos e privados regidos pela Constituição e cria as condições estruturais de administração e controle do Estado; a segunda se preocupa com as políticas públicas e com as relações entre estruturas e setores, incluindo diferentes esferas, poderes, níveis de governo e representantes da sociedade civil organizada; a terceira garante que cada órgão ou entidade cumpra seu papel; e a quarta reduz os riscos, otimiza os resultados e agrega valor aos órgãos ou entidades. (TCU, p. 18-19).

Como se vê, trata-se de um conjunto de interações que formam todo um sistema voltado à governança, com uma relação de interdependência e complementariedade, com vistas a institucionalizar estruturas capazes de viabilizar a eficiência, o controle, a transparência, o bem comum e a confiança dos mantenedores e reais detentores do Poder Público na República Democrática, sempre, é claro, com alicerce na legalidade.

Oportuno ressaltar que consta insculpido no art. 15 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²³ o direito de pedir a todo agente público as contas de sua administração, sujeitando esses agentes a responsabilidade e responsabilização por suas atuações na condição de mandatários de poder de outrem, adstritos que estão ao controle de legalidade e legitimidade.

No Brasil, o dever de prestar contas está positivado expressamente na Lei maior da República, previsto no parágrafo único do Art. 70²⁴, localizado na seção IX que trata “da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, e vincula a esta obrigação “qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária”.

Cavallari (2008) ressalta a importância atribuída pela Lei Maior ao dever de prestar contas lembrando que este é o princípio constitucional cuja inobservância autoriza intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34, VII, d), o que revela a

²³ **Art. 15º.** A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

²⁴ **Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

preocupação com a moralidade e a higidez das contas públicas, na medida em que a omissão de prestação de contas acarreta risco às políticas públicas e, por conseguinte, à concretização dos direitos fundamentais. Prossegue o autor:

A prestação de contas realiza a transparência da atividade financeira do Poder Público e permite a correção de rumos quando constatados erros ou desvios de recursos. Não obstante, a prestação de contas somente atinge a sua finalidade, se for bem disciplinada material e processualmente. A drástica providência da intervenção federal, expressamente franqueada à União, no caso de ausência de prestação de contas, fornece, portanto, a exata dimensão da importância desse princípio constitucional para o pacto federativo. (CAVALLARI, 2008, p. 26).

Acerca do assunto, Viana (2019, p. 21) explica que, independentemente de previsão expressa na CRFB/1988 como direito fundamental, o controle é ínsito ao Estado Democrático de Direito, por ser instrumento que limita o poder estatal e coíbe abusos que possam ser cometidos em detrimento de uma atuação regular da Administração Pública, tanto que a própria Constituição confere ao cidadão meios de viabilizar a participação social, tais como o direito de levar ao conhecimento dos órgãos de controle fatos relacionados ao funcionamento da Administração e a legitimidade para propositura de ação popular com vistas a anular atos lesivos ao patrimônio público.

Disso se extrai que a Constituição republicana cuidou para que o Estado democrático brasileiro fosse estruturado de modo a dispor de organicidade voltada atender a essas diversas funções que os interesses da coletividade lhe impõem para o alcance dos Direitos Fundamentais, concebido sob a lógica de separação e harmonia entre as funções estatais, consagrando o sistema de *checks and balances*, assentado logo no art. 2º na Lei Maior e ratificado no art. 60, §4º, III²⁵, que erigiu à condição de cláusula pétrea essa separação entre as funções, tratada em sua letra como “separação de poderes”, que atuam de forma independente, mas harmônica e complementar, e com uma estrutura de controle externo delineada na própria CRFB/88, a ser desempenhado, portanto, por quem não integra o objeto controlado, inclusive com a positivação de um rol de competências outorgadas a órgãos autônomos (Tribunais de Contas) que atuam em colaboração com o Poder Legislativo.

É que, para viabilizar o alcance dos fins sociais pelo Estado, a lógica traçada pela Constituição de 1988 prevê, na realidade, a existência de poderes-deveres, entendidos como meios atribuídos aos “órgãos de soberania” pela própria CRFB/88, dentre os quais os

²⁵Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III - a separação dos Poderes;

Tribunas de Contas. Referidos poderes-deveres que, aliás, vão além da tripartição clássica prevista no art. 2º da Lei Maior, eis que traduzem funções estatais que perpassam as classificações como legislativas, executivas e judiciárias (HELLER; CARVALHO; SOUSA, 2019).

Isso traduz a legítima escolha do legislador constituinte para um modelo de Controle Externo exercido por Tribunais de Contas, em detrimento da opção por modelos de Auditoria ou Controladoria-Geral, adotados em outros países, ou estruturas controladoras que integrem um poder formalmente constituído, como o Poder Judiciário.

No Brasil, Viana (2019, p. 58) explica que a CRFB/19887 dotou o Tribunal de Contas de competências jurisdicional e sancionadora, a serem exercidas com obediência às normas de processo e garantias processuais das partes, ou seja, em observância ao devido processo legal (arts. 73 a 75 c/c 96, I, a da CRFB/1988) e que, para além desses dispositivos, essas instituições devem obediência ao direito fundamental ao devido processo legal porquanto sua atuação possa atingir direitos fundamentais, razão pela qual o caput do art. 71 prevê expressamente que “ao Tribunal compete”, outorgando aquele rol de competências, portanto, ao Tribunal, e não a algum agente controlador isoladamente, submetendo exercício dessas competências a uma “colegialidade processual-decisória” no âmbito de um processo de controle externo.

Explica o autor que o processo de controle externo se funda no devido processo legal, por um lado, como direito fundamental daqueles que possuem o dever de prestar contas a estes órgãos de controle, e, do outro lado, como dever dos agentes controladores que podem responder subjetivamente pelos danos causados injustamente a terceiros.

Em tópico próprio, abordar-se-á a natureza jurídica e a configuração institucional dos Tribunais de Contas mais especificamente.

Ainda sobre a separação entre as funções estatais, oportuno registrar que a já mencionada Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por meio de seu art. 16, atribuindo a essa matéria a importância que lhe é devida, expressou que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.

Com fulcro sobretudo nesse enunciado universal, pode-se afirmar que o controle dos atos públicos é corolário, também, do princípio da indisponibilidade do interesse público, essencial no contexto de um Estado Democrático de Direito, que tem a segregação entre as funções estatais como princípio basilar para o alcance da regularidade e da eficiência, e no devido processo legal um direito fundamental.

2.3 Direito fundamental à boa Administração Pública

Traçadas as linhas gerais quanto à lógica de organização do Estado democrático brasileiro, importa detalhar parâmetros que devem pautar o funcionamento do Poder Público e direcionar as decisões e condutas dos agentes públicos que materializam a vontade e as ações dessas instituições, e pelas quais são responsáveis.

Juarez Freitas (2009, p.32), ao definir o papel das instituições públicas, assenta que os direitos fundamentais previstos na CRFB/1988 constituem balizamento que vincula o agir estatal traduzido por meio das políticas públicas, assimiladas como autênticos programas de Estado, de modo que “o poder público existe para os direitos fundamentais e para respeitar as prioridades constitucionais vinculantes” (FREITAS, p. 111), dentre os quais está inserido o direito à boa administração pública:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009, p. 22).

Disso se extrai, ainda, que esse agir estatal adstrito à vontade consolidada na Lei Maior da República, orientado a traduzir a busca do bem comum, implica na responsabilidade dos agentes públicos por suas ações ou omissões na medida em que elas incorram em inobservância a esse direito fundamental à boa administração pública, de acordo com as condutas tipificadas passíveis de responsabilização.

Assim, a boa administração pública como direito fundamental decorre da busca pelo bem comum, nos termos intentados pela própria Constituição Federal e incumbida ao Estado, que, por meio de suas instituições e agentes, deverá perseguir esse ideal de República, atuando de forma impessoal, ou seja, orientado pelo interesse coletivo, com vistas à inclusão e cidadania dos indivíduos.

Considerando a extensão dos Direitos a serem perseguidos pelo Estado, vale rememorar que o aparato estatal vai bem além da função administrativa ou executiva. Embora a função administrativa seja a que mais se relaciona diretamente com os destinatários das políticas públicas, eis que é a principal prestadora de serviços públicos diretos nos mais diversos setores, tais como saúde, educação, segurança etc, as demais funções estatais também são concebidas para prestação de serviços públicos e tem igualmente como pilar a

busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais por parte do Estado, com a pessoa humana como elemento central das ações estatais.

Portanto, o Direito Fundamental à boa administração pública vai bem além da função administrativa-executiva do Estado, sendo inerente a toda prestação estatal, de modo a pautar todas as suas atividades, agentes, instituições e funções, com vistas à consecução dos respectivos fins constitucionalmente previstos, observado, ainda, o disposto no art. 2º e no art. 60, §4º, III da Lei Maior.

É que o tão aclamado direito fundamental à boa administração pública impõe uma atuação regular, com otimização e eficiência na aplicação de recursos públicos, o que, consequentemente, também exige dos Tribunais de Contas, no exercício do Controle Externo da Administração Pública, uma atuação controladora que, nos limites de sua competência, consiga ultrapassar os aspectos formais de análise, alcançando as referidas dimensões de legitimidade e economicidade traçadas no caput do art. 70. Nessa linha aduz Willeman (2017, p. 27):

(...) o compromisso da administração pública para com a obtenção de resultados satisfatórios lança luzes sobre a denominada responsabilidade garantidora do Estado-Administração, impondo-lhe o fortalecimento da capacidade de direção e mobilização de recursos públicos econômico-financeiros. Paralelamente, essa vertente do direito fundamental à boa administração pública – o direito à gestão eficaz, eficiente e econômica (os famosos três Es) dos recursos públicos no âmbito de uma administração pública a qual se imputa a responsabilidade por resultados – exige uma renovada apreciação dos mecanismos de controle da gestão financeira administrativa, que não mais se coadunam com métodos restritos à análise de mera regularidade formal ou, simplesmente, de aspectos relativos à legalidade.

Importante registrar a correspondência entre os direitos fundamentais previstos na CRFB/1988 com aquilo que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁶, proclamada em 7 de dezembro de 2000, define como direito a uma boa administração, o que reforça que nossa Constituição da República, embora não tenha feito menção expressa “a boa

²⁶Art. 41.º Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 30.3.2010 Jornal Oficial da União Europeia C 83/399 PT

2. Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

administração” como direito fundamental, especificou os elementos individuais para seu devido alcance, o que se extrai de leitura do art. 41 referida carta.

Acrescente-se que a previsão do direito a uma boa administração, expresso no citado documento da União Europeia, encontra-se inserido no título que trata da cidadania, e elenca diversos outros direitos e preceitos também devidamente já previstos na Lei Maior que rege a república Brasileira.

Ainda quanto ao rol dos Direitos Fundamentais, considerando o escopo da presente pesquisa acadêmica, necessário tratar também da segurança jurídica, que, a despeito da uma residual discussão quanto ao alcance do termo “segurança” positivado no caput do art. 5º da Constituição Federal, por não se referir expressamente ao termo “segurança jurídica”, não há dúvida de sua abrangência, inclusive por sua essência e estar inserida em diversos dispositivos do texto constitucional (VIANA, 2019, p. 175).

No mesmo sentido, Medauar (2018, p. 130) explica que a “segurança” a que se refere o caput do art. 5º da CF alcança os aspectos físico e jurídico, e que a segurança jurídica está expressa como um dos princípios norteadores da Administração Pública no caput do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo federal. A autora traduz o princípio da segurança jurídica resgatando a expressão “certeza e segurança das relações jurídicas”, que:

Visa preservar a estabilidade nas relações, situações e vínculos jurídicos. Entre suas consequências estão: proibição, em geral, de retroatividade dos atos administrativos; impedimento de aplicação de nova interpretação a situações pretéritas; proibição de anulação de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato. (MEDAUAR, 2018, p. 131)

Ela acrescenta que, na Europa, o princípio da segurança jurídica, visto como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, é invocado como “princípio do direito comunitário” pela Corte de Justiça da União Europeia, que também vem consolidando jurisprudência voltada ao “princípio da proteção da confiança” ou “princípio da confiança legítima”, que é corolário daquele, e que, por sua vez, relaciona-se com o “dever de boa-fé” que a Administração Pública deve observância em suas condutas (MEDAUAR, 2018, p. 131).

Dessa forma, busca pela garantia da segurança jurídica dos cidadãos decorre da própria lógica de um Estado Democrático de Direito, vez que se volta a proteger os cidadãos de atos arbitrários do poder estatal, restringindo os atos daqueles que atuam em nome do Estado, impondo limites a este agir estatal com vistas a viabilizar um ambiente estável, confiável, previsível, certo e justo, de modo que a segurança jurídica atrela-se ao princípio da

proteção da confiança, também ínsito à própria ideia de Estado de Direito, e que não se aparta dos princípios da imparcialidade e da legalidade, pressupostos do interesse público.

Ressalte-se que os deveres de imparcialidade e legalidade são comandos expressamente²⁷ previstos no art. 37 da Constituição Federal, princípios esses que vinculam de forma expressa toda a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Esses e os demais preceitos da Lei Maior da República representam verdadeiro esforço de convergência para este ideário democrático, imparcial e estável do Estado Brasileiro, preceitos esses que alicerçam a elaboração do ordenamento jurídico infraconstitucional, que com eles não podem ser conflitantes e que complementam as bases da atuação estatal.

Cabe ao Estado, portanto, tutelar a confiança que o particular deposita nas suas atuações e decisões, o que depende necessariamente da atuação imparcial dos entes e agentes que materializam a vontade do Estado, cujas diretrizes e limitadores estão traçados no próprio texto constitucional. Somente como parte imparcial, ou seja, desprendida de interesses privados, é que as instituições estatais podem perseguir o interesse público, sendo essa uma das condicionantes à proteção da confiança, cuja tutela é dever do Estado (FERRAZ, 2017).

As recentes alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, ocorridas mediante a aprovação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, deram-se em um contexto de acalorados debates em torno da segurança jurídica. Concernente à atuação controladora, os defensores das mudanças na LINDB argumentavam que a ineficiência na prestação de serviços públicos se dava, em larga medida, decorrência da insegurança jurídica ocasionada pelos órgãos de controle, segundo eles, responsáveis pela paralisação do gestor público na tomada de decisão, interrupção deliberada da execução de serviços e consequente prejuízo à confiança daqueles que integram ou possuem algum tipo de relação com o poder público.

Viana (2018), ao tempo que reconhece a necessidade de conferir segurança jurídica às relações e proteger a confiança que o cidadão precisa manter nas instituições republicanas, sejam administrativas, controladoras ou judiciais, reforça que, para tanto, o controle deve atuar dentro dos limites estabelecidos, com base no próprio princípio da separação dos poderes, de modo que não se pode confundir controlador com controlado,

²⁷Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

sendo o exercício regular do controle o que legitima a esfera controladora e suas decisões. O autor explica, ainda, que:

Foi também pautado nas consequências diretas e nos reflexos que o processo de controle externo pode produzir na esfera de direitos subjetivos de terceiros, atingindo direitos fundamentais, como honra, patrimônio e liberdade, que o legislador incluiu o art. 30 da LINDB, impondo às autoridades públicas – leia-se, também, os agentes controladores – o dever de atuar com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Trata-se, aqui, portanto de o Estado tutelar a confiança dos cidadãos em cada função estatal que desempenha e materializa sua vontade. Significa dizer que, no exercício da função administrativa-executiva, a Administração tem o dever de tutelar a confiança dos cidadãos destinatários dos serviços públicos prestados, e que essa mesma tutela da confiança é devida pelo Estado no exercício da função controladora, impondo proteger a confiança dos destinatários de suas ações de controle. No caso do controle, entenda-se que são destinatários tanto aqueles que desempenham funções públicas e prestam contas aos órgãos de controle, quanto também aqueles que outorgam às instituições de controle o papel de fiscalizar o que lhes pertence, ou seja, o cidadão mantenedor do aparato estatal.

Não é demais rememorar que a Lei Maior da república impõe o princípio da separação de funções logo em seu art. 2º, ao qual foi atribuída a condição de cláusula pétrea, vide art. 60, §4º, III da CRFB/1988, assim como também vale mencionar que o novo texto da LINDB tratou de diferenciar as esferas controladoras, administrativa e judicial, o que implica no dever de destacar, novamente, o exercício do controle externo por quem não faz parte do objeto controlado, e que com ele não se confunda, embora com ele atue de forma cooperativa dentro dos limites legais definidos.

É que não há que se falar em concretização de direitos fundamentais sem respeito às exigências da Democracia e do Estado de Direito (SARLET, 2018). Assim, o direito à segurança jurídica está intimamente relacionado ao princípio da proteção da confiança e à boa gestão pública, somente alcançados mediante ações imparciais e regulares do Estado. No âmbito da esfera controladora, somente podem ocorrer por meio de um processo, entendido como um conjunto de procedimentos que observem o devido processo legal em todas as suas fases para conferir legitimidade e eficácia às decisões (VIANA, 2018).

2.4 Controle externo e Tribunais de Contas na Constituição Federal de 1988

Considera-se que o controle das finanças da Administração Pública no Brasil é desempenhado sob “3 formas”: Controle Interno, Controle Externo e Controle Social, sendo que o último não compete ao Estado exercê-lo, mas sim instrumentalizar que seja exercido a partir da transparência pública e de outros mecanismos de participação e fiscalização postos à disposição da sociedade.

Assim, a CRFB/1988, no caput do art. 70, ao tratar do controle cujo exercício incumbe ao próprio Estado, dispôs acerca do controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, e do sistema de controle interno de cada poder, este, até por estar situado no âmbito da própria estrutura executiva, tem suas finalidades voltadas a uma atuação preventiva, de acompanhamento e otimização dos processos de trabalho e resultados, contribuindo para o alcance de objetivos e metas da função administrativa e, também, para o exercício da missão institucional do controle externo, nos termos do art. 74²⁸ da Lei Maior da República.

A organização e o funcionamento do controle externo da Administração Pública brasileira, tão debatidos nos dias atuais, integra o objeto da análise da presente pesquisa acadêmica, impondo análise mais detida da Seção IX do Capítulo I do Título IV da CRFB/1988, merecendo registro, de pronto, que o disposto na referida Seção IX quanto ao Tribunal de Contas da União – TCU também deve ser replicado 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, nos termos do art. 75 da CRFB/1988, que prescreve o princípio da simetria constitucional e referencia o TCU como paradigma.

²⁸ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Ao dispor que o Controle Externo da União seria exercido pelo Congresso Nacional, no caput do art. 70, o legislador constituinte originário atribuiu ao Poder Legislativo a titularidade do Controle Externo da Administração Pública quanto à respectiva esfera. Fê-lo, contudo, sem conferir ao parlamento competências específicas para tanto, atribuindo referidas competências diretamente aos Tribunais de Contas, impondo que o exercício do Controle Externo, embora titularizado pelo Parlamento, dependesse dessas instituições eminentemente técnicas para que seja exercido.

Numa perspectiva internacional de controle governamental, pode-se dizer que há dois modelos principais de Instituição Superior de Auditoria (*Supreme Audit Institutions* - termo comumente traduzido para o português-BR como Entidade Fiscalizadora Superior). O modelo escolhido no Brasil, como já dito, foi o de Tribunal de Contas, em detrimento do modelo de Auditoria Geral – adotado em outros países do mundo –, sendo o Tribunal de Contas, no Brasil, a instituição superior incumbida da auditoria sobre as finanças públicas, com poder, dentre outros, de julgar contas. Essas instituições, no plano internacional, integram a *International Organization of Supreme Audit Institutions – Intosai* (Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores), da qual o Tribunal de Contas da União (TCU) é uma das instituições fundadoras.

Por oportuno, Faria (2014) relembra que, segundo o art. 2º do Estatuto da *Intosai*, instituições fiscalizadoras superiores são aquelas instituições públicas de um Estado ou organismo supranacional que exercem, de forma independente, a máxima função de controle financeiro do dito Estado ou organismo internacional, seja qual for sua denominação, modalidade de construção ou organização, e tendo ou não competência jurisdicional.

2.4.1 Configuração institucional dos Tribunais de Contas na Constituição Federal de 1988

O *status* constitucional do Tribunal de Contas do Brasil desde 1981 confere um grande respaldo com vistas à estabilidade dessa instituição, desde a sua criação (SPECK, 2000, p. 44).

Na CRFB/1988, o disposto na seção IX, notadamente no art. 71, expressa que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete”, seguido de incisos e parágrafos que outorga competências de controle externo diretamente ao Tribunal de Contas, e não ao Congresso Nacional.

Britto (2018) explica que a própria lógica constitucional leva à conclusão de que o termo “auxílio” não se presta a conferir aos Tribunais de Contas natureza de auxiliariedade, mas de sim de participação obrigatória, eis que sem o concurso dos Tribunais de Contas não há vias para o exercício pleno do controle externo a cargo do Congresso Nacional.

Ao analisar o regime constitucional dos Tribunais de Contas, o ex-ministro acrescenta:

Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de ideia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

Assim, embora o parlamento seja o titular da função de Controle Externo, suas competências na matéria se restringem àquelas previstas nos incisos IX e X, do art. 49 da CFRB/1988, quais sejam, a de o Congresso Nacional “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”; e a de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer das suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. Desse modo, o legislador constituinte outorgou expressa e diretamente aos Tribunais de Contas competências institucionais específicas para viabilizar o exercício do controle externo, de forma autônoma.

Ao outorgar diretamente as competências institucionais dos Tribunais de Contas, a CRFB/1988, nos incisos²⁹ do art. 71, conferiu-lhes competência para emitir parecer prévio

²⁹ Art. 71

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;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

para contas de governo, julgar contas de gestão, impor sanções, determinar restrições a direitos, determinar medidas que podem vir a alcançar o andamento de políticas públicas, tendo, ainda, atribuído eficácia de títulos executivos às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas que resultem na imputação de débito ou multa³⁰.

Os títulos executivos são materializados por meio de acórdãos, de natureza jurisdicional, que, para tanto, contemplarão o responsável, o valor do alcance e as demais informações necessárias e suficientes para que seja dado início ao processo executivo de cobrança (JACOBY, 2016).

Essas competências constitucionais são da instituição Tribunal de Contas (e não de um ou outro agente controlador isoladamente) e se vinculam a uma prestação por meio do que Viana (2019) chama de “colegialidade processual-decisória” – que não se confunde com colegialidade judicante tão somente.

O autor explica que a observância a regras claras na processualização do amplo rol de competências outorgadas ao Tribunais de Contas é basilar ao seu exercício, com vistas à mitigação de riscos de interferências indevidas do órgão de controle na seara de competência dos órgãos controlados, o que afrontaria o princípio da segregação de funções, invadindo a esfera típica dos administradores e dando azo às críticas de ativismo controlador, até porque o mérito dessas decisões controladoras não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, salvo em situações excepcionais (VIANA, 2019, p. 13-231).

A autonomia da esfera do Controle Externo quanto às demais esferas, notadamente a judicial, é objeto de posicionamento incontroverso ratificado no bojo do Mandato de Segurança nº 26.969 Distrito Federal, impetrado por pessoa jurídica de direito privado em face do TCU, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Luiz Fux, em que a primeira turma do STF reafirmou a autonomia da instância de Controle Externo, exercida pelos

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

³⁰§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Tribunais de Contas, asseverando que a CRFB/1988 sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas quem quer que venha a gerir recursos de origem pública, de modo que processos judiciais, como ações civis públicas de improbidade administrativa, por exemplo, não inibem o exercício da fiscalização pelo TCU e vice-versa, eis que as instâncias não se confundem:

(...) a *ratio* da fiscalização pela Corte de Contas reside na origem pública dos recursos, e não no exame da natureza das entidades responsáveis pela sua gestão, é dizer, se pública ou privada, patentemente irrelevante, frise-se, para ensejar tal atuação. Decerto, a melhor exegese do parágrafo único do art. 70 da Lei Fundamental, desde a sua redação originária, é aquela que impõe a tais instituições o dever de prestar suas contas, sempre que estiverem na gestão de recursos ou bens públicos. Pensar diferente, com a devida vênia, traduz-se em despautério. É evidente que aquele que administre recursos e bens públicos está sujeito à fiscalização perante a Corte de Contas, consectário lógico e natural do Estado Democrático de Direito e do postulado republicano, independentemente se for pessoa jurídica de direito público ou privado.

Pacificada essa questão, resta ainda outra controvérsia residual quanto à possibilidade de classificar ou não os Tribunais de Contas como órgão do Poder Legislativo.

É bem verdade que essa organização particular conferida pela Constituição aos Tribunais de Contas acaba por permitir interpretações equivocadas acerca dos seus aspectos institucionais; contudo, de uma leitura um pouco mais atenta dos arts. 70 a 75 da CRFB/1988, extrai-se que, muito embora estejam inseridos em capítulo do Poder Legislativo em título que trata Organização dos Poderes, encontram-se em seção específica que cuida “da fiscalização contábil, financeira e orçamentária” (Seção IX), e que traça toda uma configuração institucional delineada de modo a dirimir eventuais dúvidas nessa seara, aclarando que o fato de constar no capítulo I, como também está a menção ao Sistema de Controle Interno, não é suficiente para inserir os Tribunais de Contas na condição de órgão do Poder Legislativo.

Invocando novamente os ensinamentos do jurista Ayres Britto (2017), os Tribunais de Contas não são órgãos do respectivo Poder Legislativo, tendo a natureza autônoma assemelhada a do Ministério Público, ou seja, não pertencem a nenhum dos três Poderes, que, aliás, com fins didáticos, traça uma comparação acerca da necessidade do Parquet para o exercício da jurisdição da mesma forma que o exercício do Controle Externo pelo parlamento depende do contributo obrigatório dos Tribunais de Contas.

Não deixa de registrar, porém, que os Tribunais de Contas exercem competências de controle externo diretamente, “atividades de controle que nascem e morrem do lado de fora das Casas Legislativas” (BRITTO, 2017), e que, inclusive, as unidades administrativas do Poder Legislativo são jurisdicionadas pelo Tribunal de Contas.

No mesmo sentido, Lima (2018) ratifica que os Tribunais de Contas são órgãos autônomos, “cujas competências e prerrogativas são expressamente fixadas na Constituição.

Fiscalizam todos os poderes e órgãos públicos, não se subordinando a nenhum”, e Viana (2019), que reforça que são entidades de elevado prestígio desde a Constituição de 1891, com natureza independente e razão de existir diretamente ligada à defesa da probidade, prevenção e combate à corrupção, a instrumentalizar todos os poderes da federação e a sociedade.

Aliás, considerando que o Congresso Nacional possui competência para julgar somente as contas do chefe do poder executivo, as unidades administrativas do TCU são jurisdicionadas das unidades de controle externo da instituição, incumbindo ao próprio TCU processar e julgar as contas de gestão do seu Presidente e demais gestores, o que impõe uma nítida necessidade de segregação entre as funções administrativas e finalísticas no âmbito dessas instituições.

Além das competências constitucionais e da eficácia executiva de suas decisões, ainda com vistas a viabilizar o desempenho de sua missão institucional de forma independente e autônoma, a CRFB/1988 conferiu aos Tribunais de Contas capacidade para se autogovernarem jurisdicional e administrativamente, desde que observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes (art. 73³¹ e art. 96, inciso I, alínea ‘a’³² da CRFB/88).

Nessa linha, Lucieni Pereira (2018) ressalta a inequívoca intenção do constituinte para que o processamento das competências dos Tribunais de Contas ocorra segundo a mesma organicidade do Poder Judiciário, eis que, por meio dos já citados arts. 73 c/c 96, traçou para o TCU conformação institucional semelhante àquela traçada para os tribunais do Poder Judiciário, tendo, inclusive, submetido os magistrados de contas à mesma lei complementar que cuida do estatuto da magistratura, prevista no art. 93³³ – Lei Orgânica da Magistratura – Loman, e que trata de aspectos também disciplinares e correicionais.

A autora esclarece que o objetivo do constituinte originário foi o de “garantir a eficácia de salvaguardas efetivas ao erário e o devido processo legal na esfera do controle externo”, e avança que, ao destacar seção específica para tratar da fiscalização contábil financeira e orçamentária, o constituinte quis que o exercício dessa função não se confundisse

³¹Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

³²Art. 96. Compete privativamente:
I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

³³Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

com a atividade tipicamente legiferante, que é própria do parlamento, havendo jurisprudência pacífica no âmbito do STF no sentido de que os Tribunais de Contas não mantêm qualquer relação de subordinação com as Casas Legislativas:

A modelagem constitucional com vistas a dar concretude ao devido processo legal na esfera de controle externo, o que pressupõe assegurar garantias aos jurisdicionados sujeitos à fiscalização em tal esfera, completa-se com a previsão de um Ministério Público de Contas (art. 130), órgão especializado e essencial à judicatura de contas, sem qualquer paralelo nas Casas Legislativas. (PEREIRA, 2018)

Isso porque, além da função sancionatória, podem os Tribunais de Contas também intervir no andamento de serviços e políticas públicas, por meio de recomendações e determinações, as quais merecem um cuidado especial em seu manejo por serem decisões programantes, que mitigam a rigidez e, propriamente, a separação entre Poderes e órgãos constitucionais, conforme relembra Heller (2019), que assim as define:

as recomendações correspondem a instrumento de indução e pressão da Corte de Contas em face da Administração Pública, não dotadas de cogência quanto ao comando específico que carregam, mas nem por isso passíveis de desconsideração em relação às inconformidades que as fundamentaram. Por sua vez, as determinações são compreendidas como instrumento de correção do Tribunal, cogentes por força de disposição constitucional e cabíveis sempre que identificada medida necessária à observância não apenas da lei em sentido estrito, mas do ordenamento jurídico como um todo (HELLER, 2019).

Assim, ao mesmo tempo em que a CFRB/1988 outorgou aos Tribunais de Contas extenso rol de competências institucionais, também buscou conferir-lhes meios capazes de viabilizar seu *mister* e não descuidou de impor às Cortes de Contas a observância do devido processo legal na esfera de controle externo, determinando-lhes expressamente à observância das normas de processo e garantias processuais das partes (art. 73 c/c art. 96, I, “a”).

2.4.2 Competência dos agentes controladores no âmbito dos Processos de Controle Externo

A atuação controladora finalística do Tribunal de Contas ocorre no âmbito de um processo (VIANA, 2019). Da leitura do art. 71 - caput, incisos e parágrafos, extrai-se que, ao dispor acerca dos Tribunais de Contas e estabelecer suas competências institucionais, a Constituição Federal atribuiu a esses órgãos as funções de investigar, acusar e julgar, dispondo que, para o cumprimento de suas competências, seriam integrados por um quadro próprio de pessoal e um colegiado julgador (art. 73, caput).

Essa estruturação de índole constitucional viabiliza integrantes com competência legal e devidamente habilitados ao exercício das funções – com a devida segregação – que materializam as competências que foram outorgadas aos Tribunais de Contas. Atuam junto a eles, ainda, um Ministério Público de Contas, como fiscal da lei, vide art. 130 da Lei Maior³⁴.

Assim, o caput do art. 73 tratou de positivizar a estruturação do Tribunal de Contas da União com pilares do devido processo legal, definindo *quem, onde e como* devem ser exercidas suas competências institucionais, ou seja, tratando expressamente (a) de seus integrantes: nove ministros (julgadores) e quadro próprio de pessoal (investigadores); (b) de sua jurisdição: território nacional; e (c) das demais regras de organização prescritas ao Poder Judiciário, com observância às regras de processos e garantias processuais das partes (aplicação do art. 96).

E, além dessa previsão de organização institucional, intrínseca à sua estrutura, a Constituição da República, por meio do art. 130, não descuidou de tratar da função *deparquet*, que não integra o Tribunal, mas que atua junto dele na defesa da ordem jurídica, vez que a função ministerial é essencial à função jurisdicional do Estado.

Em síntese, portanto, no âmbito dos processos de controle externo, há a necessária atuação das três funções essenciais e bem definidas, funcionalmente independentes entre si, titularizadas por agentes públicos distintos, legalmente competentes para o desempenho da respectiva função a que fora investido, com a devida segregação, na forma da Constituição Federal: função de auditoria (investigação e instrução processual), função de Ministério Público e função de julgante. Acerca do assunto, didáticos são os ensinamentos do Professor Ismar Viana (2017):

Há a função de auditoria de controle externo no órgão de instrução, cuja titularidade das atividades indissociáveis de planejamento, coordenação e execução de auditorias, inspeções, instrução processual e demais procedimentos de fiscalização deve ser exercida pelos auditores de controle externo concursados especificamente para o desempenho dessas atribuições de natureza finalística, de complexidade e responsabilidade de nível superior, podendo ser auxiliados por servidores ocupantes de cargos de nível intermediário, para cujo ingresso pela via do concurso público tenha sido exigido como requisito de investidura o nível médio de escolaridade; Função de Ministério Público, exercida pelos procuradores do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, e não dentro deles, registre-se; e Função julgante, exercida pelos ministros e conselheiros, titulares e substitutos. (VIANA, 2017)

³⁴ Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Ora, sendo a CRFB/1988 o marco da democracia brasileira, e tendo ela atribuído aos Tribunais de Contas a importante missão de guardiães dos bens e valores públicos, cuja fiscalização alcança aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, nada mais razoável que a própria Lei Maior prescreva também, além das garantias para o exercício das competências constitucionais, quais são as suas regras de organização e funcionamento, até como forma de limitar o Poder dessas instituições, visando a imparcialidade e a efetividade do sistema de *checks and balances* (JACOBY, 2016):

O controlar, porém, precisa estabelecer-se em regras. Não pode ser uma função sem regramentos, sob pena de transformar o controlador em *poder*. Assim, há que ter função restrita e limitada a modelo previamente estabelecido, para que possa avaliar a regularidade da conduta que será controlada. (JACOBY, 2016, p. 35)

Além da rigorosa observância do ordenamento jurídico para materializar o devido processo legal, o exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas pressupõe também aderência a procedimentos de auditoria definidos, tais como aqueles previstos nas Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASPs), que traduzem as Normas Internacionais de Auditoria do Setor Público das *Supreme Audit Institutions (SAI)*³⁵.

Nesse plano infralegal, as normas de auditoria dispõem que as entidades superiores incumbidas da auditoria do setor público devem inspirar confiança, credibilidade, independência e liderar pelo exemplo (NBASP 12-53). Assim, como pressuposto de regularidade, essas normas procedimentais de auditoria dependem de que sejam exercidas pelos agentes públicos investidos de competência legal para titularizar a função auditorial, de modo a conferir qualidade, independência e legitimidade às conclusões obtidas na fase de instrutória do processo de controle externo, a qual abrange o contraditório e a análise das razões defensivas porventura apresentadas pelos responsáveis processuais.

A fundamentação, a regular duração, a competência legal para a prática de atos processuais em todas as suas fases (investigação, juízo de conformação legal e julgamento), a independência entre as funções de investigar, acusar e de julgar, além dos demais princípios concernentes ao Devido Processo Legal são pressupostos da imparcialidade e da Segurança Jurídica, condutos para a regularidade das decisões exaradas (VIANA, 2019).

Odilon Cavallari (2008) suscita pertinentes reflexões acerca do funcionamento dos órgãos de controle externo da Administração Pública:

³⁵ Termo traduzido no Brasil como Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS).

É certo que a ausência de controles pode levar a um estado caótico as finanças públicas. Mas é também correto afirmar que, a depender da forma como o controle é exercido, pode-se ter duas situações distintas, com seus desdobramentos: o controle inoperante e o controle operante. O primeiro caso é mais simples e equivale à ausência de controles, em virtude da quase absoluta ineficácia dos controles exercidos, geralmente de natureza formal. O segundo, porém, apresenta desdobramentos. O controle operante é aquele que atua, que faz acontecer, mas cujos resultados não são necessariamente benéficos para a sociedade. Um controle atuante pode ser sinônimo de emperramento da Administração Pública, como, por exemplo, ocorria com o controle prévio, exercido pelos Tribunais de Contas, na vigência da Constituição brasileira de 1946 (art. 77, §2o). Por outro lado, o controle pode ser célere à custa das garantias processuais da parte. Ou, ainda, pode ser eficiente e ao mesmo tempo consistente juridicamente. Tudo isso depende diretamente das normas relativas ao processo de controle externo e aos procedimentos aplicáveis. (CAVALLARI, 2008, p. 27).

Viana (2019) ensina que o desenho constitucional dos Tribunais de Contas visa a garantir a observância do sistema acusatório não puro, pautado na independência das três funções processuais essenciais e próprias que atuam no processo de controle externo (funções auditorial, ministerial e judicante) para conferir imparcialidade ao processo, tendo o Legislador Constituinte Originário optado pelo termo “integrado” e feito a exigência de “quadro próprio de pessoal” na estruturação dos Tribunais de Contas (art. 73, caput).

Recorda o autor que essa configuração difere do tratamento dado pela CFRB/1988aos Tribunais Judiciários, para os quais adota sempre o termo "compor" e faz referência apenas ao colegiado julgador, em vista da função finalística típica desses tribunais (julgar), a justificar estruturação das secretarias auxiliares, por não representarem função própria, mas auxílio à função judicante, vez que a investigação/instrução ocorre em órgão distinto – polícia judiciária ou ministério público (VIANA, 2019, p. 58-59).

Viana (2019) também lembra que o Poder Judiciário somente age sob provocação, diversamente do que ocorre com os Tribunais de Contas, que podem e devem agir de ofício, sendo, para isso, dotados de autonomia e de agentes públicos integrantes das três funções processuais (investigar, acusar e julgar) em um só órgão, o que impõe, por maior motivo, atenção para que todos os atos processuais desde a gênese do processo até o seu julgamento obedeçam ao postulado do devido processo legal, o que Viana chama de “legitimidade processual-decisória”, de modo a evitar máculas processuais capazes de ensejar nulidades.

Na mesma linha, Pascoal (2019) reforça a necessidade de uma atuação pautada pela clara independência funcional das funções da Auditoria, do Parquet e do Órgão Julgador, o que defende contextualizando com o tensionamento verificado também no âmbito do processo judicial, em que sequer as funções processuais são desempenhadas pelo mesmo órgão:

A propósito da independência funcional desses três segmentos que atuam no desenvolvimento do processo de controle externo — Auditoria, Parquet e Julgamento —, fundamental para lisura e legitimidade deste processo, é preciso que haja manifesta obediência ao cânone da independência e da imparcialidade. Se o atributo da imparcialidade, por exemplo, vem sendo motivo de acalorados debates no âmbito do processo penal brasileiro, o que dizer do processo de controle externo, em que as funções de instrução e de julgar são realizadas por agentes públicos de controle pertencentes ao mesmo órgão? Neste caso, a cautela e a equidistância deve ser ainda maior, com vistas à garantia da independência técnico-funcional da auditoria e do livre convencimento do julgador, ambos atributos essenciais do devido processo legal.

Pelo exposto, a Lei Maior foi expressa ao dispor que o Tribunal de Contas é integrado não só por ministros, mas também um quadro próprio de pessoal, uma vez que a essas instituições não compete tão somente julgar (função dos magistrados de contas), mas também investigar – inspeções e auditorias (inciso IV do art. 71 da CRFB/1988) – e instruir os processos de controle externo (Função de Auditoria e Instrução Processual), inclusive agindo de ofício e determinando a seletividade de atuação, fatores que impõe maiores cautelas à garantia da imparcialidade.

Por essa razão, é indispensável também o cumprimento do dever de motivação das decisões de controle externo, imposto não somente aos julgadores, mas também requisito de validade das peças processuais lavradas pelos Auditores de Controle Externo, agentes responsáveis pela fase de instrução, bem como dos pareceres ministeriais, eis que a motivação se presta a valorar os fatos encontrados, imprescindível para viabilizar a imparcialidade da atuação controladora, requisito de segurança jurídica (VIANA, 2019, p. 187 -188).

Ademais, embora no plano processual a independência entre as funções de investigar e de julgar seja matéria elementar, alicerçada no princípio acusatório, Faria (2014) analisa que o modelo brasileiro não promove pleno equilíbrio entre a função de auditoria e a função de julgamento nos Tribunais de Contas. Para ele, isso decorre, em alguma medida, da Declaração de Lima, de 1977, que faz parte do arcabouço regente da INTOSAI, que se refere aos atores, respectivamente, como “membros” e “pessoal especializado em auditoria”, alude que “a independência dos membros deve ser garantida pela Constituição”, e sobre o grupo da auditoria, limita-se a referir que “fique livre influência ou dependência de organização auditada”.

Ocorre que o mandato e o funcionamento emergem da Constituição de cada país, e, no Brasil, o alcance do direito fundamental ao Devido Processo Legal não se aparta da independência entre quem investiga e acusa (auditores) e que julga (ministros e conselheiros), do que se entende possível questionar, inclusive, a utilização restrita do termo “membros” no

caso brasileiro, haja vista que a instituição concentra funções distintas para exercer suas competências controladoras, não apenas a julgadora.

Rememore-se que a competência para a realização de auditorias e inspeções remonta à Constituição de 1967, função exercida por iniciativa própria e pelo próprio corpo técnico (corpo de auditores de controle externo) do Tribunal de Contas, conforme relembra Speck (2010, p. 69), representando alteração profunda no formato de atuação dessas instituições, associada ao caráter seletivo de atuação e que passa a não mais depender de informações e documentos que lhes forem fornecidos. A despeito do transcurso de décadas, o autor relembra que essa nova cultura tem sido lentamente absorvida, e que há quem entenda que até hoje o Tribunal de Contas ainda não se livrou da cultura do registro prévio.

A realização de auditorias presenciais pode ser eficiente indutor de comportamentos nos órgãos auditados e da melhoria da gestão pública, pelo que sua expansão deve ser considerada (AZEVEDO; LINO, 2018), tendo em vista, inclusive, os princípios do custo-benefício e da economicidade das ações de controle (JACOBY, 2016, p. 44), tendo em vista a necessidade de otimizar a capacidade operacional dos Tribunais de Contas.

Assim, atos processuais pertinentes a auditorias e inspeções tem natureza investigativa, fiscalizatória, a se materializarem no âmbito da Fase processual de Instrução, não podendo ser praticados, planejados, coordenados ou monitorados por quem julga e nem por terceiros, mas somente por agentes com congreguem a competência legal plena para essas atividades no rol das atribuições do cargo público de natureza efetiva (quadro próprio de pessoal), de modo a conferir legitimidade à atuação controladora.

A preocupação em definir os atores processuais dos Processos de Controle Externo no âmbito dos Tribunais de Contas, com a previsão expressa de um quadro próprio de pessoal pela CRFB/1988, advém do fato de que atividades de controle, fiscalização e auditoria são exclusivas de Estado, na condição de fiscalizadoras das políticas públicas que transcendem o curto período dos mandatos governamentais, zelando “pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas para que se cumpram as finalidades superiores do ordenamento” (FREITAS, 2007).

Tais atividades, em vista da sua natureza, não podem ser acometidas a terceiros que não sejam legalmente competentes e não disponham de vínculo institucional qualificado capaz de permitir os enfrentamentos e a resistência a pressões políticas que lhes inerentes a essas atividades, e sem garantias de independência funcional dos investigadores/fiscalizadores não há devido processo legal.

O vício de competência no ato processual praticado, a inobservância do princípio da segregação de funções e a interferência de quem julga na investigação – ao arpejo do princípio acusatório – comprometem os pressupostos de independência e imparcialidade no processo, comprometendo o devido processo legal, sendo fatores que ensejam nulidades e reforçam a crise de confiança no controle.

Explicando a necessidade desse vínculo institucional estatutário para servidores incumbidos de atividades exclusivas de Estado, na qual inserem as acarreias de controle mencionando expressamente os Tribunais de Contas, Di Pietro (2018) explica:

“também ocupam necessariamente cargos públicos, sob regime estatutário, os servidores que “desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; isto porque o art. 247 da Constituição, acrescentado pelo art. 32 da Emenda Constitucional no 19/98, exige sejam fixados, por lei, “critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”. Ainda não foram definidas as carreiras de Estado, mas, com certeza, pode-se afirmar que abrangem, além dos membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública e Defensoria Pública (os quais exercem atribuições constitucionais), os servidores que atuam nas áreas de polícia civil ou militar, controle, fiscalização, diplomacia e regulação.

A condição para o exercício daquelas atribuições, portanto, é a aprovação em concurso público específico, por ser este o meio de credenciar a qualificação e investir o agente dos atributos da competência legal e do vínculo institucional para exercer regularmente seu *mister* com independência. Essa é garantia esta que o Estado confere à sociedade, decisiva para que o interesse público legítimo possa preponderar sobre vontades e pressões particulares, que se traduz uma atuação estatal imparcial, condição para alcançar o direito fundamental à boa administração pública. Nesse sentido são os ensinamentos de Juarez Freitas (2007, p. 454):

a defesa do vínculo institucional qualificado é uma condição necessária para Carreiras dotadas de independência para realizar o exercício e o controle fundamentado dos poderes administrativos. Somente assim, respeitaremos e faremos respeitar o direito fundamental à boa administração pública, compreendido como direito-síntese à administração eficaz, motivada e proporcional, cumpridora dos deveres de abstenção e de prestação positiva, com transparência, imparcialidade, participação social, bem como respeito à moralidade e à responsabilidade plena por suas condutas.

Não por outra razão, essa é uma preocupação das entidades representativas dos agentes públicos essenciais ao processo de controle externo. A Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC, erigiu à estatura

de objetivo fundamental estatutário³⁶ a defesa do “concurso público como única forma de ingresso no cargo de Auditor de Controle Externo”.

Com ampla produção intelectual e legítima atuação nessa seara, suas representações ensejaram desde propostas de celebração de Termos de Ajuizamento de Condutas até o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, bem assim o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) em face de transformações de cargos públicos³⁷ nos Tribunais de Contas, todas com pareceres pela tese defendida pela ANTC.

Da mesma forma, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON, entidade classista representativa dos conselheiros e ministros (função julgadora), traçou diretrizes³⁸ para Gestão de Pessoas nos Tribunais de Contas (Resolução nº 13/2018) e, dentre elas, dispôs acerca do concurso público de nível superior como condição para o cargo de auditor de controle externo, visando a “assegurar que as atividades de auditoria sejam exercidas exclusivamente por auditores de controle externos (ou denominação equivalente), integrantes de seu quadro próprio de pessoal”.

Versando o presente trabalho acerca de cargos públicos, especificamente quanto ao papel dos Tribunais de Contas no controle da criação dos cargos e durante a vida funcional do agente ocupante – desde a apreciação do ato de admissão, até a concessão de sua aposentação, além da legitimidade das despesas com pessoal –, fez-se imperativo traçar os parâmetros básicos de regularidade quanto à ocupação dos cargos existentes na estrutura dos próprios Tribunais de Contas, por serem pressupostos da legitimidade e da efetividade do controle desses atos sob sua jurisdição.

Isso porque atuam em face de atos praticados por outros agentes públicos, os quais, portanto, também gozam de presunção de legitimidade, e a intervenção controladora também precisa ser legítima. Ademais, os Tribunais de Contas, como instituições superiores de controle, precisam liderar pelo exemplo na sua gestão (NBASP 12-53).

³⁶ Estatuto da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil. Disponível em: <https://www.antcbrasil.org.br/institucional/estatuto>. Acesso em: 12 maio 2019.

³⁷ No Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, trata-se da ADI 5128-SE, ajuizada no STF pelo Procurador-Geral da República (<https://www.antcbrasil.org.br/comunicacao/noticias-da-antc/233-ADI-CONTRA-PLANO-DE-CARGOS-DO-TCE-SE>). No Tribunal de Contas do Estado da Bahia, ADI nº 001747209.2017.8.05.0000 ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado, no Tribunal de Justiça (<https://www.antcbrasil.org.br/comunicacao/noticias-da-antc/563-ANTC-QUESTIONA-%22TREM-DA-ALEGRIA%22-NO-TCE-BA>). Ambos os casos, as ações foram ajuizadas partir de representação da ANTC

³⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). Resolução ATRICON nº 13/2018. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Atricon-13-2018-Diretrizes-3304-Gest%C3%A3o-de-Pessoas.pdf>>>. Acesso em: 26 maio 2019.

3 CARGOS PÚBLICOS E A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

Conforme já abordado em tópicos anteriores, a Constituição Federal de 1988 confere deveres ao Estado Brasileiro com vistas a concretizar direitos sociais, a serem viabilizados mediante a implementação de políticas públicas. Nessa linha, Torres (2014, p. 87) explica que, considerando as típicas características de Constituição de Estado Social presentes na CRFB/1988, que atribuem ao Estado um “papel ativo e presente” para o alcance destes fins constitucionais, impõe-se ao Estado, também, a necessidade de dispor de recursos suficientes para atender a concretização dos referidos direitos:

A partir dos fins constitucionais do Estado surge a demanda da Constituição pelos “meios” para sua concretização. Nesse particular, a atividade financeira do Estado confirma-se como aquele meio permanente e controlável por parte da decisão política, segundo as limitações da Constituição, para a permanente construção do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2014, p. 87)

Além dos recursos financeiros, deverá o Estado dispor de recursos humanos aptos para o exercício das competências que lhe incumbem, atribuídas a cada agente público seguindo a lógica institucional, cuja contraprestação pecuniária, naturalmente, também representam custos a serem suportados pelas receitas que financiam todo o funcionamento do aparato estatal.

Di Pietro (2018) explica que a expressão agente público, segundo a Constituição vigente, alcança “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e as pessoas jurídicas da Administração Indireta”, e que, após a Emenda Constitucional nº 19/98, são quatro as categorias de agentes públicos definidas na Constituição Federal, quais sejam: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

Outrossim, nos ensinamentos de Marçal Justen Filho (2009), o Direito não atribui a competência às pessoas físicas, mas aos sujeitos de direito integrantes da Administração Pública e aos órgãos públicos, ou seja, "A competência é atribuída à função ou ao cargo. Identifica-se o ser humano ou os seres humanos titulares da competência por via indireta: é aquele ou são aqueles investidos de uma função ou de um cargo" (JUSTEN FILHO, 2009, p. 292).

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2019, p. 641) aduz que o Estado só tem como se fazer presente por pessoas físicas, as quais não atuam em nome próprio, mas como mandatárias das manifestações de determinada vontade estatal, ou executando tarefas em nome do Estado, o que lhes caracteriza na abrangente categoria de Agentes Públicos, que, por

sua vez, subdivide-se, didaticamente, em classificações de acordo com uma lógica de identificação e características comuns entre si.

Assim, a impessoalidade e a imparcialidade também se traduzem na medida em que o plexo de atribuições é inerente ao cargo, acometidas ao agente nele regularmente investido que atua como mandatário, não podendo exorbitar (fazer mais), declinar (fazer nem menos), nem destoar (fazer algo diverso) daquele plexo legal, e sempre tendo por alicerce e destino a finalidade pública.

No escopo deste trabalho, o presente capítulo tem por objetivo apresentar aspectos conceituais com lastro na CRFB/1988 acerca dos cargos públicos integrantes da estrutura estatal para o desempenho das atividades dos órgãos e entidades da Administração, notadamente os cargos voltados à categoria de “servidores públicos”, com foco nos ocupantes de cargos efetivos, eis que seu vínculo acarreta para o Estado despesas obrigatórias de caráter continuado.

Buscar-se-á realizar uma abordagem que trate desde as definições pertinentes à matéria, considerando o objetivo desta pesquisa acadêmica, sem pretensão de esgotar o tema. O recorte parte da lógica traçada pela CRFB/1988 para a investidura e ocupação dos cargos públicos, os limites constitucionais para transformação de cargos e as condicionantes que devem ser observadas para a criação ou majoração de despesas com pessoal, consideradas despesas obrigatórias de caráter continuado segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja fiscalização compete ao Tribunal de Contas.

Ressalte-se, pelo exposto, que, considerando o registro quanto ao escopo definido para o presente trabalho acadêmico, a expressão “Agentes Públicos” poderá vir a ser utilizada para designar a categoria de “Servidores Públicos”, que está inserida naquela.

3.1 Cargo, emprego e função pública

A Constituição Federal de 1988³⁹, no inciso II do art. 37, é clara ao estabelecer que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso

³⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

público, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. A exceção à regra trata dos cargos em comissão, declarados por lei de livre nomeação e exoneração. Conforme aduz o referido texto, observa-se a reserva legal em qualquer caso.

Além dos cargos públicos, efetivos e em comissão, e dos empregos públicos, todos referenciados no inciso II do art. 37 da CRFB/1988, há, ainda, as chamadas funções públicas, estas não constam referenciadas no aludido inciso, mas constam mencionadas no inciso I e no inciso V do mesmo art., este último que se refere às funções de confiança, além de diversas outras passagens que revelam que elas representam uma posição ocupada por um agente público que age em nome do Estado, pertinente, portanto, a esta abordagem conceitual.

Rezende (2017) explica que os cargos públicos integram a organização interna da Administração Direta e das entidades administrativas de direito público, com denominação, direitos, deveres e sistema de remuneração previstos em lei. Tendo em vista essa relação institucional com o Estado, são providos por servidores públicos com vínculo estatutário. Os empregados públicos, por sua vez, possuem vínculo contratual e as entidades administrativas de direito privado, são regidos pela CLT.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a aprovação em concurso público como meio de acesso a cargos e empregos públicos com vistas a alcançar um ideal de imparcialidade e eficiência no exercício das atividades incumbidas ao Estado, além de privilegiar o princípio da isonomia, rompendo com favorecimentos pessoais.

Aliás, no Brasil, a estatura constitucional do concurso público remonta à Constituição de 1934, na Era Vargas. Em memorável artigo que resgata a evolução do instituto do concurso público na Administração Pública Brasileira, Renato Rezende (2008) explica que a reforma administrativa operada no Governo Vargas constituiu uma tentativa de substituição do modelo patrimonialista de administração pelo burocrático. Rezende (2008, p. 4 *apud* Weber, 1994, p. 142) reverbera que o modelo burocrático “está associado ao tipo racional-legal de dominação e apresenta como características o formalismo, a impessoalidade, o profissionalismo, a meritocracia, a racionalização de procedimentos, a hierarquia”.

Em seu detalhado estudo, ressalta o autor que o texto de 1988 foi bem mais detalhista ao disciplinar a admissão de pessoal pelo setor público, buscando fechar espaços para interpretações que pudessem “ferir de morte o critério meritocrático de admissão de

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

servidores”. Porém, Rezende (2008 p. 17, apud Cretella Junior, 1991, p. 2.153) esclarece que “nunca se primou, na história constitucional brasileira, pela precisão na referência a cargos, empregos ou funções públicas. O legislador constituinte comumente empregou tais termos de forma indistinta.”

Em definição com sentido amplo, Carvalho Filho conceitua função pública como a atividade em si, a atribuição, as inúmeras tarefas que constituem os serviços prestados pelos servidores públicos, tais como “função de apoio, função de direção, função técnica” (CARVALHO FILHO, p. 668).

O conceito de função alcança algumas dimensões: função pública é um termo utilizado para designar de maneira ampla as atividades estatais incumbidas a agentes que atuam em nome do Estado, independente do vínculo, podendo haver agente designado a exercer alguma função que sequer ocupe cargo ou emprego público, como é o caso daqueles contratados por tempo determinado (art. 37, IX, CRFB/1988) e dos particulares em colaboração com o poder público (ex.: jurados, mesários eleitorais), em todo caso, a relação é marcada pela precariedade e excepcionalidade.

Tais funções não se confundem, contudo, com o conceito de função de confiança previsto no inciso V do art. 37 da CRFB/1988, a ser exercida exclusivamente por ocupantes de cargos efetivos, que, portanto, já detém vínculo institucional com o Estado, voltados a atribuições de direção chefia e assessoramento, tais quais os cargos em comissão, mas com diferenciação estrutural quanto ao que se prestam, objeto de abordagem em tópico próprio.

Di Pietro (2018), em sua obra, trata em diversas passagens do termo função pública com essa denotação genérica, contudo, de maneira específica, refere que a Constituição atual, quando fala em **função**, considera apenas as duas situações a seguir transcritas:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei no 8.112/90 definia, no art. 233, § 3o, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei no 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores;
2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional no 19, que “as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

As breves diferenciações traçadas entre cargos, empregos e funções públicas aqui consignadas são suficientes para contextualizar o objeto desta pesquisa acadêmica, voltada à atuação dos Tribunais de Contas em matéria de cargos públicos, notadamente quanto aos cargos efetivos da Administração Pública.

3.2 Definição e atributos dos cargos públicos

Pode-se dizer que, comumente, as definições doutrinárias encontradas para conceituar “cargo público” guardam relação com o disposto no art. 3º, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, albergando tais conceitos o conjunto de atribuições do cargo, a denominação própria, o vencimento pago pelos cofres públicos, a forma de provimento, e a reserva legal para sua criação e para a definição destes atributos que o constituem.

Di Pietro (2018, *apud* MELLO, 1975) no sentido de que “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente”. Nessa linha, detalhando a origem dos referidos deveres e poderes e estatais, explica a autora que as competências previstas na Constituição Federal para cada ente federado são distribuídas entre os respectivos órgãos, que, por sua vez, possuem uma quantidade de cargos criados por lei, a qual “lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração”.

Semelhante é a definição trazida por Medauar (2018, p. 260) ao conceituar cargo público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos”. A autora também destaca que “todo cargo implica o exercício de função pública”, o que impõe, portanto, que a lei defina o rol de atribuições de cada cargo público, delimitando a função pública acometida ao agente que nele esteja regularmente investido.

Carvalho Filho, a seu turno, pontua que cargo não é um conjunto de atribuições. Ele explica que cargo é uma célula, um lugar dentro da organização, e esclarece que as atribuições são, isto sim, cometidas ao titular do cargo (p. 667), do que já se extrai que, independentemente de qual desses conceitos que se queira adotar, um cargo público pressupõe as atribuições a ele conferidas, até para que seja possível qualificar o cargo de acordo com seus atributos.

A doutrina, por óbvio, ressoa a Constituição Federal, que, no art. 37, reserva à lei tratar de disposições sobre (a) requisitos a serem preenchidos para ocupação de cargos, empregos e funções públicas (inciso I); (b) regras para investidura, a natureza e a complexidade de cargos ou empregos, e os preceitos relativos aos cargos em comissão (inciso II); (c) casos, condições e percentuais mínimos destinados às funções de confiança (inciso V); bem como (d) os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (inciso IX).

A redação dos incisos I, II e V foi dada pela emenda constitucional n° 19/98, conhecida pela reforma administrativa com vistas à eficiência do Estado. Referida Emenda, ao alterar a redação original dos citados dispositivos constitucionais, incluiu no inciso II o trecho “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” quando dispôs acerca do concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura no cargo efetivo correspondente.

Isso porque, iniludivelmente, os atributos dos cargos públicos variam (existem cargos de naturezas finalística, outros de natureza administrativa; de complexidade superior, outros de complexidade intermediária, de menor ou de maior responsabilidade), e, conseqüentemente, os requisitos exigidos para investidura também variam de acordo com as atribuições inerentes a cada cargo, as quais serão incumbidas ao agente que nele se investir.

Outrossim, essa inclusão promovida pela EC n° 19/98 também guarda compatibilidade com os atributos constitucionais definidos para fins de fixação de padrões de vencimento e demais componentes do sistema remuneratório dos cargos públicos, no art. 39, §1°, da CRFB/1988, quais sejam, a natureza, o grau de responsabilidade e complexidade, os requisitos para investidura, e, ainda, as peculiaridades do cargo (incisos I, II e III).

Nessa toada, a Lei Maior visa a que a contraprestação pelos serviços prestados ao Estado seja condizente e compatível com os atributos do cargo ocupado pelo Agente, nem aquém e nem além, mas condizente ao devido equacionamento, sem perder de vista a necessidade de otimização do recurso público e o alcance da sustentabilidade fiscal na atividade financeira do Estado, que já não se presta a atender interesses individuais daqueles que o integram ou de quem quer que seja, mas se volta ao atendimento do que traduz os interesses impessoais da coletividade.

Oportuno ressaltar que, quanto aos cargos comissionados criados sem a fixação das respectivas atribuições em lei, para além da inconstitucionalidade material, também inviabilizam a observância das variáveis constitucionais a serem consideradas na fixação dos padrões remuneratórios (incisos I, II e III do mencionado §1°, art. 39, da Lei Maior da

República), de modo que a fixação da remuneração desses cargos passa, assim, a ter caráter arbitrário, esvaziada de critérios aptos a justificá-la e permitir-lhe aferição, o que não se coaduna com os princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade, da eficiência e da motivação.

A obrigatoriedade do rol de atribuições dos cargos comissionados em lei constitui tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar recentemente (Set/2018) o recurso extraordinário 1.041.210, fixou, dentre outros aspectos, que “d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir” (Tema 1010).

Na ocasião, quanto aos efeitos da omissão das atribuições na lei que criar o cargo, o relator, Ministro Dias Toffoli, reforçou que “urge que as atribuições dos cargos estejam previstas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva, não havendo a possibilidade de que sejam fixadas posteriormente” e que “somente com a descrição das atribuições dos cargos comissionados na própria lei que os institui é possível verificar o atendimento do art. 37, inciso V, da CRFB/88”, ou seja, que se referem a chefia, direção ou assessoramento que justifiquem o regime especial de confiança.

Em subtópico próprio, referente à diferenciação entre função de confiança e cargo em comissão, o tema será retomado.

Retomando-se a discussão conceitual, cargos públicos são tanto aqueles de provimento efetivo quanto em comissão, nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto no Mandado de Segurança nº 26.955, “o cargo é um todo proindiviso nesse sentido, os seus componentes, portanto, dados de sua própria compostura jurídica, são a denominação, o número, um vencimento e o que a doutrina tem chamado de atribuições, enquanto plexo de funções unitárias”.

A Constituição Federal, consoante os dispositivos já tratados (art. 37c/c com art. 39, §1º), além de condicionar o ingresso em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público (ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração), ainda deixa claro que a natureza, a responsabilidade, a complexidade e a peculiaridade dos cargos não se confundem com os requisitos exigidos para a investidura.

Agentes públicos ocupam o mesmo cargo efetivo quando, além de terem cumprido os mesmos requisitos exigidos para investidura por meio de concurso público, o fizeram para cargos de mesma natureza, atribuições, complexidade e responsabilidade, haja vista que um cargo público se caracteriza, cada um, por determinado conjunto de atribuições e

responsabilidade de natureza permanente. (art. 4º da Lei 9.826/1974 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis do estado do Ceará)

Para o objeto deste trabalho, importa destacar a classificação que divide os cargos públicos em “cargos isolados”, que não permite progressão funcional, e “cargos de carreira”, sendo carreira definida como “o agrupamento de classes da mesma categoria profissional, dispostas hierarquicamente. A classe superior será reservada aos ocupantes da classe inferior e proporcionará ao agente o aumento de suas responsabilidades e da sua remuneração” (REZENDE, 2017, p. 827).

Tendo a Constituição de 1988 instituído a aprovação em concurso como regra para investidura em cargos públicos, foram banidas as formas de investidura até então admitidas para ingresso em cargos distintos (ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento, no tocante a cargos ou empregos públicos), quer seja cargo isolado ou de carreira.

Nessa linha, a Súmula Vinculante 43⁴⁰ do STF pacificou: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Como precedente representativo da súmula, transcreve-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a “promoção”. Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela CF/1988 a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a **promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira**, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. O inciso II do art. 37 da CF/1988 também não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. [ADI 231, rel. min. **Moreira Alves**, P, j. 5-8-1992, DJ de 13-11-1992.]

Nessa mesma linha, Di Pietro (2018) aduz:

(...) organização em carreira implica o escalonamento dos cargos em níveis crescentes de responsabilidade e complexidade ou de antiguidade, é evidente que a remuneração correspondente a cada nível também sobe, à medida que o servidor é

⁴⁰<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>

promovido de um nível a outro; se assim não fosse, não teria sentido prever-se a organização em carreira nem a promoção

Assim, a doutrina e a jurisprudência, por vezes, utilizam a terminologia “cargo” (unidade criada por lei que contempla nomenclatura, rol de atribuições, estrutura remuneratória, natureza, grau complexidade e responsabilidade e requisito de investidura) no sentido da posição ocupada pelo servidor em uma estrutura de carreira.

A carreira é um agrupamento de classes cuja mobilidade entre elas é exclusiva aos titulares dos cargos que integram sua estruturação, o que se dá por meio de “promoção”, como refere o §2º do art. 39, que dispõe sobre “promoção na carreira”. Esse instituto constitucional está, portanto, intimamente ligado à caracterização de uma carreira, não havendo que se falar nesse sentido de carreira quanto a cargos distintos, com atribuições ou natureza distintas ou requisitos de investidura distintos (um cargo de nível médio e outro de nível superior, por exemplo), por inexistir possibilidade de mobilidade entre eles.

Carreira é, portanto, “uma unidade hierarquizada de cargos públicos afins. Sem a nota da afinidade, que permite mobilidade vertical interna, não há carreira, mas sucessão de cargos distintos” (MODESTO, 2017). O autor menciona a necessidade de “núcleo homogêneo de atribuições e habilitações profissionais”, sem o qual a ascendência não traduz mobilidade de carreira, mas superposição de cargos, com transformação ou transmutação da investidura original incompatível com o mandamento constitucional do concurso público. Reforça o autor que a organização em carreira traduz um direito à evolução funcional por critérios objetivos normativos, e não pela escolha pessoal da autoridade.

Assim, o instituto admitido pela Constituição Federal é a progressão funcional em que o servidor é deslocado de cargo de classe inferior para outro cargo de classe superior dentro da mesma carreira, por exemplo, quando magistrado de primeira instância é promovido para o cargo de desembargador (REZENDE, 2017, p. 832).

Nas incontáveis leis/estatutos encontrados Brasil afora concernentes aos Regimes Jurídicos de servidores, não é raro encontrar terminologias equivocadas, inclusive aquelas que foram abolidas pela Constituição de 1988 e não podem mais operar efeitos. Por exemplo, o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Ceará (Lei nº 9.826⁴¹, de 14 de maio de 1974), em seu art. 46, prevê ascensão funcional como gênero, da qual são espécies a “promoção”, o “acesso” e a “transferência”. Sem respaldo na CRFB/1988, os dois últimos não mais se encontram vigentes, contudo, a promoção – que não corresponde a provimentos

⁴¹<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis74/9826.htm>

derivados irregulares por referir a progressão no âmbito de um mesmo cargo/carreira – permanece equivocadamente classificada como forma de ascensão.

Considerando a existência desses equívocos legislativos, impõe-se atenção quanto à essência do instituto se propõe, independentemente do nome que lhe seja dado. É que, não raro, a construção legislativa esconde investidas inconstitucionais, buscado dar-lhes ares de constitucionalidade, denominando de “promoção” ou “progressão”, por exemplo, institutos que operam transposições inconstitucionais entre cargos públicos distintos, em burla ao mandamento do concurso público.

3.2.1 Cargo em comissão e função de confiança

Parte-se esta análise da redação do inciso V do art. 37 da Constituição Federal, antes e depois da EC n° 19, de 1998:

Redação anterior: V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;

Redação atual (dada pela EC n° 19/98): V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A partir de uma leitura da redação original do dispositivo, dada pelo legislador constituinte originário, é possível constatar que os cargos em comissão e as funções de confiança possuem naturezas distintas, pois, se não houvesse diferença entre eles, teria a CRFB/1988 se limitado a referenciar um deles e dispor sobre os preferenciais ocupantes. Em outras palavras, seria totalmente prescindível tratar de dois institutos iguais, trazendo a mesma regra de aplicação.

Pela redação atual, infere-se que ambos se prestam ao exercício de “direção, chefia, ou assessoramento”, sendo as funções de confiança restritas a quem já é ocupante de cargo efetivo, enquanto os cargos em comissão, conquanto também possam ser ocupados por agentes efetivos, nas condições e percentuais mínimos previstos em lei, também e essencialmente podem ser atribuídos a pessoas sem vínculo com a Administração Pública.

Isso não significa dizer que funções gratificadas sejam tão somente “cargos em comissão” de ocupação restrita. Nessa linha, esclarecedores são os ensinamentos de Aldino Graeff (2009) que recupera conceitos fundamentais da gestão de recursos humanos e percorre

toda a diferenciação entre a natureza dos dois institutos e, logo de início, observa que “funções são exercidas” e “cargos são preenchidos”, nos termos do inciso V do art. 37:

Os verbos ajudam a revelar a distinção entre os conceitos. Os cargos são unidades completas de atribuições previstas na estrutura organizacional e, independentes dos cargos de provimento efetivo. As funções são acréscimos de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão atribuídas a servidor ocupante de cargo efetivo, tendo como referência a correlação de atribuições.

Observa o autor que a definição de cargo público prevista na Lei 8.112/90 é a mesma da legislação anterior à CRFB/1988, sendo “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional”, e, por outro lado, as funções de confiança, diferentemente, não foram objeto de conceituação e não há para elas previsão da existência de rol de atribuições.

Sobre essa distinção, Justen Filho (2010), corrobora com a visão e destaca:

Cabe uma diferenciação entre duas figuras jurídicas próximas. O cargo em comissão, também denominado cargo de confiança, não se confunde com a chamada “função de confiança”, que consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional. Portanto, determinadas tarefas diferenciadas e de grande relevo podem gerar a criação de cargos em comissão, mas também podem ser assumidas pelos ocupantes de cargos de provimento efetivo aos quais se atribui uma gratificação pecuniária – denominando-se esta última hipótese “função de confiança”.

Como se vê, a chamada “função de confiança” não consiste numa posição jurídica equivalente a um cargo público, mas na ampliação das atribuições e responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária. Não se admite o conferimento de tal benefício ao ocupante de cargo em comissão, na medida em que a remuneração correspondente abrange todas as responsabilidades e encargos possíveis (JUSTEN FILHO, 2010, p.22).

Dessa forma, infere-se que função de confiança se trata de encargo de direção, chefia ou assessoramento dependente das atribuições do cargo efetivo que o agente ocupa, perfazendo, então um acoplamento, um acréscimo de responsabilidade gerencial vinculada à competência legal que dispõe em razão de seu cargo efetivo (GRAEFF, 2009).

É que sem atribuições legais não há como se falar em regular desempenho de atividades em nome do Estado, do que se extrai essa necessária correlação do desempenho de função de confiança com as atribuições que congrega no cargo efetivo. Sem que congregue as atribuições no cargo, não está credenciado a desempenhar a função em nome do Estado, pois não há como imaginar um incremento de responsabilidade do que não se possui. Caso inexistir correlação, estar-se-á diante de novo cargo, com suas atribuições próprias e legalmente definidas:

Esta característica de adição ou acoplamento de atribuições às atribuições de natureza técnica do cargo efetivo só tem realmente consistência se as atribuições do cargo efetivo do servidor mantiverem correlação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo. Não havendo esta estreita correlação entre as competências da unidade organizacional, as atribuições do cargo efetivo e, as atribuições de direção, chefia e assessoramento, estaremos diante de um conjunto de atribuições distintas que constituem, de fato, outro cargo. (GRAEFF, 2009)

Assim, enquanto a função de confiança não tem atribuições próprio, sendo as atribuições aquelas que o agente possui em seu cargo efetivo acrescidas de responsabilidades gerenciais (de direção, chefia ou assessoramento), os cargos públicos, sejam efetivos ou em comissão, devem corresponder a um rol próprio de atribuições legalmente estabelecidas. Importa registrar que atribuições legais não podem ser outorgadas, ao mesmo tempo, a cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão. A natureza difere.

A doutrina e a jurisprudência não tratam dessa diferenciação dos institutos com clareza, contudo, é assente o entendimento, no âmbito do STF (Tema 1010), de que são inconstitucionais leis que criam cargos em comissão sem as referidas atribuições, para o exercício de atividades rotineiras da administração, ou de atribuições de natureza técnica, operacional ou meramente administrativa, sendo elas reservadas a cargos efetivos, eis que, por óbvio, não pressupõem a existência de relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado:

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Vale destacar que o agente público somente pode agir circunscrito pelo atributo da competência legal, ou seja, adstrito às atribuições legais do cargo que regularmente ocupa. Acerca da matéria, Di Pietro (2018):

No direito positivo brasileiro, a lei que rege a ação popular (Lei no 4.717, de 29-6-65) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo **ilegal**, ao defini-lo, no art. 2º, parágrafo único, alínea e, como aquele que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. (DI PIETRO, 2018, p. 145)

O desvio de função ocorre quando o servidor passa a exercer atribuições diversas daquelas inerentes ao cargo para o qual foi aprovado em concurso, nomeado e empossado. Isto é, o exercício de atividades estranhas à competência de um cargo caracteriza desvio de função, podendo ensejar nulidades dos atos e responsabilização de quem deu causa.

A fundamentação para a vedação ao desvio de função se encontra no art. 37, inciso II, da CRFB/1988, que dispõe sobre o concurso público, e o parágrafo 2º do citado art. estabelece que "a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".

O administrativista Carvalho Filho (2020) explica que nem a insuficiência de servidores é capaz de justificar a prática lesiva de desvio de função, destacando que gera falsas expectativas no servidor desviado, podendo ensejar indenizações por diferenças salariais e responsabilização da autoridade causadora do desvio, por retratar improbidade administrativa:

O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Nem a insuficiência de servidores na unidade administrativa justifica o desvio de função. Cuida-se de **uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida**, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas **o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções de outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.**" (CARVALHO FILHO, 2020, p. 668) (grifo nosso)

Na prática, contudo, ainda há desvio de função na Administração Pública, quando o agente atua fora do plexo de competência legal do seu cargo, a macular o ato por vício de competência. Aliás, o alerta do professor Carvalho Filho se confirma na prática é: desvios práticos são invocados para justificar pleitos de transposição ilegítima de cargos públicos. A jurisprudência, contudo, é pacífica acerca da impossibilidade, dado o regramento constitucional do concurso público. A súmula 378⁴² do STJ é clara no sentido de que o servidor desviado não tem direito a enquadramento, embora faça jus aos vencimentos

⁴² **Súmula 378** - Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes. (Súmula 378, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 05/05/2009). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>

correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sendo causa, portanto, de prejuízo ao erário.

Essa indenização decorrente de desvio de função, por si, representa lesividade ao erário, na medida em que, de maneira direta, acarreta despesas indevidas aos cofres públicos pela diferença salarial. Mas não se restringe a isso. Também acarreta dano ao erário na medida em que será necessário deslocar recursos para que o ato seja refeito, em prejuízo, ainda, ao custo de oportunidade e à eficiência, pois esse deslocamento ocorre em detrimento de outra atuação que poderia estar sendo desenvolvida.

Não por outra razão, em 2014, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou, por unanimidade, a Tribunais de Justiça de 26 unidades da Federação a imediata instauração de processo administrativo junto às respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça para apurar e regularizar todas as situações que envolvam desvio de função de seus servidores. Conforme voto da relatoria:

[...] o desvio de função é ato atentatório ao princípio da legalidade, pois sua configuração provoca efeitos deletérios para a administração pública, notadamente com violação dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência. Pode, ainda, provocar enriquecimento ilícito para o Estado. (CNJ,2014)

Nesse contexto, a própria administração pública tem o dever de corrigir o desvio de função, ilegalidade que, em consequência, também configura burla ao instituto do concurso público, que investe cada agente público do rol de atribuição de um cargo específico, do que emana atos que podem ser anulados em razão da incompetência do agente, gerando, assim, prejuízos aos cofres públicos a serem suportados pelo povo, pelo ato anulado, pelas indenizações que podem gerar, com impactos na segurança jurídica, no equilíbrio fiscal, tutelando a confiança que a sociedade deve ter nas instituições.

3.2.2 Considerações sobre transformação de cargos públicos

Em precedente emblemático de 1993, o STF assentou que “a partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções, ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória”(ADI248-1 RJ).

Nesse sentido, estabelecida e referendada a aprovação em concurso público como condição de legítima investidura em cargos de natureza efetiva, são incompatíveis com a ordem constitucional tanto o movimento de alçar o servidor a cargo distinto (a perspectiva

da mudança é o agente), quanto o movimento de transformar o cargo em tal medida que desnature o posto original em que o servidor fora investido (aqui, a perspectiva é o cargo).

[Essas duas hipóteses são duas faces da mesma moeda que, ao fim e ao cabo, levam à burla do concurso público e exercício ilegítimo (inconstitucional) de atribuições em nome do Estado, sem o crivo instituído pela Constituição, que é o concurso público para exercê-las, de acordo com a natureza, grau de complexidade e responsabilidade, e receber por contraprestação pecuniária compatível com esses atributos.

Ocorre que reestruturações são possíveis, em certo limite. Sendo a legalidade um princípio constitucional expressamente previsto no art. 37 e aplicável a toda a Administração Pública, em matéria de cargos públicos não se poderia imaginar ser exceção a esta regra. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que é necessária lei em estrido formal para operar reestruturações de cargos públicos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PORTARIA N. 286/2007. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE CARGO PÚBLICO POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Contraria direito líquido e certo do servidor público a alteração, por meio de portaria, das atribuições do cargo que ocupa. 2. **A inexistência de direito adquirido a regime jurídico não autoriza a reestruturação de cargos públicos por outra via que não lei formal.** 3. Segurança concedida. (STF, Pleno, MS nº 26.955/DF, Relatora Ministra Cármem Lúcia, j. em 01.12.2010, p. em 12.04.2011) (Grifo nosso.)

Dessa forma, matéria relativa à estruturação de cargos públicos somente pode se dar mediante lei em sentido estrito (princípio da reserva legal).

A CRFB/1988 instituiu a isonomia como um dos como elementos basilares do Estado Democrático Brasileiro, tendo garantido expressamente serem todos iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, como postulado de direito fundamental (art. 5º, caput, da CRFB/1988).

O princípio constitucional da igualdade perante a lei orienta os dispositivos constitucionais, de forma direta ou indireta, para o alcance da isonomia, que deve sujeitar toda a atuação estatal. O mandamento constitucional do concurso público como regra para o acesso a cargos e empregos públicos está intimamente ligado a esta ideia de isonomia e imparcialidade para o Estado e sua relação com os cidadãos, seja sob o viés ativo, seja como limitador de sua atuação, bem assim com a eficiência, visto que a aprovação em concurso público, de acordo com a complexidade e responsabilidade do cargo, traduz-se em crivo meritocrático a comprovar aptidão para o exercício das atribuições.

Nessa linha, oportuno consignar passagem de Di Pietro:

O STF editou a Sumula Vinculante 13 para vedar o nepotismo na Administração Pública com fundamento nos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência. O STJ, por sua vez, utiliza-se rotineiramente dos princípios da razoabilidade e da isonomia (impessoalidade) para saber se algumas das exigências contidas em editais de concursos públicos são válidas ou não. (DI PIETRO, 2018, p.424)

Assim, muito embora esteja expressamente previsto no inciso X do art. 48 da Constituição Federal, o instituto da transformação de cargos públicos tem como limitadores os demais preceitos e princípios constitucionais., dentre os quais o concurso público.

Em esclarecedor art., o professor Antonio Carlos Alencar Carvalho (2009) discorre acerca de todos os preceitos vinculados à matéria, asseverando que:

Num primeiro momento, a transformação de cargos públicos pode ser empregada sem qualquer ofensa ao preceito do art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, como quando os postos administrativos transformados estão vagos, sem ocupantes, ou tinham sido anteriormente declarados desnecessários, situação em que, visando à reestruturação da Administração Pública, o Estado resolve instituir nova carreira com também novos cargos resultantes da transformação de antigos vagos, quando os postos recém-criados serão depois providos **por concurso público específico** por candidatos aprovados no certame concursal respectivo.

A transformação implica, pois, repita-se, a extinção e a correlata criação de novos cargos públicos, visando a um posterior provimento, o qual deverá operar-se na forma prevista na Constituição Federal (art. 37, II), **necessariamente**, ou seja, por meio. (CARVALHO, 2009, p.104)

Nessa linha, Renato Rezende (2008, p. 16 *apud* CAMMAROSANO, 1984, p. 83) e traça didático paralelo entre os institutos do concurso público e da licitação: “o concurso público tem por escopo possibilitar a aquisição, para o serviço público, do melhor servidor, bem como assegurar aos administrados a igual oportunidade de ascenderem aos cargos públicos”.O autor defende que as finalidades básicas do concurso público são, de um lado, a asseguarção do princípio da isonomia no âmbito do recrutamento de pessoal da Administração, e, de outro, a seleção dos concorrentes mais capacitados para o exercício de funções públicas.

Dessa forma, infere-se que, conquanto permitidas a reorganização e a otimização de cargos na Administração Pública, a transformação não se harmoniza com a CRFB/1988 que, a pretexto disso, opere-se transposição de cargos para os atuais ocupantes dos cargos transformados, privilegiando estes em detrimento dos demais interessados em concorrer a seu acesso pela via democrática e imparcial do concurso público, que também é meio de viabilização do princípio da eficiência vez que se presta a selecionar para os quadros do Estado agentes públicos que demonstraram capacidade e merecimento para o desempenho do rol de atribuições do cargo, e correspondente responsabilidade e complexidade.

Carvalho (2012) ressalta a inconstitucionalidade de leis que transformam o cargo e alçam, fortuitamente, agentes públicos investidos em cargos de complexidade intermediária – para os quais se exigiu apenas o nível médio de escolaridade – a cargos para os quais os concursos exigem nível superior de escolaridade, com atribuições de maior complexidade, e, por conseguinte, remuneração mais elevada. Isso porque situações assim violam o mandamento do concurso público, oportunizando o acesso mediante ampla concorrência, ao invés de favorecer o grupo de agentes transformados. Carvalho (2012apud Meirelles, p. 247) relembra que "se a transformação implicar alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento, que exige concurso público".

Nessa mesma linha, explica Di Pietro (2018):

o STF tem decidido serem inconstitucionais medidas previstas em leis de reclassificação de cargos, como o acesso, a transformação ou o aproveitamento de servidores em cargo de nível superior àquele para o qual prestou concurso. Ainda que a legislação utilize terminologia variada, existe o objetivo de permitir que o servidor que prestou concurso para determinado cargo passe a ocupar outro, de nível de escolaridade mais elevado. Tal procedimento contraria o art. 37, II, da Constituição.

O entendimento do STF só tem sido abrandado em hipóteses em que as atribuições são semelhantes e desde que os servidores tenham prestado concurso público em cargo da mesma natureza.⁴² Pela Súmula Vinculante nº 43, ficou pacificado o entendimento de que "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido". (DI PIETRO, 2018, p. 826)

A Súmula Vinculante nº 43, do Supremo Tribunal Federal, como já tratado em tópico próprio, assenta ser inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Sobre o assunto, esclarecedores são os ensinamentos do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 55), que é taxativo:

a existência de formas de provimento derivadas de modo algum significa abertura para costear se o sentido próprio do concurso público. Como este é sempre específico para dado cargo, encartado em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem novo concurso público, ser trasladado para cargo de natureza diversa ou de outra carreira melhor retribuída ou de encargos mais nobres e elevados. O nefando expediente a que se alude foi algumas vezes adotado, no passado, sob a escusa de corrigir desvio de funções ou com arrimo na nomenclatura esdrúxula de 'transposição de cargos'. Corresponde a uma burla manifesta do concurso público. É que permite a candidatos que ultrapassaram apenas concursos singelos, destinados a cargos de modesta expressão – e que se qualificaram tão somente para eles – venham a ascender, depois de aí investidos, a cargos outros, para

cujo ingresso se demandaria sucesso em concursos de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificação bem mais elevada. (*Grifou-se*)

Pelo exposto, não são constitucionais as formas de provimento derivado que enquadram, que alçam o agente público a ocupar cargos de atribuições mais complexas, de escolaridade e remuneração mais elevadas, e nem as transformações operadas no cargo que transfigurem o cargo original de modo a “trazer” um cargo de maior complexidade, responsabilidade e remuneração para o agente público, ambos os casos, burla ao concurso público, aos princípios da isonomia, eficiência, imparcialidade e moralidade, com efeito nas finanças públicas e na previdência.

Acerca dos diversos subterfúgios adotados, Modesto (2017) alerta:

O provimento derivado – proibido pela Constituição da República e violência contra o direito à carreira dos agentes regularmente nomeados em caráter efetivo para o quadro funcional – encontra todos os dias novas formas de manifestação. As expressões legais são sutis: “reenquadramento”, “estabilização de servidores cedidos”, “incorporação ao quadro”, “alteração do título dos cargos com readaptação”, “redesignação”, “transferência de quadro”, “unificação de carreiras”. Em geral, todas essas designações apenas encobrem a transferência de servidor, ainda que concursado, de um cargo de carreira para outro cargo ou carreira distinta, submetido a outro regime de evolução funcional ou direção administrativa.

Necessário mencionar que a burla ao concurso público para a contratação de pessoal se enquadra na dicção do art. 11, inciso V da Lei n° 8.429/92, entendimento que vêm sendo reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, como consignado no Recurso Especial n° 817.557 – ES (2006/0024108-9), vide trechos da ementa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. CAUSA PETENDI NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. Cuida-se, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em razão da contratação de funcionários, no âmbito do Poder Legislativo Municipal de Afonso Cláudio, para ocupar cargos efetivos sem a realização de concurso público.

2. Hipótese em que o recorrente, como Presidente da Câmara Municipal, foi o responsável pela promulgação e publicação da Resolução que dispôs sobre a contratação irregular. Legitimidade passiva ad causam configurada.

3. A contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa.

(...)

10. Não há elementos no acórdão recorrido que indiquem abusividade na aplicação da medida de indisponibilidade dos bens do recorrente. A revisão do entendimento adotado pela instância ordinária implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação.

12. A totalidade do patrimônio do réu garante "o integral ressarcimento do dano" (art. 7º, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial.

13. Recurso Especial não provido.

“No Direito brasileiro, a contratação de funcionários sem observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza inequívoca e séria improbidade administrativa” (Ministro Herman Benjamin, relator do recurso especial nº 817.557 – ES).

3.3 Exigências para a criação e alteração de cargos públicos – adequação financeira e fiscal

Conforme abordado no tópico pretérito, a criação, reestruturação e extinção de cargos públicos somente pode se dar mediante lei em sentido estrito (princípio da reserva legal), devendo observar os limites materiais e formais previstos na Constituição Federal. Neste tópico, a abordagem versa sobre as exigências em matéria de Direito Financeiro.

Acrescente-se, por oportuno, que na Exposição de Motivos⁴³ da PEC 173/1995, que deu origem à Emenda Constitucional nº 19/95, consta, quanto às alterações que ali propunha:

Em relação a política remuneratória, foi acrescentado aos princípios aplicáveis à administração pública dispositivo relativo a obrigatoriedade de aprovação, mediante projeto de lei específico, de qualquer modalidade de reajuste, aumento ou concessão de vantagens aos servidores. A medida impossibilitará a concessão de vantagens pela via de resoluções administrativas, conferindo maior transparência e uniformidade de procedimentos no tratamento das remunerações no setor público.

Outrossim, com vistas a regulamentar o art. 169 da CRFB/1988, no ano 2000 foi publicada a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, definindo os limites para a despesa com pessoal ativo e inativo, e regulamentando, ainda, as condicionantes⁴⁴ previstas no § 1º do mesmo art. para a concessão de qualquer vantagem ou

⁴³<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicao-demotivos-148914-pl.html>

⁴⁴ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Referidas condicionantes foram regulamentadas especificamente pelos arts. 15 a 17 da LRF, cuja inobservância incorre em geração de despesa ou assunção de obrigação classificadas como “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público”, nos termos do art. 15.

O art. 16 estabelece que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de (I) - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e (II) - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

O art. 17, por sua vez, define despesa obrigatória de caráter continuado como sendo aquela “despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios”, definição que inequivocamente alberga a concessão de vantagens aos cargos existentes e até a própria criação de cargos públicos, sejam de provimento efetivo ou em comissão, impondo, nos parágrafos⁴⁵ do art., que ao serem criadas ou majoradas observem um rol de restrições e implicações com vistas a comprovar sua adequação com o que dispõe.

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista:

⁴⁵Art. 17

§1º que os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este art. não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

Imprescindível destacar que o §5º determina que, em se tratando de natureza obrigatória e caráter continuado, as despesas criadas ou majoradas, para serem executadas, dependem da prévia implementação de medidas de compensação de seus efeitos financeiros mediante aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa, medidas estas que integrarão o instrumento de criação ou majoração daquelas, que deverá ser acompanhado, ainda, da comprovação de que não afetará as metas de resultados fiscais (art. 17, §2º), demonstrando, além da origem dos recursos para seu custeio (art. 17, §1º), a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (art. 17, §1º c/c art. 16, I).

O conceito de despesa obrigatória de caráter continuado, como se vê, abrange tanto a criação de cargos públicos, quanto alterações operadas em regimes jurídicos concernentes à criação de vantagens, gratificações, alterações em estrutura de Planos de Cargos e Carreiras que concedam majorações de remuneração etc., que fazem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, o que se extrai do art. 169, §1º da Constituição Federal c/c art. 17 da LRF.

Outrossim, ressalte-se que o conceito positivado no art. 17 da LRF não cuida somente de despesas relacionadas a cargos públicos e pessoal, mas define de forma ampla despesas obrigatórias de caráter continuado. De modo que, nos exatos termos do caput do art., as condicionantes alcançam despesas derivadas de lei, como as mencionadas acima, que dependem de lei em sentido estrito, mas também aquelas despesas obrigatórias de caráter continuado porventura derivadas de medida provisória ou ato administrativo normativo.

Assim, não basta, para a implementação destas despesas, a existência de leis, que podem ser materialmente constitucionais e válidas, eis que a inadequação/falta de demonstração da sua adequação orçamentária e financeira e respectivas medidas compensatórias as tornam ineficazes, o que também não escapa à fiscalização pelos Tribunais de Contas, apurada mediante processo de controle externo.

Nesse sentido, esclarecedores são os ensinamentos do professor Heleno Torres (2014), que explica a relação constitucional entre as leis de orçamento e as leis materiais instituidoras de despesas públicas nos seguintes termos:

No Estado Democrático de Direito, **as despesas públicas reclamam esta duplicidade de leis: aquelas que criam as despesas, e ficam condicionadas à autorização sucessiva apenas para que se possam manifestar concretamente os fatos jurídicos dos gastos públicos, e as leis que autorizam as despesas (orçamentárias), que as tomam (as leis materiais prévias) como condicionantes.** Não quer dizer que se trata de “condição” jurídica no sentido clássico, de

dependência material de efeitos jurídicos, ou mesmo quanto a algum dos seus elementos relativos à validade, vigência ou eficácia. Essa relação constitucional entre leis de despesas e leis de orçamento faz ver que as leis que criam despesas têm sua vigência e eficácia autônomas em face das leis de orçamento. Elas não se tornam menos “eficazes” se a lei orçamentária de determinado ano não promova a autorização orçamentária do respectivo gasto. A dependência é meramente funcional, para execução dos gastos, desde que a “autorização” seja conferida, nos estritos termos e limites, quanto a prazo, aspecto quantitativo ou condições materiais. (TORRES, 2014, p. 396 -397)

Dessa forma, infere-se que a instituição de despesas obrigatórias de caráter continuado, além de exigir lei específica para instituí-las, essa lei precisa estar compatível, em matéria de direito financeiro, com os ditames da Constituição Federal, Lei de Responsabilidade Fiscal, e, devidamente respaldadas nas Leis de Orçamento.

Oportuno destacar que Emenda Constitucional n° 95, de 2016, que instituiu o novo Regime Fiscal para a União, conhecido como “teto de gastos”, incluiu o art. 113⁴⁶ ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, exigindo estimativa do impacto orçamentário e financeiro para a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória de caráter continuado ou que trate de renúncia de receita. Ressalte-se que não cuida a norma apenas de criação, mas alcança também alterações.

Tal fato tem levado a questionamentos acerca da constitucionalidade de leis aprovadas de forma diversa, sem a observância desses requisitos no âmbito do processo legislativo, bem como se o art. 113 do ADCT se aplicaria aos entes subnacionais, ou somente à União. Trata-se, contudo, de celeuma que somente poderá ser pacificada pelo STF. Sinalizando para o deslinde da questão, na ADI 5826/RO⁴⁷, em decisão monocrática, o ministro Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar para suspender os efeitos de norma relacionada à renúncia de receita sem que se tenha atendido ao art. 113 do ADCT. Aguarda-se o julgamento de mérito.

Na perspectiva fiscal, em vistas dos arts. 15, 16 e 17 da LRF, no recente acórdão n° 1907/2019 - Plenário⁴⁸, de Relatoria do Ministro Raimundo Carrero, o TCU respondeu à consulta formulada pelo então Ministro na Fazenda, Eduardo Garcia, acerca dos procedimentos a serem adotados pelo gestor público no caso de leis aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira.

⁴⁶ Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 95, de 2016)

⁴⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>

⁴⁸ <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3985320187.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=a943ef60-c445-11e9-8245-b11cee3d1126>

Percorrido o regular trâmite processual, entendeu-se que “medidas legislativas aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira e em inobservância ao que determina a legislação vigente são inexecutáveis, pois embora se trate de normas que entram no plano da existência e no plano da validade, não entram, ainda, no plano da eficácia”.

No referido acórdão, que aprofunda a questão, o TCU reforça que esse também tem sido o entendimento do STF quando enfrenta questionamentos quanto à aprovação de leis que inobservam as restrições previstas no §1º do art. 169 da CRFB/1988. Tais leis são ineficazes pela falta de previsão orçamentária, podendo vir serem executadas no exercício seguinte ou quando a exigência for atendida⁴⁹.

Acompanhando a instrução do órgão de auditoria do TCU (Secretaria de Macroavaliação Governamental) e o parecer ministerial, o relator e os demais julgadores decidiram que “medidas legislativas que forem aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira, e em inobservância ao que determina a legislação vigente, (...) somente podem ser aplicadas se forem satisfeitos os requisitos previstos na citada legislação.” Reforça, ainda, que a aplicação de novas normas requer do operador compatibilização com as demais normas existentes no mundo jurídico.

⁴⁹ADI 1585, Relator (a) : Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1997, DJ 03-04-1998 PP-00001 EMENT VOL-01905-01 PP-00029; ADI 1.428-5/SC, TP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 10.05.96; ADI 1243 MC, Relator (a) : Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/1995, DJ 27-10-1995 PP-36331 EMENT VOL-01806-01 PP-00088

4 DO CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM MATÉRIA DE CARGOS PÚBLICOS

“...o dever de o TCU invalidar provimentos ilegais de cargos públicos efetivos não está sujeito a discricionariedade, sob pena de tornar inócuos os mandamentos constitucionais insculpidos no inciso II do art. 37 e no inciso III do art. 71 da Constituição Federal.” (Acórdão 629/2019 – Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Processo⁵⁰ TCU 005.305/2004-9).

Nesta etapa do trabalho, buscar-se-á realizar exame da doutrina especializada e jurisprudência do TCU, paradigma de organização e fiscalização para os demais Tribunais de Contas brasileiros (art. 75, CRFB/1988), e dos Tribunais Superiores, em especial o STF, para aprofundar como têm sido entendidas as competências institucionais controladoras em matéria de cargos públicos, notadamente quanto à criação e ocupação de cargos e alterações legislativa operadas em carreiras, com o intuito de aferir o alcance e os limites para a efetivação das referidas competências.

Noutro giro, acerca da situação de crise fiscal em que se encontram alguns entes da Federação, dois pontos merecem destaque: o primeiro trata de uma das razões da crise, alegada como o descontrole com gastos com pessoal, que reforça o fato de que a essência da LRF não vem, ao menos em essência, sendo observada pelos entes públicos, e que as instituições responsáveis pelo controle das finanças públicas no Brasil, os Tribunais de Contas, também podem ter deixado a cumprir a contento eu papel controlador, sendo este o segundo ponto.

Tentar-se-á demonstrar que os Tribunais de Contas podem e devem prestar contribuição mais efetiva e relevante no que diz respeito ao controle na ocupação de cargos públicos, não se restringindo a controle formalista que aprecia apreciar atos de admissão e concessão de aposentadoria – sem desmerecer esta relevante competência expressamente prevista no inciso III do art. 71 da CRFB/1988 –, e no acompanhamento os montantes da despesa total com pessoal para fins de apuração dos limites previstos na LRF, que, via de regra, considera apenas a confrontação da despesa com o paradigma (receita corrente líquida), sem análise qualitativa do montante.

Busca-se induzir reflexão de que essa atuação é decisiva à higidez das contas públicas, repercutindo na sustentabilidade das políticas públicas, e tem potencial de conferir

⁵⁰https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO34737/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse

maior segurança jurídica na relação da Administração com os agentes públicos, bem como na relação dos Tribunais de Contas com os agentes jurisdicionados.

É que “a Administração Pública age por dever, não por prerrogativa ou faculdade; sua atuação é imposta pela lei, com vista ao atendimento do interesse público conforme definido no ordenamento jurídico”, como relembra Heller (2019), pelo que não cabe aos Tribunais de Contas a opção de declinar do que lhes foi confiado fazer no âmbito do Controle Externo da Administração Pública, que vai bem além de meros controles formalistas.

Reforça o autor que “o Tribunal de Contas tem por desiderato restringir diretamente o domínio dos detentores do poder. Nada obstante, o órgão de controle externo auxilia a limitação do poder também por meio de contributos ao aprofundamento da democracia”. Rememore-se que, em matéria de cargos públicos, seu desvirtuamento não só é financeiramente lesivo, mas também constitui poderosa moeda de troca a desequilibrar processos eleitorais, pelo que se impõe, por maior razão, a atuação e intervenção legítima dos Tribunais de Contas.

Com efeito, essa intervenção, por decorrer do desempenho das competências controladoras em decisões da função executiva que também gozam de presunção de legitimidade, depende do regular exercício da função de controle, sem a qual se torna um fim inatingível ou ilegítimo, a abalar a própria sustentação do sistema de freios e contrapesos, colocando em xeque a segurança jurídica de gestores e agentes públicos, bem assim a própria efetividade das políticas públicas (VIANA, 2018).

É que, por si, os efeitos advindos da função de controle repercutem no funcionamento da Administração Pública, sendo indutor de condutas. Quanto ao presente trabalho, considerando as competências constitucionais do art. 71, para além da apreciação de atos de pessoal para fins de registro (inciso III), as sanções e outras cominações (inciso VIII) e a imposição de prazo para providências visando ao exato cumprimento da lei (inciso IX), sobressaem como competências controladoras a serem invocadas sob as óticas da legalidade, legitimidade e economicidade das despesas e dos atos de gestão, dentre outros, para fins de controle de criação e ocupação de cargos públicos, e alterações em estruturas de carreiras.

E não apenas isso. Sua atuação especializada, com jurisdição sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública, posiciona essas instituições em patamar diferenciado no controle de bens e valores e na defesa da probidade (VIANA, 2018), que relembra ainda o fato de que as atuações dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas não raro descortinam fatos que também podem representar crimes, improbidade administrativa ou outras infrações que demandam a atuação de outras esferas. Nesses casos,

aos Tribunais de Contas é reservado o poder-dever expresso de representar aos órgãos competentes (inciso XI do art. 71).

Sobre “assinar prazo para que o órgão ou a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (inciso IX do art. 71), que se convencionou chamar de determinações, cria-se obrigação de ações ou abstenções a órgãos igualmente autônomos, o que equilibra o princípio da segregação de funções com o de freios e contrapesos, em competência cujo exercício pelo órgão controlador, a uma, induz a necessidade a este que interprete a lei, e, a duas, que intervenha para que esta seja cumprida. Nesse ponto, aduz Heller:

Quem não detém um poder subordinante, vigorosamente interventivo, não pode fixar termo para que outros façam o que quer que seja. Por óbvio, não se está a falar do órgão de controle como hierarquicamente superior aos demais órgãos constitucionais, mas simplesmente como detentor de uma autorização (*rectius*: dever-poder) constitucionalmente atribuída para imiscuir-se na atividade de outro detentor do poder estatal e, dessa maneira, frustrar sua postura (ação ou omissão) tida por ilegal.

Seja pelo viés sancionador, que impõe garantias processuais de devido processo legal, seja por intervir no andamento de políticas e decisões que gozam de presunção de legitimidade, o exercício da função de controle da Administração Pública deve ser pautada em regras claras, dentre as quais imperioso mencionar o princípio da segregação de funções (na perspectiva macro, entre a função de controle e a função executiva; e no âmbito dos Tribunais de Contas, entre as funções de instrução e julgamento), a imparcialidade, a competência legal para a atuação em cada função essencial ao processo de controle externo e a “colegialidade processual-decisória”⁵¹. Se assim não fosse, seria incompatível com o ordenamento jurídico e o princípio republicano.

⁵¹Termo cunhado pelo processualista Ismar Viana a partir das competências constitucionais dos Tribunais de Contas que, sendo institucionais, para serem exercidas dependem das manifestações conclusivas no âmbito da fase de auditoria e instrução, a atuação de um ministério público especial como fiscal da lei e a decisão pelos julgadores. Como se vê, a atuação controladora depende de colegialidade não apenas decisória, mas também processual, com concurso de atores de funções essenciais conferindo legitimidade à atuação do controle, que repercute/intervém na atuação de outros agentes públicos e decisões da Administração Pública

4.1 Controle sobre os atos de admissão e concessão de aposentadoria

Uma das competências institucionais dos Tribunais de Contas, prevista no inciso III⁵² do art. 71 da CRFB/1988, é a de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.

As duas ressalvas quanto a essa competência constam expressamente do próprio dispositivo, quais sejam, quanto aos atos de admissão, excetua da apreciação para fins de registro aqueles que tratem de nomeações para cargos de livre provimento em comissão; e, quanto ao registro dos atos concessivos de aposentadoria, ressalva a apreciação de melhorias posteriores ao ato concessório que não lhe altere o fundamento legal. Não há autorização constitucional para que o legislador ordinário estabeleça outras exceções ao necessário exame de legalidade dos atos de admissão de pessoal (acórdão TCU 3018/2012)⁵³.

Rememora Speck (2010) que o Tribunal de Contas foi criado para a função de registro prévio, o que o inseria no processo de execução financeira da administração, voltada ao registro de despesa antes de sua efetivação. Na Constituição Federal de 1967, em uma alteração substancial no sistema de controle, aboliu-se o registro prévio pelos Tribunais de Contas e foi criado o sistema de controle interno, instituindo para os Tribunais de Contas novas modalidades de controle: as auditorias e inspeções, mudando seu foco de atuação reativa para atuação por iniciativa própria, e, se antes incidia em todas as despesas, passa então a ser seletiva (SPECK, 2010, p. 69-70).

Por sua vez, o registro de atos aposentadoria dos servidores públicos é competência do Tribunal de Contas desde a Constituição de 1946, e com a promulgação da CRFB/1988, foram incluídos na sua competência também todos os atos referentes à contratação de novos servidores, constituindo verdadeira exceção a atuação controladora pautada em seletividade, pois recaem em todos os atos. Trata-se de competência que, em verdade, ainda possui essência de registro prévio, incidindo sobre todos os atos, em um modelo de “cooperação não-hierárquica”, com a participação de duas estruturas

⁵²Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

⁵³ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3269920115.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>.

independentes, sem subordinação entre si, cooperando para a concretização de um ato complexo (SPECK, 2000, p.118-119).

Assim, este preceito constitucional revela que tais admissões e concessões de aposentadoria concernentes ao funcionalismo público (administração direta, indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público) são atos complexos, dependem registro que decorre da apreciação por parte dos Tribunais de Contas para que sejam válidos (JACOBY, 2016, p. 255).

No mérito, a apreciação pelos Tribunais de Contas não deve se restringir à análise formal do ato e se o agente cumpre os requisitos para a ocupação da função, ao contrário, devem alcançar todas as condições inerentes à legalidade do ato, que não pode se apartar dos comandos constitucionais. Se assim não o for, ou seja, se o controle ficar adstrito a aspectos formais de análise, na prática, assemelhar-se-ia a uma atuação cartorária, abrindo margem para, por exemplo, conceder registro de admissão em cargo público diverso daquele para o qual o agente prestou o concurso, em caso de alterações legislativas operadas no regime jurídico durante a validade do certame, visto que confrontaria apenas documentos e lei em sentido estrito.

Situações assim, sob uma análise meramente formal, até poderiam ter aparência de legalidade, contudo, mediante análise da legalidade em sentido amplo, a transformação operada no cargo (desfiguradas natureza, grau de complexidade das atribuições ou requisito de investidura, por exemplo) pode se dar em tal medida que resulte, na verdade, em cargo distinto. Essa hipótese poderia se caracterizar em investidura sem a prévia aprovação em concurso público para o “novo” cargo, em burla ao mandamento constitucional.

Como a atuação dos Tribunais de Contas possuem efeitos para além da esfera do controle externo, em razão da função fiscalizadora dos Tribunais de Contas, quando se deparar com caso que caracterize, em tese, ato de improbidade administrativa, como a burla ao concurso público (art. 11, V da Lei nº 8.429, de 1992), o Tribunal de Contas deverá formalizar aos órgãos responsáveis pela apuração nas esferas competentes.

Nesse sentido, Viana (2016):

Quando a Lei Maior da República, em seu art. 71, inciso III, outorgou aos Tribunais de Contas a competência para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, parece que outro não foi o objetivo do legislador senão o de evitar a ocupação indevida de cargos públicos, possibilitando, também, a instrumentalização de ações tendentes a responsabilização pessoal relacionada a possíveis loteamentos de cargos públicos, em flagrante ofensa ao regramento do concurso público, que constituem, por sua vez, além de moeda de troca e mecanismos inseridos em projetos ilegítimos de manutenção de poder,

flagrante ofensa aos princípios da eficiência, da moralidade, da impessoalidade, do interesse público, da imparcialidade e lealdade às instituições. (VIANA, 2016, p. 83).

Quanto aos registros de admissão, é didático diferenciar as admissões entre cargos com vínculo permanente e cargos com vínculo precário, quanto à da respectiva atuação do controle em face de cada um deles.

Quanto aos cargos efetivos (vínculo permanente), referindo-se o dispositivo à admissão “a qualquer título”, a competência controladora não se restringe à apreciação quanto ao primeiro provimento. Ora, tendo em vista que o STF define que ascensão é provimento derivado ilegítimo e que o “provimento” está albergado pela competência prevista no inciso III do art. 71 da CRFB/1988, não escapa da competência controladora a atuação em face de atos que configurem provimento derivado, o que pode se dar mediante mudança da situação funcional no curso da trajetória profissional, cuja apuração tardia pode comprometer a eficácia do controle⁵⁴.

O STF tem entendido que o direito do TCU de anular ascensões funcionais se encerra em 5 anos. Nessa seara, importa que as atuações sejam procedidas de maneira tempestiva, pois, independente de não haver nesses casos a incidência prática do prazo decadencial⁵⁵ estabelecido pelo art. 54 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a busca pela segurança jurídica que deve pautar o agir de todas as instituições estatais, cuja inobservância nestes casos, inclusive, incorre no risco da estabilização de uma situação lesiva aos cofres públicos advinda do pagamento continuado de contraprestações pecuniárias a agentes públicos admitidos à margem da legalidade.

Noutro giro, diante do disposto no §2º do art. 37 da CRFB/1988, que determina a nulidade de contratações de efetivos sem aprovação em concurso público ou fora da validade dos certames, a implicar ainda em punição da autoridade responsável, Junqueira e Costa (2016) defendem que a determinação de “suspensão dos efeitos do concurso inquinado” deve implicar o afastamento do agente público contratado com prejuízo de sua remuneração, quando se tratar de fraude a concurso público.

⁵⁴ Como precedente, cite-se o acórdão do TCU nº 232/2005, relativo a progressões funcionais no Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a partir do qual partiu a determinação para a revisão de casos semelhantes nos TRTs, que somente foi invalidado pelo STF em razão do prazo decadencial de 5 anos (MS 28953 e MS 29139).

⁵⁵ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Os autores esclarecem que se trata tão somente de antecipar os efeitos da tutela que culminará na nulificação do vínculo daquele que foi beneficiado pela fraude, tendo em vista que o ato que o investiu da sua função pública é possivelmente inválido, sendo incabível, essas condições, que permaneça sendo remunerado pelos cofres públicos:

A partir de uma interpretação sistemática dos diplomas legais que regem a matéria – e, por via de consequência, de uma teoria hermenêutica do processo coletivo –, a hipótese, em vez de estar regida pelo art. 20, da Lei nº 8.429/92, está submetida ao art. 5º, §4º, da Lei nº 4.717/65, segundo o qual “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Embora esse dispositivo venha previsto na lei que regulamenta a ação popular, não se pode questionar a sua aplicabilidade ao processo coletivo como um todo. Em outras palavras, não se estará pedindo o afastamento do agente público por ter ele, supostamente, praticado um ato de improbidade administrativa, mas sim porque o ato que o investiu nas funções públicas é, provavelmente, inválido. E como a moralidade administrativa é, em verdade, requisito de validade do próprio ato administrativo, incabível que o agente, irregularmente investido na função, venha a continuar sendo remunerado pela Administração Pública. Tanto é assim que não se tem sustentado, ao longo deste trabalho, a viabilidade de afastamento, com prejuízo de remuneração, de todos os agentes públicos envolvidos na fraude, mas apenas o do candidato ilegalmente investido na função pública.

Ainda quanto às admissões, e rememorando que a competência abrange expressamente “admissão a qualquer título”, ela abrange também contratações por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, previstas no art. 37, IX da CRFB.

Se por um lado referido vínculo temporário se reveste de precariedade semelhante à ocupação dos cargos em comissão – o que se poderia levar a crer que é dispensável a apreciação pelos Tribunais de Contas –, por outro lado, as contratações por prazo determinado não foram contempladas na exceção trazida na Constitucional, que ressalvou apenas cargos de livre provimento em comissão.

Referidas contratações por prazo determinado são regidas por leis de cada ente federado, inclusive sobre o que corresponde às hipóteses de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, e, frise-se, não se trata de cargos de livre nomeação, como os cargos em comissão. Devem assim, ser precedidas de processo seletivo, ainda que na forma simplificada, para evitar direcionamentos e favorecimentos, e para atender ao princípio da impessoalidade, sob pena de seu uso ser desvirtuado.

Ao disciplinar a matéria, o Tribunal de Contas da União aprovou a Instrução Normativa TCU 55/2007, que posteriormente foi alterada pela Instrução Normativa TCU 64/2010, que é expressa no sentido de que devem ser registradas no sistema de informações prestadas àquele tribunal as informações pertinentes à admissão de pessoal contratado por

tempo determinado para atender excepcional interesse público, contratação que, na União, é regida pela Lei 8.745/1993.

Em estudo pertinente à matéria, no âmbito do Processo TC 032.699/2011-5⁵⁶, sob a relatoria do ministro Raimundo Carreiro, o TCU se manifestou no acórdão 3018/2012, cujo relatório seguiu integralmente as conclusões da unidade de auditoria responsável (Secretaria de Fiscalização de Pessoal), entendendo que restringir o envio das informações de atos de admissão por prazo determinado⁵⁷ ao sistema “seria o mesmo que criar exceção não prevista pelos legisladores constituinte e ordinário”.

No didático estudo, em que o TCU defende suas competências explicitando sua importância do assunto, ressalta que o fundamento direto é a Constituição Federal, esclarece-se que, para além da eficiência, leva-se em conta outros princípios e valores constitucionais para manter o entendimento segundo o qual todos os atos de admissão de pessoal, mesmo que em caráter temporário, devem ser registrados no seu sistema de envio de informações e encaminhados a este Tribunal, e vai além:

37. A esse respeito, vale dizer que a opção de o Tribunal considerar prejudicada por perda de objeto determinada apreciação, como pode ser o caso das admissões temporárias dos brigadistas do Ibama, visto tais contratos já estarem extintos à época da apreciação por parte do TCU, é uma faculdade prevista no art. 7º da Resolução TCU 206/2007, com redação dada pela Resolução TCU 237/2010.

38. Noutras palavras, pode o TCU considerar legal ato de admissão temporário cujos efeitos financeiros tenham sido exauridos por extinção contratual. Aliás, esse foi o caso de quase 200.000 atos de admissão temporários dos censitários, cuja apreciação do TCU foi pela legalidade.

Por vezes, os Tribunais de Contas dos estados não atuam em registros de admissões por prazo determinado. O registro dessas admissões, contudo, não deve escapar da atuação pelos Tribunais de Contas, conforme leciona Jacoby (2016), ainda que não seja individualmente, por conta do mencionado vínculo precário e transitório dos seus ocupantes com a Administração, que não justificaria demandar o mesmo comprometimento da capacidade operacional controladora dedicado às contratações de vínculo permanente, que traduzem despesas obrigatórias de caráter continuado.

Por sua vez, no que concerne aos registros do ato de aposentadoria, rememorando-se que os parâmetros atinentes ao registro não constituem foco deste trabalho, destaca-se que esta abordagem quanto ao assunto trata apenas de contextualização sobre as repercussões na

⁵⁶<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3269920115.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>

⁵⁷ O caso concreto versava sobre admissão de brigadistas.

inatividade dos acontecimentos durante a vida funcional, sob as perspectivas da segurança jurídica e da oneração indevida aos cofres públicos, e pelo fato de cuidar de competência prevista no mencionado inciso III do art. 71 da CRFB/88.

Quanto ao registro de ato concessivo de aposentadoria, a despeito de controvérsia doutrinária, a jurisprudência do TCU é no sentido de se constituírem atos complexos⁵⁸, aduzindo que a recusa de registro não configura ofensa ao princípio da segurança jurídica, eis que, anteriormente ao registro, não existe ato jurídico perfeito e acabado capaz de gerar direitos adquiridos⁵⁹.

Dessa forma, quanto à aplicação do prazo decadencial pelo TCU nos atos de registro de aposentadoria, o entendimento consolidado é de que começa a contar do momento em que se aperfeiçoa o ato com a apreciação por parte do TCU, vide súmula 278⁶⁰, que diz:

Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

No TCU, é possível encontrar diversos precedentes neste sentido, o que representa o posicionamento atualmente adotado, conforme recente acórdão proferido pela 1ª Câmara do TCU, publicado na ata nº 31, de 03 de setembro de 2019, colacionado a seguir:

Acórdão 8814/2019 Primeira Câmara (Pedido de Reexame, Relator Ministro Bruno Dantas)
Pessoal. Ato sujeito a registro. Ato complexo. Termo inicial. Decadência.
Nas concessões de aposentadorias, reformas e pensões, o prazo decadencial para a Administração rever seus atos (art. 54 da Lei 9.784/1999) inicia-se a partir da decisão do TCU, não do deferimento provisório do ato pelo órgão concedente.

Na mesma linha tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme reconhecido no MS 24.859⁶¹ STF, em que se tratou da aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 aos processos do TCU, decidindo que o prazo decadencial de 5 anos tem seu termo inicial a contar do registro da concessão pelo Tribunal de

⁵⁸Assim é entendido também no STF. Quanto ao Ministério Público Federal, é possível encontrar parecer ministerial classificando como ato composto (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636.553 / RS)

⁵⁹Acórdão 2082/2009 - Segunda Câmara) Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA23561/score%20desc.%20COLEGIADO%20asc.%20ANOACORDAO%20desc.%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue

⁶⁰https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula*/NUMERO%253A278/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=04a7cf50-e13a-11e9-9b97-39480394c49f

⁶¹STF - MS: 25548 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/10/2005, Data de Publicação: DJ 24/10/2005 PP-00042

Contas da União, bem como a aplicação do princípio do contraditório, dispensado quanto à apreciação ordinária, nos termos que aduz:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. T.C.U.: JULGAMENTO DA LEGALIDADE: CONTRADITÓRIO. PENSÃO: DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

I.- O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungindo a um processo contraditório ou contestatório. Precedentes do STF.

II.- Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei 9.784/99.

APOSENTADORIA - ATO COMPLEXO - CONTRADITÓRIO - INEXIGIBILIDADE - LIMINAR INDEFERIDA.1. Na inicial de folha 2 a 9, sustenta-se a insubsistência de ato do Tribunal de Contas da União que resultou na glosa da integração, aos proventos do impetrante, de valores relativos à opção de função, dada a vantagem de quintos ou décimos. Diz-se da aposentadoria, por ato do órgão de origem do servidor, em outubro de 1995, somente havendo se pronunciado aquela Corte de Contas cerca de dez anos após, mediante o Acórdão nº 1.623/05, publicado no Diário de 10 de agosto de 2005. Busca-se demonstrar que incumbia dar ciência ao interessado na preservação dos parâmetros dos proventos e que, presentes a Lei nº 9.784/99 e o termo inicial - janeiro desse ano -, incidiu a passagem do tempo, prejudicando a mencionada glosa. Remete-se ao Verbete nº 359 da Súmula desta Corte e requer-se o deferimento de medida acauteladora, visando a suspender os efeitos do citado acórdão, vindo-se, alfim, a afastá-lo do mundo jurídico. Juntaram-se à inicial as peças de folha 10 a 59. À folha 62, despachei, determinando fossem solicitadas informações, diante das quais examinaria o pleito de concessão de liminar. O Presidente do Tribunal de Contas da União, manifestando-se, encaminhou documento elaborado pela Consultoria Jurídica daquela Corte assim sintetizado (folha 68):(...) 1. Não há que se falar em ato jurídico perfeito antes que o ato complexo de aposentação esteja definitivamente registrado pelo TCU, consoante consolidada jurisprudência do STF.2. Não-incidência da decadência administrativa em face da inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99 aos processos por meio dos quais o TCU exerce sua competência constitucional de controle externo, consoante asseverado, por unanimidade, pelo Plenário do STF no MS 24.859/DF.3. Inocorrência (sic) de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o Acórdão ora impugnado trata de apreciação originária do ato de aposentadoria, caso em que se dispensa o contraditório (MS 24.859 e 24.784, entre outros).4. Inexistência de direito adquirido a entendimento de tribunal.

Estes são os termos da súmula vinculante nº 3 do STF: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.⁶²

A aplicação dessa regra, contudo, tem suas exceções em razão justamente da segurança jurídica, da boa-fé do agente público e da proteção da confiança. Assim, o STF tem entendido que o TCU deve assegurar o contraditório e a ampla defesa nos casos em que o

⁶²<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>

controle externo da legalidade do ato de registro de aposentadoria e pensão seja exercido após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da entrada do ato no Tribunal.

Cumpra colacionar didático precedente do STF acerca do assunto, pois detalha pertinente fundamentação quanto à matéria:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. 1. Havendo o Tribunal de Contas da União exercido a competência que lhe foi conferida pelo inciso III do art. 71 da Constituição Federal em prazo inferior a cinco anos, não há falar em exercício de contraditório e ampla defesa por parte do interessado. 2. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 3. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. **Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da submissão do ato ao TCU, é que se deve convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º).** 4. Segurança denegada” (MS nº 28.520/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 2/4/12).

Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II – A recente jurisprudência consolidada do STF **passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica.** Precedentes. III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de

juízo da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU” (MS nº 24.781/DF, Relator para o acórdão o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 9/6/11).

Em síntese, portanto, atualmente não se aplica prazo decadencial para o controle externo, nem quanto ao ato complexo que se aperfeiçoa com a apreciação do registro do ato concessivo de aposentadoria pelo Tribunal de Contas. O prazo de 5 anos, contudo, aplica-se à Administração para rever seus atos eivados de vícios, prazo este contado do aperfeiçoamento do ato que se dá com a apreciação pelo TCU, exceto em caso de má-fé, caso em que se afasta o prazo decadencial. Outrossim, quanto à competência prevista no art. 71, III, em regra, não se aplica o contraditório e ampla defesa, desde que seja exercida pelo Tribunal de Contas em prazo inferior a 5 (cinco) anos a contar da submissão do ato ao Tribunal. Caso o exercício da referida competência se dê após esse prazo, necessário oportunizar contraditório e ampla defesa ao interessado.

Na procedimentalização do exercício dessa competência, frise-se que o TCU, na condição de órgão de controle externo da Administração Pública, não pode vir a ele mesmo alterar o ato concessivo, sob pena de caracterizar aposentadoria compulsória (JACOBY, 2016, p. 272). O procedimento adequado é diligenciar o agente que concedeu a aposentadoria para que este altere o ato, visando, assim, o seu registro; se verificada irregularidade, assinalar prazo para o cumprimento da lei (art. 71, IX), podendo chegar a sustar o ato impugnado; e/ou decidir pelo não registro, se entender o ato ilegal ou se os autos, feitas as devidas diligências, não estiverem devidamente instruídos.

Por oportuno, ressalte-se que o STF possui jurisprudência consolidada de que somente são irredutíveis os vencimentos e proventos constitucionais e legais, ou seja, não há que se falar em ofensa ao direito adquirido eventual redução decorrer de ilegalidades⁶³.

Nesse sentido, Jacoby (2018) é incisivo ao afirmar que é imprescindível que os Tribunais de Contas ajam de maneira tempestiva na apreciação destes atos, pois, quando não ocorre, culmina por não se alcançar a contento a própria missão confiada ao controle:

“a relevância econômica da ação do controle está não no valor individual e de um mês dos proventos, mas sim na generalização e longos períodos de percepção das parcelas. Desse modo, apequena a nobreza da função do controle o exame tardio das

⁶³ Precedentes: RE 185.255, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 19.9.1997; RE 247.399, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 24.5.20002; RE-AgR 273.665, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 5.8.2005 e RE-AgR 259.201, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 28.10.2004

concessões, atingindo exatamente aqueles que deveriam estar usufruindo, no sossego da missão cumprida, a percepção da remuneração.” (JACOBY, 2018, p. 83)

Destaque-se, por fim, que o TCU tem decidido no sentido de dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, nos termos do enunciado da Súmula TCU nº 249⁶⁴, que privilegiam os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança. Ressalte-se, assim, que essa despesa indevida sem ressarcimento será arcada pelos cofres públicos, quando não houver ação regressiva a quem tenha dado causa.

4.2 Do controle sobre alterações jurídicas operadas durante a trajetória profissional do agente público

Ao positivar a competência dos Tribunais de Contas, a Constituição Federal conferiu a estes órgãos de controle externo da Administração Pública poderosa e ampla ação de controle sobre os atos da administração (JACOBY, 2016, p. 163).

De início, rememore-se que referidas competências foram conferidas ao Tribunal de Contas, e não a um ou outro agente controlador isoladamente, de modo que se impera seu exercício no âmbito de um processo, vinculado que é a uma “colegialidade processual-decisória” – que não se confunde com colegialidade judicante tão somente –, cuja observância a regras claras é medida que se impõe com vistas à mitigação de riscos de interferências indevidas do órgão de controle nos órgãos controlados, o que afrontaria o princípio da segregação de funções, invadindo a esfera típica dos administradores (VIANA, 2019, p. 13).

Considerando que a competência atribuída a órgãos e agentes é irrenunciável (art. 11 da Lei nº 9.784/2009), não podem, portanto, o Tribunal de Contas e os agentes que os integram declinarem ou negligenciarem seu poder-dever de exercer agir com vistas a sua missão de induzir o aperfeiçoamento da Gestão Pública e a efetividade das políticas públicas, exercendo suas competências fiscalizadoras para prevenir e/ou fazer cessar a ocorrência de atos irregulares, ilegais, lesivos ao patrimônio público, esta expressamente prevista no art. 71, IX, CFRB/1988.

Nesse sentido, Speck (2000) reforça que a finalidade das auditorias não é exclusivamente responsabilizadora, mas se presta, também, a corrigir as falhas detectadas nas fiscalizações, sendo a observância de características processuais o que confere legitimidade às

⁶⁴SÚMULA TCU 249: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

decisões que decorrem dos julgamentos no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas, conferindo equilíbrio às decisões (SPECK, 2000, p. 92).

Consoante abordagem consignada no capítulo anterior, reitera-se que a criação de cargos públicos se dá mediante lei em sentido estrito, devendo a lei prever as atribuições do cargo, estrutura da carreira, padrão de vencimentos e vantagens, nomenclatura, natureza, grau de complexidade e responsabilidade, e requisito de investidura. Após criado o cargo, apenas alguns destes atributos são passíveis de alteração sem que se configure transposição inconstitucional de cargos públicos, e também desde que operados mediante lei.

Ressalte-se que a presente pesquisa acadêmica não se presta a examinar materialmente, de forma específica, as ocorrências que podem constituir ou não irregularidades ou ilegalidades, até porque isso somente pode ser verificado, de fato, em análises de casos concretos. O que aqui se propõe é, com base nos parâmetros gerais relacionados aos cargos públicos – ingresso, ocupação, alterações operadas na relação jurídica no curso da trajetória profissional, outros atos que importem aumento de despesa e aposentadoria –, perquirir o alcance do controle que compete aos Tribunais de Contas e como ele pode ser efetivado de forma regular e eficiente, considerando as premissas estabelecidas (equilíbrio fiscal e segurança jurídica).

4.2.1 Transformações no cargo público e ocupações indevidas– controle sob aspectos materiais

Neste tópico, necessário se faz aclarar, logo de início, duas premissas. A primeira e de que apreciar a constitucionalidade de leis e normas é matéria de competência do Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal de Contas, com base na súmula 347 (abordada em tópico adiante), é reservado afastar constitucionalidade de lei em caso concreto; a segunda é no sentido de que o Tribunal de Contas não pode sobrepor os órgãos da gestão que lhes são jurisdicionados, em observância, inclusive, ao princípio da segregação de funções.

Tendo em vista, contudo o rol de competências constitucionais outorgadas aos Tribunais de Contas, a este incumbe poder-dever de fiscalizar os atos de gestão e sua adequação aos critérios estabelecidos, que podem ser legais constitucionais, visto que os Tribunais de Contas não apenas devem punir ou conter danos ao patrimônio público, mas evitar que eles ocorram (VIANA, 2019), não por outra razão exercem controle contábil, patrimonial, operacional e financeiro, sob vertentes de legalidade, legitimidade e economicidade.

Dessa forma, os Tribunais de Contas, portanto, são as instituições de controle externo da Administração Pública legitimadas a fiscalizar a regular ocupação de cargos públicos, que representa uma despesa pública significativa e crescente, devendo agir, por exemplo, quando detecta a ocupação de cargos em comissão que foram criados em descompasso com a Constituição Federal, quando detecta casos de desvios de função que podem vir a onerar o erário em razão de indenizações ou mesmo pelo prejuízo decorrente de refazimento de atos administrativos que porventura forem anulados; ou mesmo quando detecta outros atos que incorram em despesas não respaldadas materialmente por leis ou requisitos constitucionais.

As representações são os instrumentos pelos quais os auditores de controle externo formalizam ilegalidades ou possíveis irregularidades detectados para que sejam apurados, diante de seu poder-dever de agir.

Diante da ocorrência de atos ilegais, os Tribunais de Contas dispõem de competência para determinar prazo para a Administração corrigir atos eivados de vício (art. 71, IX), podendo, inclusive, vir a sustar eventual manutenção ato impugnado em caso de não atendidas suas determinações (art. 71, X); responsabilizar gestores na esfera de controle externo (art. 71, VIII); bem como identificar outros poderes e órgãos competentes para apurarem em outras esferas irregularidades ou abusos detectados (art. 71, XI).

Em se tratando de cargos públicos, contudo, alguns aspectos precisam ser observados, de maneira semelhante ao que opera nos casos de apreciação de registro de aposentadoria. Primeiramente, no que diz respeito ao prazo decadencial de 5 anos imposto pela Lei 9.784/1999 para que a Administração anule seus atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, ressalvada, contudo, a prática de comprovada má-fé.

O prazo se aplica pois ao Tribunal de Contas não compete a prática de atos, mas sim o poder-dever de determinar que a Administração o faça, de modo que, para a Administração cumprir, ela está circunscrita ao prazo decadencial que a ela se aplica. O STF tem concedido a segurança em Mandados relacionados à anulação, por exemplo, de práticas que configuram ascensões funcionais (provimento derivado inconstitucional), em cujo Tribunal de Contas tenha demorado mais de 5 anos para agir, vide precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ANULAÇÃO INICIADO MAIS DE 5 ANOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.784/1999. DECADÊNCIA DO

DIREITO DE ANULAR OS ATOS DE ASCENSÃO. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA” (MS nº31300/DF, 2ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10.12.2012).

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Incidência da decadência prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Direito ao contraditório e à ampla defesa. Súmula Vinculante nº 3. Agravo regimental não provido. 1. **Decadência do direito do Tribunal de Contas da União de anular atos de ascensão funcional** de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, realizados entre os anos de 1993 e 1995, **após o decurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99**, contado a partir de 1º de fevereiro de 1999, data de início da vigência da Lei nº 9.784/99. Precedentes. **Necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa para a validade das decisões do Tribunal de Contas da União.** Súmula Vinculante nº 3. 2. Agravo regimental não provido” (MS nº 27561 AgR/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 04.10.2012).

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ANULAÇÃO INICIADO MAIS DE 5 ANOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.784/1999. DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAR OS ATOS DE ASCENSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA”.(MS nº 28953/DF, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.3.2012).

Outrossim, como se vê nos precedentes, o STF também tem consolidado o entendimento que, para esses casos, deverá ser garantido pelo TCU o direito ao contraditório e ampla defesa àqueles que serão atingidos pelos efeitos do que vier a ser decidido quanto ao ato ilegal objeto da apuração.

Os casos em que STF anula decisões do TCU, portanto, relacionam-se a regras processuais, notadamente ao prazo decadencial, em nada mitigando a inconstitucionalidade material dessas práticas e nem o poder-dever de agir do TCU diante delas. Além disso, em sendo observadas as regras processuais, o TCU tem exercido sua competência de controle, em casos concretos, sobre provimentos derivados de cargos públicos, muitos das quais caracterizam ascensões funcionais de servidores sem amparo constitucional, alçando-os, na prática, para cargos públicos diversos do que ocupam, mais elevados em requisito de investidura, complexidade ou remuneração.

Não é demais lembrar que ascensões ilegítimas constituem máculas graves, em claro desprestígio aos princípios da impessoalidade, configurando, em última análise, grave ofensa ao princípio da moralidade administrativa, passível, portanto, de enquadramento no art. 11, inciso V da Lei 8.429/92.

As referidas auditorias, apurações e decisões tomadas pelos Tribunais de Contas abordadas neste tópico, devidamente processualizadas, têm o condão de conferir resultados equilibrados e efetividade ao próprio inciso III do art. 71, eis que caracteriza iniludível ofensa

à segurança jurídica à relação Administração-Agente Público quando este, após uma trajetória funcional, encontrando-se em situação que imagina estabilizada, descobre, no registro de sua aposentadoria, que a referida relação, há muito, está eivada de irregularidades ou ilegalidades, podendo vir a não ser registrada.

Aliás, informe-se que hipóteses de negativa de registro de aposentadoria em razão de violação do art. 37, II, da CRFB/1988 têm encontrado respaldo no STF. A guisa de exemplo, cite-se a decisão proferida em sede de apelação contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que entendeu pelo desprovimento de recurso em matéria relacionada a negativa de registro da aposentadoria pelo TCE por violação do art. 37, II, da CF. Importa transcrever trecho do posicionamento do Ministro Celso de Mello, no bojo do MS 30185 MC⁶⁵, do qual era relator:

fundamento que parece relevante e que se apóia no princípio da segurança jurídica, considerado o decurso, na espécie, de mais de 09 (nove) anos entre o ato concessivo de pensão (Junho/1998) e a decisão do Tribunal de Contas da União, que considerou ilegal referido benefício (04/12/2007)

A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado e, também, por incutir, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro. (Grifo nosso)

Como visto, para além das competências previstas no inciso III do art. 71, abordada no tópico anterior, quanto aos atos de admissão e de concessão de aposentadoria, os atos administrativos em matéria afeta à ocupação de cargos públicos nos órgãos e entidades sob a respectiva jurisdição do Tribunal de Contas também estão sujeitos à fiscalização, ou seja, a subsunção à lei e à CRFB/1988 dos acontecimentos inerentes à trajetória profissional do agente também está sujeita à fiscalização dos Tribunais de Contas, tal qual os demais atos que envolvem a gestão da coisa pública, tendo em vista a competência para, em caso de detecção de ilegalidades, determinar providências ao exato cumprimento da Lei, concedendo prazo para este fim, com fundamento na competência constitucional expressa, prevista no art. 71, IX, CRFB/1988.

Observe-se, porém, o prazo decadencial para que a Administração reveja seus atos eivados de vício (no Poder Executivo Federal, é de 5 anos previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999), que se alicerça na segurança jurídica que intenta conferir estabilidade às relações.

⁶⁵<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000141946&base=baseMonocraticas>

Ressalte-se que o TCU tem decidido no sentido de dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, nos termos do enunciado da Súmula TCU nº 249⁶⁶, que privilegiam os princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé.

Assim, a consumação no tempo de ilegalidades promovidas durante a vida funcional do agente que escape à fiscalização pelos Tribunais de Contas pode não apenas resultar em prejuízos ao erário decorrentes da omissão quanto ao poder-dever de agir para determinar a correção desses vícios tempestivamente (competência prevista no art. 71, IX), mas também pode vir a esvaziar, na prática, a efetividade do controle sobre os atos de concessão de aposentadoria (competência prevista no art. 71, III), eis que o Tribunal pode vir a negar o registro em razão da detecção, somente nessa oportunidade, de situações irregulares, não acobertadas pelo manto da legalidade, operadas ao longo da vida funcional do agente, o que constitui ofensa à segurança jurídica daquele agente público.

Há, ainda, outros aspectos relevantes em matéria de pessoal a serem controlados pelos Tribunais de Contas. Isso porque, conforme já bastante abordado, em detectando ilegalidades, os têm o poder-dever de determinar que a Administração Pública responsável pelo ato ilegal adote as providências necessárias para o cumprimento da Lei.

Acerca de desvios de função, a Administrações pública possui casos emblemáticos de condenação ao pagamento da indenização decorrentes de tal prática, tal qual o caso do Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro, que já pagou R\$ 351 milhões de indenização a servidores desviados⁶⁷. Ressalte-se, aliás, que os representantes dos empregados sugeriram acordo de quase R\$ 1,1 bilhão, com a demonstração de cálculos, já que em 2015, o Serpro tinha atualizado o valor da condenação em R\$ 1,4 bilhão. Corrigir ocorrências desta natureza são dever do gestor que deu causa, mas, tendo em vista constituir ato ilegal, também poderia vir a ser detectado pelo Tribunal de Contas, que dispõe de competência para determinar prazo para seu termo.

⁶⁶**SÚMULA TCU 249:** É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

⁶⁷<https://oglobo.globo.com/opiniao/nao-se-fez-justica-22803865>

Acerca da matéria, em 2014, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao determinar⁶⁸, por unanimidade, a Tribunais de Justiça de 26 unidades da Federação a imediata instauração de processo administrativo junto às respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça para apurar e regularizar todas as situações que envolvam desvio de função de seus servidores”, proferiu decisão cujo voto da relatora carece aqui registrar:

[...] o desvio de função é ato atentatório ao princípio da legalidade, pois sua configuração provoca efeitos deletérios para a administração pública, notadamente com violação dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência. Pode, ainda, provocar enriquecimento ilícito para o Estado.

Não se pode olvidar, por fim, da função cientificadora dos Tribunais de Contas, que deve ser invocada com vistas a instrumentalizar as competências de outras esferas de poder. Para a matéria tratada neste tópico, devidamente processualizada, poderá o Tribunal, eventualmente, cientificar a Procuradoria-Geral do Ente e o Ministério Público para que estas instituições, no exercício de suas respectivas competências institucionais, avaliem o interesse de questionara constitucionalidade de medidas legislativas perante o Poder Judiciário.

4.2.2 Criação de cargos e transformações que importem em criação ou incremento de despesas obrigatórias de caráter continuado - exequibilidade das leis

Ao dispor sobre as leis que regem o orçamento público, a CRFB/1988 impõe vedações no sentido de vincular que haja a devida previsão nesses instrumentos o início de programas, de projetos, a realização de despesas, a assunção de obrigações, dentre outras regras contidas nas previstas nos incisos do art. 167, e, na sequência, no art. 169. O Legislador Constituinte se preocupou, especificamente, quanto às despesas com pessoal, remetendo à edição de uma Lei Complementar a estabelecer limites para essas despesa, vinculando a “concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta,

⁶⁸<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61616-tribunais-de-justica-deverao-apurar-e-corriger-casos-de-desvio-de-funcao-de-servidores>

inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público” à existência de adequação/autorização orçamentária prévias.

A matéria foi regulamentada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano 2000, conforme abordado em tópico próprio do 2º capítulo deste trabalho, e os arts. 15, 16 e 17 regulamentam o assunto em específico, determinando as condicionantes a serem observadas na criação ou majoração de toda despesa obrigatória de caráter continuado⁶⁹, assim definida na forma do art. 17, quanto às medidas compensatórias e adequação orçamentária e financeira às leis orçamentárias – requisitos a constarem no processo legislativo como condição de validade desse processo (ADI 5816/RO)⁷⁰ –, cuja inobservância incorre em geração de despesa ou assunção de obrigação classificadas pela LRF como “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público”.

Dada a natureza obrigatória e caráter continuado da despesa, sua criação ou majoração depende da demonstração da origem de recursos para seu custeio, com medidas de compensação de seus efeitos financeiros mediante aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa, que integrarão o instrumento legislativo de sua criação/majoração, bem assim a comprovação de que não afetará as metas de resultados fiscais e a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.

Assim, conforme detalhadamente abordado no capítulo 2, não basta, para a implementação dessas despesas, a existência de leis materialmente constitucionais e válidas, eis que a inadequação ou a falta de demonstração da sua adequação orçamentária e financeira e respectivas medidas compensatórias – no processo legislativo que as originou – torna essas leis inexecutáveis, matéria de finanças públicas sujeita à fiscalização pelos Tribunais de Contas, no âmbito da competência fiscalizatória expressa da LRF.

É de se acrescentar, ainda, que referidas leis que criam/majoram despesas (e respectivos projetos legislativos) podem também ser objeto de ação de natureza objetiva para apreciar sua constitucionalidade, ajuizada pelos que são assim legitimados (não é o caso dos Tribunais de Contas), quando inobservado os requisitos de estimativa do impacto orçamentário e financeiro, exigida no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, inserido por meio da EC 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal

⁶⁹despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, nos termos do art. 17 da LRF.

⁷⁰<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5310812>

no âmbito dos orçamentos da União. Embora traçado à Administração Federal, há discussão sobre o caráter nacional da norma (ADI 58/16/RO).

Retornando ao plano controlador, reitera-se que o conceito de despesa obrigatória de caráter continuado abrange obrigação legal por um período superior a dois exercícios, no que pode se incluir tanto a criação de cargos públicos, quanto alterações operadas em regimes jurídicos concernentes à criação de vantagens, gratificações, alterações em estrutura de Planos de Cargos e Carreiras que concedam majorações de remuneração, etc., o que se extrai do art. 169, §1º da Constituição Federal c/c art. 17 da LRF, de modo que a análise quanto à eficácia destas leis deve ser objeto de controle pelos Tribunais de Contas.

Oportuno rememorar, nessa linha, o já mencionado acórdão nº 1907/2019 – Plenário TCU, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, no qual o plenário do TCU em sede de consulta decidiu que “medidas legislativas que forem aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira, e em inobservância ao que determina a legislação vigente, (...) somente podem ser aplicadas se forem satisfeitos os requisitos previstos na citada legislação”, condizente com a jurisprudência do STF.

Assim, não deve escapar às Cortes de Contas a relevante tarefa de fiscalizar novas leis na perspectiva das condicionantes exigidas, avaliando a sua adequação às leis orçamentárias, a regularidade e a implementação prévia das medidas compensatórias exigidas, bem como seus impactos sobre as metas fiscais, aferindo se são exequíveis ou se as despesas delas decorrentes são “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público”, visto não poderem produzir efeitos, pelo menos, até que as condições de eficácia sejam atendidas⁷¹.

Estando comprometida a exequibilidade da norma aprovada, ou que norma sem atendimento às condicionantes está gerando despesas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, poderá o Tribunal de Contas assinar prazo para fazer cessar seus efeitos (art. 71, IX), sem prejuízo da responsabilização (reparação e sanção) a quem tiver dado causa à irregularidade e à lesividade aos cofres públicos, na esfera do controle externo, além de representarem para apuração do fato em outras esferas, inclusive, a Procuradoria do ente para que avalie eventuais interesses em arguir possíveis inconstitucionalidades e o Ministério Público para possíveis ajuizamento de ações de improbidade.

Os alertas previstos no art. 59, §1, IV da LRF também representam instrumentos eficientes de que dispõem os Tribunais de Contas na prevenção da malversação dos recursos

⁷¹Tendo em vista que os requisitos e condicionantes devem constar no projeto de lei, pode haver discussão sobre a possibilidade ou não de atendimento após a lei ser aprovada.

públicos, eis que podem versar sobre limites, endividamento, indícios de irregularidades, dentre outros aspectos, antes mesmo que o fato que consome (CONTI, 2019, p. 138)

Assim, ao se deparar com práticas dessa natureza e visando a evitar que se repita, os Tribunais têm o poder-dever também de cientificar os Poderes Executivo e Legislativo dos riscos fiscais envolvidos na expansão de despesas por lei sem estudos de impactos, emitindo alertas⁷² quando constatarem fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária:

ACÓRDÃO 2.937/2018-TCU-PLENÁRIO

9.2. alertar:

9.2.1. o Poder Executivo que a manutenção da atual dinâmica de expansão das despesas obrigatórias, em especial das despesas previdenciárias e das despesas com pessoal, apresenta trajetória potencialmente incompatível com a sustentabilidade fiscal de longo prazo, acarretando riscos significativos de impactar as condições econômicas do país e comprometer a capacidade operacional dos órgãos federais para a prestação de serviços públicos essenciais aos cidadãos; e

9.2.2. o Poder Legislativo que a manutenção da atual dinâmica de expansão das despesas e/ou inibição de receitas, mediante inovações ou alterações legislativas **desacompanhadas de adequadas estimativas do impacto orçamentário-financeiro nas finanças da União e de medidas mitigadoras destes impactos**, acarreta riscos significativos para a sustentabilidade fiscal do país, além de comprometer a capacidade operacional dos órgãos federais para a prestação de serviços públicos essenciais aos cidadãos;

É que os órgãos de controle também são detentores dessa função de informar, de traduzir informações e contribuir com a transparência e a tomada decisão (SPECK, 2000).

4.3 Súmula 347 e o controle de Constitucionalidade Incidental

A Súmula nº 347 do STF⁷³ prevê que “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A aplicação do referido diploma, contudo, envolve certa controvérsia, pois, muito embora não tenha sido revogado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), questiona-se se os seus termos foram ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista ser datada de 13 de dezembro de 1963, editada sob a égide da Constituição de 1946, quando o Procurador-Geral da República era o único legitimado a suscitar inconstitucionalidade de norma junto à Corte Constitucional.

⁷²vide previsão expressa do art. 59, §1º, V, da LRF

⁷³**Súmula nº 347**O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

O argumento é no sentido de que, com a promulgação da atual Constituição da República, o rol de legitimados para a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade foi alargado, estendido, inclusive, para governadores de estado, o que se interpreta como sendo uma ampliação do acesso à Corte Constitucional quanto ao controle de constitucionalidade de leis, de modo que já não se justificaria afastar aplicação de lei sem ouvir o próprio STF, inclusive diante da possibilidade de se obter, prontamente, medida cautelar capaz de suspender os efeitos da norma questionada (MENDES; BRANCO, 2018).

Acerca da controvérsia, no âmbito do STF, ganhou destaque o Mandado de Segurança (MS) nº 25.888⁷⁴, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petrobrás em face de decisão do TCU, que, em 2006, suscitou a súmula 347 e entendeu que a empresa não poderia aplicar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado. À época, o argumento da Petrobrás foi que o TCU não tinha competência para declarar inconstitucionalidade da norma e que a súmula 347 estava ultrapassada.

O pedido de liminar foi então deferido pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, de cuja decisão colaciona-se o seguinte trecho:

A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Há que se esclarecer, contudo, de que não se trata de a possibilidade de Tribunal de Contas declarar inconstitucionalidade de lei em abstrato, mas de apreciar a constitucionalidade de normas jurídicas e atos do Poder Público, incidentalmente, quando da análise de casos concretos afetos a sua competência de controle externo, revestindo-se, pois, de indiscutível excepcionalidade (VIANA, 2019, p. 250).

Willeman (2017), ao explicar que o princípio da legalidade administrativa evoluiu para a noção de juricidade, fenômeno entendido como uma exigência de vinculação decisória à Constituição defende que o controle de legalidade por parte do Tribunal de Contas ultrapassa o exame infraconstitucional e alcança, incidentalmente, em casos concretos, embora não possam declarar inconstitucionalidade de norma, o poder-dever de deixar de

⁷⁴<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2371137>

aplicar um ato normativo por ele considerado inconstitucional, seja pelo disposto na Súmula 347 do STF, ou, ainda, por força da competência que lhes atribui o inciso X do art. 71 da CRFB/1988, que lhe permite sustar a execução de atos impugnados.

Oportuno mencionar, considerando o objeto deste trabalho, a discussão pertinente ao mandado de segurança 35.410 Distrito Federal. Em 2017, o TCU invocou a Súmula nº 347 para afastar a aplicação de dispositivos da Lei nº 13.464/2017, que alterou a estrutura remuneratória dos cargos de Analistas-Tributários e Auditores-Fiscais de modo a permitir o pagamento indevido de verbas a inativos. Assim, o TCU determinou a suspensão de pagamento de bônus de eficiência a servidores inativos por entendê-lo inconstitucional, em razão de não incidir desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor – CPSS na referida parcela, invocando também os princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário.

No bojo do mandado de segurança em alude, o TCU, que já está notificando os inativos para apresentarem esclarecimentos no âmbito dos processos de aposentadoria se encontram sob análise, defendeu que pode e deve afastar a aplicação dos referidos dispositivos “nos casos concretos submetidos à sua apreciação, por exemplo, nos atos de aposentadoria que lhe são encaminhados para fins de registro ou em representações, versando situações concretas”.

O referido MS 35.410 Distrito Federal ainda se encontra pendente de julgamento quanto ao mérito, mas conta com manifestação da Procuradoria Geral da República pela concessão da segurança, e o relator, ministro Alexandre de Moraes, deferiu a medida cautelar requerida, liberando o pagamento de verbas entendidas como inconstitucionais pelo TCU, refutando a possibilidade de aplicação da Súmula 347.

Segundo o relator, “inconcebível a hipótese de o TCU, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos”. Na fundamentação, o ministro recupera seu posicionamento acerca da impossibilidade de controle difuso de constitucionalidade por parte do Conselho Nacional de Justiça, dada a sua função administrativa, o que entende ser uma usurpação de função jurisdicional.

Esclareça-se, primeiramente, que a doutrina reconhece a função jurisdicional⁷⁵ dos Tribunais de Contas, com natureza própria do controle externo (dizer o direito no âmbito

⁷⁵ VIANA, Ismar. **Fundamentos do Processo de Controle Externo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

⁷⁶ JACOBY Fernandes, J.U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

do controle externo), tendo o STF, desde 2001, já se pronunciado no sentido de que os processos dos Tribunais de Contas não se confundem com processos administrativos⁷⁷.

Para além disso, registre-se que o exame acerca da possibilidade do controle incidental de constitucionalidade pelo CNJ – este, sim, com natureza administrativa – foi admitida no julgamento do mérito da Petição 4.656 Paraíba (PET 4656 PB), na qual se discutia procedimento de controle administrativo instaurado, de ofício, pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de desconstituir ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, qual seja a nomeação de 100 (cem) servidores ocupantes de cargo comissionado.

No mérito, o STF, por unanimidade, acompanhou os termos do voto da Relatora, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba. Na ocasião, a Ministra Carmen Lúcia, relatora, elucidou que “deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional é diferente de declará-la inconstitucional”, em decisão fundada na teoria dos poderes implícitos:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Assim, não é exclusivamente ao Poder Judiciário que incumbe a verificação da constitucionalidade de norma e dos atos da administração (SCHMITT, 2006).

Em assim não sendo, quanto aos Tribunais de Contas, restaria comprometida, de início e de forma direta, a efetividade no exercício das competências constitucionais instituídas, não só na perspectiva da legitimidade, mas da própria legalidade, em sentido amplo. Quanto à apreciação de atos de pessoal, limitar-se-ia a apreciação a meros aspectos formais quanto aos atos concessivos de aposentadoria, atividade de conferência, como uma autenticação de cartório. Ademais, não faria sentido atribuir aos Tribunais de Contas expressamente competência para o controle da legalidade e legitimidade, esta última que viabiliza ir além da legalidade, para a efetivação da prevenção de danos e proteção do erário.

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 23550-1/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 de abril de 2001. Diário da Justiça – República Federativa do Brasil, 31 out.2001, p. 00006.

Alinhado a esse mesmo entendimento, o professor Luiz Henrique Lima (2017) destaca que a CRFB/1988 ao trazer, no *caput* do art. 70, as expressões "legalidade" e "legitimidade", avança no sentido que as competências de fiscalização dos Tribunais de Contas têm o poder-dever de verificar se os atos administrativos estão em consonância com a Constituição, promovendo juízo de "juridicidade" quanto ao atuar administrativo:

O Tribunal de Contas tem "como *dever*, mas sem adentrar em competência alheia (do Judiciário), agir dentro dos limites de suas atribuições (de modo que não *declara* inconstitucionalidade) e negar executoriedade ao ato de administração inconstitucional", com respaldo na *competência original aprofundada* ou na *teoria dos poderes implícitos*.

A despeito da controvérsia, fato é que a Súmula 347 permanece vigente. Acerca do assunto, Viana (2019) elucida que o referido controle incidental de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas se dá em decorrência de situações detectadas no regular exercício de fiscalizações e instruções processuais de controle externo, casos concretos, portanto. Nesses casos, deve o relator propor ao Pleno do Tribunal incidente de inconstitucionalidade, processualizado mediante rito que contemple a instrução técnica, o parecer do Ministério Público Especial e observe a cláusula de reserva plenária, nos termos do art. 97 da CRFB/1988, segundo o qual matérias afetas à constitucionalidade de leis e atos normativos dependem da maioria absoluta de seus membros.

Prossegue o autor explicando que, aberto o incidente de inconstitucionalidade, a autoridade da qual emanou o ato impugnado deverá ser cientificada, bem como intimada da data do julgamento, permitida a sustentação oral; outrossim, quando decorrer de Lei Formal, será cientificada a Procuradoria Geral do Estado ou do Município para oportunizar a defesa da norma impugnada, tudo isso com vistas ao resguardo da legitimidade processual-decisória e a redução da incorrência de erros nessa atuação excepcional. Julgado o incidente de inconstitucionalidade, retoma-se o fluxo do processo que contempla o caso concreto que deu origem ao incidente.

E não apenas isso, considerando que os Tribunais de Contas não figuram dentre os legitimados para a propositura de Ação de Direta de Inconstitucionalidade, poder-se-á, com base no inciso XI do art. 71, cientificar a Procuradoria Geral do Ente e o Ministério Público para que estas instituições, no exercício das respectivas competências, avaliem o interesse de questionar a constitucionalidade das normas perante o Poder Judiciário.

Dessa forma, a depender das conclusões obtidas da análise do caso concreto, no âmbito de um Processo de Controle Externo, o Tribunal de Contas poderá buscar amparo nos

incisos IX (assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade) e/ou XI (representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados), ambos do art. 71, além de atuar para apurar as responsabilidades daqueles cujas condutas lhes tiver dado causa.

4.4 A fiscalização das contratações e a instrumentalização de ações de improbidade

Como já dito, o art. 71, inciso III da CRFB/88 expressamente dispõe que aos Tribunais de Contas compete apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, aí incluídos os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público de que trata o inciso IX do art. 37.

Da leitura do aludido dispositivo é de todo evidente a intenção da Constituição Republicana e cidadã de confiar a essas instituições a indisponível missão de proteger a probidade na gestão das despesas com pessoal, sob a perspectiva quantitativa e qualitativa, a contemplar o monitoramento da impessoalidade, moralidade, até para fins de alcance da eficiência na prestação dos serviços públicos ofertáveis aos cidadãos.

A fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas abrange o controle de legalidade, legitimidade e economicidade, conforme dicção do art. 70 da CRFB/88, do que resulta possível concluir que a análise feita por essas instituições de Controle Externo, para além de verificar se a contratação garantiu a oportunidade igual de acesso aos cargos ou funções públicas, permite aferir se ela era realmente necessária ao atendimento de uma finalidade pública.

Assim, se no exercício do controle dessas contratações de pessoal, realizadas por meio de concurso público, seja a partir da dispensa dele, o Tribunal de Contas constatar irregularidades, excesso ou desvio de finalidade nessas contratações, terá, por dever constitucional, que cientificar o Ministério Público Estadual e a procuradora do ente ao qual a unidade jurisdicionada se encontra vinculada, após apurada a prática e irregular ou abusiva, a fim de que órgãos dotados de legitimidade para ajuizar ação de improbidade administrativa possam avaliar as irregularidades apuradas sob a perspectiva da irregularidade de contas.

Nesse sentido, explica Ismar Viana (2020), para quem:

Em caráter opinativo, em vista dos instrumentos próprios, devem as decisões de controle externo consignarem se as irregularidades que ensejam a imprestabilização das contas são insanáveis e se configuram, em tese, ato doloso de improbidade administrativa, sobretudo quando se tratar de irregularidade que se subsume formalmente às tipificações expressamente previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n.

8.429/92, colaborando, assim, com a Justiça Eleitoral e com o processo democrático⁷⁸.

Em vista disso, dispondo o inciso V do art. 11 da Lei n. 8.429, de 1992, que a fraude a concurso público constitui ato de improbidade administrativa, reforça-se que é imprescindível que a análise de atos de pessoal feita pelos Tribunais de Contas não fique circunscrita ao controle de legalidade, restrita a aspectos formais, devendo, pois, se projetar para a juridicidade. Essa é a interpretação sistemática que o exegeta facilmente extrai dos arts. 37, II, 70 e 71, III da CRFB/88, na medida em que o que se objetiva alcançar é regularidade nas ocupações de cargos públicos, com vistas a atingir a eficiência na prestação dos serviços públicos e a higidez das finanças públicas.

Porém, ainda que a aludida lei não tivesse trazido esse teor, de forma expressa, no inciso V do art. 11, seria suficiente *ocaput* do referido art., que traz um rol exemplificativo, pois ele é claro ao dispor que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Assim, mencione-se que, por exemplo, constitui ato de improbidade administrativa a realização de um concurso público com inobservância do dever de estabelecimento de critérios claros e objetivos de contratação ou cuja nomeação dos agentes aprovados venha a ocorrer de forma a preterir a ordem de classificação, assim como a dispensa de um concurso quando a exigência dele era inconteste.

Em razão disso, apesar de as nomeações para cargo de provimento em comissão serem excluídas da rota de alcance do inciso III do art. 71 – que dispõe sobre a apreciação, para fins de registro, de atos de admissão de pessoal –, elas estão inequivocamente sujeitas ao controle que emerge do inciso IX do mesmo art. –que versa sobre o poder-dever de determinar a correção de irregularidades e ilegalidades – até porque qualquer entendimento no sentido de que elas não estariam sujeitas ao controle exercido pelos Tribunais de Contas terminariam por inviabilizar a concretização do art. 37, II, abrindo espaço para que a exceção (contratação sem concurso público) viesse a se tornar regra.

Nesse sentido, as contratações de pessoal direcionadas para atender exclusivamente a compromissos firmados em campanhas políticas, seja por meio de contratos temporários, seja por meio das nomeações em cargos de livre provimento em comissão, parecem configurar grave deslealdade institucional, na medida em que a finalidade a ser

⁷⁸ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/arts./dano-ao-erario-o-stf-a-prescricao-e-os-tribunais-de-contas-13052020>

atingida não é o interesse público, mas o interesse da autoridade contratante ou nomeante, traduzindo tais condutas em descumprimento ao dever de imparcialidade na gestão dos recursos públicos.

Para além disso, contratações nessas bases, revestidas de interesses exclusivamente privados, não são pautadas por critérios capazes de aferir a qualificação dos agentes contratados, encontrando-se, pois, dissociadas da busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos.

Assim, restando demonstrado o conflito de interesses da autoridade competente para a prática do ato e a relação causal, poderá haver a subsunção ao inciso V do art. 11 da Lei n. 8.429, de 1992, consoante lições de Fábio Medina Osório (2013, p 349):

Cumprir enfatizar que a dispensa indevida do concurso público, de forma continuada, configura desonestidade calcada no pressuposto de agressão deliberada ao princípio da eficiência. Daí se percebe que, no plano subjetivo, culpa e dolo se aproximam de forma muito estreita nesse sentido.

Arremata o aludido autor que “embora a LGIA silencie, neste dispositivo há que estar abrangida a hipótese da dispensa indevida do concurso, quando não houver lesão ao erário. Essa dispensa é tão ou mais grave do que a feitura de um concurso viciado”.

Porém, não é só. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a prática de ato de improbidade administrativa nos casos em que a contratação de pessoal se dê em manifesta inobservância do regramento do concurso público como meio idôneo para arrematar pessoal, ao arremate do Texto Constitucional, *in verbis*⁷⁹:

Nos termos do inc. V, do art. 11, da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que vise a frustrar a licitude do concurso público. Nesse sentido, ‘a contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa’

Por diversas perspectivas, portanto, os Tribunais de Contas têm competência para atuar em face de contratações de pessoal, competindo-lhes um papel determinante à higidez dos quadros da Administração Pública, em atuação que pode se projetar, inclusive, para outras esferas de atuação do Estado, como a esfera cível nas ações de improbidade.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 817.557/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 10.02.2010, 10.08.2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600241089&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>> Acesso em: 07 mar. 2018.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê extenso rol de Direitos Fundamentais a ser perseguido pelo Estado Brasileiro e traduzido na forma de Políticas Públicas. A Lei Maior, para além dessas finalidades, traçou para o Estado organicidade e limitadores à sua atuação, obrigações arrecadatórias relacionadas à manutenção do aparato estatal e competências de cada ente e instituição que o integra, tudo organizado num ambiente de federalismo cooperativo.

Nessa ambiência do Estado brasileiro, portanto, há outorga do poder do povo a agentes que atuam no sentido de perseguir os objetivos traçados pela CRFB/1988. Por expressa previsão constitucional e em decorrência do próprio Princípio Republicano, esses agentes, públicos ou privados, atrelam-se ao dever prestar contas de seus atos e dos recursos públicos que geriram constituídos da atividade financeira do Estado, o que abrange: prestação de contas, responsividade e responsabilização dos agentes (*accountability*).

Desse contexto emerge o conceito de governança pública, haja vista a existência de delegação de autoridade e poder a terceiros para gerir recursos/negócios dos proprietários, e os conflitos de interesses inerentes a esse tipo de relação. A governança pública busca conciliar a complexa incidência de conflito de interesses entre proprietários e administradores, no setor público: entre governo, organizações empresariais e a sociedade, na busca pela tutela da confiança da sociedade nas instituições do Estado.

Apesar de não constar expressa na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, a boa Administração Pública é assim entendida em decorrência do texto constitucional. Nesse escopo, rememore-se que a função de controle é ínsita ao Estado Democrático de Direito, na medida em que se constitui instrumento limitador do próprio poder estatal, servindo como meio idôneo para evitar que abusos venham a ser cometidos, em detrimento da regular atuação da Administração Pública.

Sendo os recursos públicos são limitados em face das copiosas demandas sociais, impõe-se, por maior razão, que sua aplicação seja otimizada e orientada aos interesses da coletividade, ou seja, aderente à efetividade dos Direitos Fundamentais, pautada pela legalidade, de forma eficiente e compartilhada, e que o resultado dessa gestão seja demonstrado a fim de conquistar e preservar a confiança dos detentores do poder e mantenedores do aparato estatal, conferindo legitimidade a essa relação, e sustentabilidade à atividade financeira e fiscal do Estado.

Contudo, mesmo diante do vasto ordenamento jurídico e da organicidade do Estado apta a cumprir as funções, é fato que, passados mais de 30 anos da promulgação da CRFB/1988, há instalada no Brasil uma crise de legitimidade nas instituições, eis que a prestação de serviços públicos ainda está aquém das expectativas e necessidades, e as políticas públicas, que têm por objetivo, direta ou indiretamente, perseguir a concretização de direitos fundamentais, ainda não respondem com eficiência as inúmeras demandas sociais.

Isso tem sido sentido mais evidentemente no atual contexto de problemas fiscais, permeado por um clima de insatisfação social ampla com a máquina pública, eis que os cidadãos se sentem sacrificados com a alta carga tributária que lhes é cobrada para manter o aparato estatal, sem sentir uma satisfatória contrapartida na forma de serviços públicos minimamente eficientes e de políticas inclusivas.

Para agravar o panorama, o assunto “crise fiscal” ganhou espaço na mídia e no discurso dos gestores públicos. Em meio às discussões, muito se fala no tamanho do Estado, no montante despendido com funcionalismo público, que, de fato, representa uma grande parte do orçamento (o que é natural, em razão dos serviços públicos a cargo do Estado). Esse montante tende a crescer, comprometendo maiores parcelas da receita, o que pode vir a prejudicar a continuidade de políticas públicas (que envolvem gastos com mão-de-obra de terceiros, investimentos, material de consumo, entre outros), sobretudo em razão do chamado Novo Regime Fiscal (teto de gastos), ajuste que visa a limitar a expansão de despesas.

Todo esse cenário reclama atuação efetiva, legítima e regular dos Tribunais de Contas, como guardiães da probidade na aplicação dos recursos públicos, diante das competências que lhes foram outorgadas diretamente pelo art. 71 da Constituição Federal de 1988, e da estruturação que lhes foi conferida para exercer essas competências em consonância com as garantias processuais daqueles que manejam recursos públicos e estão sujeitos ao controle, cujos atos também gozam de presunção de legitimidade.

É que, no exercício do controle externo da Administração Pública, sob as óticas da legalidade, legitimidade e economicidade, sobressaem as competências dos Tribunais de Contas para intervir no andamento de serviços e políticas públicas, impondo prazos com determinações para correções de ilegalidades; para aplicar sanções (multas ou ressarcimento de danos ao erário) que constituem títulos com eficácia executiva; para cientificar outros órgãos competentes diante de irregularidades ou abusos apurados, visando atuação na respectiva esfera de competência, tudo isso podendo deflagrar suas atuações de ofício, enquanto o judiciário está adstrito à provocação.

Podem, ainda, intervir cautelarmente, decidir pela inabilitação de agentes para o exercício de funções públicas, entre outras cominações, em uma atuação controladora que impõe diretamente seus efeitos no patrimônio e na honra daqueles sob sua jurisdição, mas cujos reflexos também repercutem na seara da improbidade, penal e, inclusive, na seara eleitoral, podendo a atuação dos Tribunais de Contas acarretar inelegibilidades.

O exercício de suas competências deve observância às normas de processo e garantias processuais dos que lhes prestam contas, e os Tribunais de Contas foram estruturados concentrando, em uma só instituição, as funções de investigação (auditorias, inspeções e instruções processuais) e de julgamento, incumbidas, cada uma delas, a agentes públicos distintos, os auditores de controle externo e os integrantes do colegiado julgador, respectivamente.

Essa estruturação permite atuação legítima, apta a concretizar a devida segregação de funções, uma vez que ausência de clara distinção entre quem julga em quem instrui é característica de modelos inquisitoriais, a comprometer a imparcialidade, garantia processual que é premissa do devido processo legal de controle externo, sem o qual se caracteriza atuação controladora ilegítima. Não por outra razão, atuam junto aos Tribunais de Contas, ainda, um ministério público especial, com função de *custos legis*, fiscal da correta aplicação da lei.

Sobre a atuação de ofício, merece destaque o fato de que a competência para a realização de auditorias e inspeções remonta à Constituição de 1967, quando também fora criado o controle interno de cada poder voltado a uma atuação preventiva. Até então, os Tribunais de Contas possuíam papel essencialmente de um sistema de registro prévio, dependente de informações e documentos que lhes eram fornecidos.

Esse marco representa, portanto, uma alteração profunda no formato de atuação dos Tribunais de Contas, embora, na prática, mais de 50 anos depois, muitos Tribunais de Contas ainda permaneçam com foco em análises de documentos que lhes são remetidos, sem absorver plenamente essas competências que constituem valiosas ferramentas para que os auditores de controle externo possam fornecer suas conclusões instrutórias com maior grau de asseguarção e precisão, privilegiando ainda a relação custo benefício do controle, uma vez que este deve se pautar em critérios de seletividade.

Noutro giro, a despeito da perspectiva de atuação seletiva e de ofício, dentre as competências dos Tribunais de Contas permaneceu a apreciação, para fins de registro, dos atos de admissão, a qualquer título, e dos atos concessivos de aposentadorias, pensões e reformas, no âmbito da Administração Pública, característica da lógica do chamado registro

prévio. As exceções a essa apreciação para fins de registro são exclusivamente aquelas já taxativamente previstas no texto constitucional.

Nessa toada, é de se ressaltar que o legislador constituinte originário, ao tratar dos registros de atos de admissão de pessoal “a qualquer título”, não deixou dúvida de que referida competência não se restringe ao primeiro provimento, confiando aos Tribunais de Contas também uma atuação em face de possíveis provimentos derivados, ilegítimos, tal qual a ascensão funcional, a partir de atos legais ou infralegais que devem resultar em novo ato de admissão, bem assim as admissões decorrentes de contratações por prazo determinado para atender excepcional interesse público.

Nesse cenário, é possível constatar que o papel dos Tribunais de Contas em matéria de controle na ocupação de cargos públicos é abrangente e relevante, não se limitando a registrar admissões para cargos efetivos e, anos depois, o registro de aposentadoria. Pensar assim seria criar exceções que não foram previstas pelo legislador constituinte originário, negligenciando o exercício de suas competências.

Para mais, eleitos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) como guardião dos objetivos por ela definidos, o papel dos Tribunais de Contas na fiscalização da LRF também dever ir bem além de determinar os limites máximos da Receita Corrente Líquida, acompanhar e calcular os Limites com Despesa de Pessoal, cuja fiscalização, por si, já reclama maior efetividade e padronização (inclusive quanto à metodologia do cálculo de despesa com pessoal), sob pena de prejuízo ao federalismo cooperativo.

Em matéria de pessoal, para além de limites, impõe-se controle concomitante sobre análises qualitativas quanto à regularidade do montante despendido, sobretudo com folha de ativos, o que vai permitir conferir efetividade no cumprimento do que está disposto na própria LRF e na Constituição Federal.

É de se ressaltar que despesas com pessoal são obrigatórias e de caráter continuado, conforme definido pela LRF, que impõe diversas condicionantes e medidas compensatórias para atos que lhes importem aumento, de sorte a serem planejados para não prejudicar os demais investimentos e demandas de custeio, o que abrange, inclusive, honrar com as obrigações existentes, como a folha de salários dos agentes públicos, bem como com seus proventos na aposentadoria.

Sem que sejam observadas essas condicionantes e medidas compensatórias, as leis que criam ou majoram despesas obrigatórias de caráter continuado são tidas como inexecutáveis, incorrendo geração de despesa ou assunção de obrigação classificadas como “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público”, o que não deve escapar ao

Tribunal de Contas, com efeitos no controle externo e na instrumentalização da ação de outros órgãos competentes.

Assim, rememorando-se que aos Tribunais de Contas incumbe o controle de legalidade e legitimidade, elenca-se sua incidência sobre: os atos de admissão a qualquer título e de concessão de aposentadoria, pensão e reforma, para fins de registro; as admissões por prazo determinado (cujo registro pode não ser individual, por isso constam aqui mencionadas separadamente das demais admissões); a relação jurídica e fática que envolve a trajetória profissional do agente, atentando para transformações no cargo público e ocupações indevidas; os atos que importem aumento de despesa obrigatória de caráter continuado, sobre a ótica da exequibilidade da lei; e sobre a regularidade da despesa, em todo caso.

As despesas com pessoal consomem altas parcelas da receita corrente, revestem-se dos atributos de materialidade, relevância e risco, notadamente quanto a possíveis interesses privados que orbitam em torno da ocupação de cargos públicos. Quando incorridas de forma irregular, oneram os cofres públicos pelo tempo que perdurarem, sendo lesivas ao patrimônio público, tanto durante o período da atividade do agente, podendo se consolidar quando passar para a inatividade, se eventuais registros forem concedidos com base nos princípios da boa-fé, segurança jurídica e tutela da confiança do agente público beneficiário da medida.

Noutro giro, não há que se falar em invocação à segurança jurídica nas hipóteses do §2º do art. 37 da CRFB/1988, que determina a nulidade de contratações de efetivos sem aprovação em concurso público ou fora da validade dos certames, ou em caso de má-fé, quando os atos administrativos não podem ser convalidados, devendo ser anulados a qualquer tempo (não decaem em 5 anos), conforme art. 54 da Lei 9.784/99.

É cediço que tudo isso agrava a crise previdenciária, consome, indevidamente, recursos que poderiam ser destinados à concretização de outras políticas públicas. Não por outra razão, o poder judiciário, que deveria ser a última trincheira de controlabilidade dos atos públicos, é amplamente demandado – seja quanto ao pagamento ilegal de verbas remuneratórias, seja em ações “revisórias” diretas de inconstitucionalidade para questionar leis que ensejam possíveis provimentos derivado, transformações inconstitucionais. Essas ações, não raro, por não serem julgadas celeremente, geram precedentes graves com efeitos multiplicadores à administração pública e, inclusive, prejuízo ao agente público beneficiado, que vê seu registro de aposentadoria não ser concedido ou sua situação não ser ratificada.

Se instituições executivas não atuam curvadas aos ditames do ordenamento jurídico e não há sobre esses atos um controle efetivo, tempestivo e eficiente, há afronta aos

direitos fundamentais à boa gestão pública e à segurança jurídica, tanto a do cidadão, que pode vir a descobrir não ter as garantias que supõe ter (como ocupar aquele cargo público ou se aposentar naqueles termos), quanto também a segurança jurídica na vertente da proteção da confiança que os agentes públicos precisam ter nas instituições. Acrescente-se, ainda, o prejuízo material direto aos cofres públicos advindo de condutas omissivas ou comissivas de agentes executivos ou controladores, cujos limites legais para atuação e responsabilização na criação de cargos, nomeação, aposentação de agentes, controle e registro desses atos foram objeto de estudo da presente pesquisa acadêmica.

Diante da ocorrência de atos ilegais, os Tribunais de Contas dispõem de competência para determinar prazo para a Administração corrigir atos eivados de vício (art. 71, IX), podendo, inclusive, vir a sustar eventual manutenção ato impugnado em caso de não atendidas suas determinações (art. 71, X); responsabilizar na esfera de controle externo (art. 71, VIII); bem como instrumentalizar a atuação de outras esferas de competência (art. 71, XI).

A consumação no tempo de ilegalidades promovidas durante a vida funcional do agente que escape às auditorias dos Tribunais de Contas não apenas resulta em prejuízos ao erário decorrentes da omissão quanto ao poder-dever de agir para determinar a correção desses vícios (competência prevista no art. 71, IX), mas também pode vir a esvaziar a efetividade do controle sobre atos de concessão de aposentadoria (competência prevista no art. 71, III), eis que o Tribunal pode vir a negar o registro em razão da detecção, somente naquele momento, de situações irregulares, o que poderá ser ofensivo à segurança jurídica daquele agente público, e, se esse interesse individual for reconhecido pelo Poder Judiciário, será suportada pela coletividade na medida em que onera indevidamente os cofres públicos, por negligência de um controle tempestivo.

Dessa forma, são dois lados da mesma moeda. Haverá ônus individual, por exemplo, na hipótese de ofensa à segurança jurídica, ou se porventura o poder público não honrar com suas obrigações (a exemplo dos atrasos em folhas de pagamento, sob o argumento da situação de crise fiscal). Haverá o ônus coletivo, a seu turno, ao suportar despesas indevidas pagas com os cofres públicos (inclusive quando o judiciário modula efeitos ou consolida situações, fundamentado em boa-fé e segurança jurídica individuais). Há ônus coletivo também quando cargos públicos são desvirtuados, quando servem para sustentar projetos de pessoas ou grupos (e que podem desequilibrar processos eleitorais), quando são providos por pessoas sem qualificação, sem critérios, apenas por vontade de uma autoridade nomeante, e tudo isso suportado com recursos arrecadados da coletividade. Não sem razão muitos desvios desse jaez têm ensejado implicações na seara da improbidade.

Embora a Constituição tenha traçado o princípio da simetria e definido o Tribunal de Contas da União como paradigma de ‘organização e fiscalização’ para os outros 32 Tribunais de Contas dos entes subnacionais, estes últimos ainda são marcados por assimetrias e disfunções que culminam em prejuízo à efetividade do controle.

A jurisdição dos Tribunais de Contas incide sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública, sobre todos os que manejam recursos públicos. Com estrutura, competências e ferramentas para um controle legítimo e efetivo, essas instituições possuem relevante potencial contributivo à probidade na Administração Pública, caso atuem orientadas por critérios (como materialidade, relevância e risco) e decisões motivadas, com base em dados, primando pelo princípio do custo-benefício do controle, incorporando atuações tempestivas em matéria de cargos públicos, dadas as múltiplas repercussões envolvidas, e que considere as perspectivas amplas de atuação controladora objeto desse estudo, mirando na efetividade e na confiança da sociedade e no direito fundamental à boa Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, L. Z. A. **O novo Direito Administrativo e governança pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. [S.l.]: SuhrkampVerlag, 2006.

AZEVEDO, R. R.; LINO, A. F. O distanciamento entre as Normas de Auditoria e as práticas nos Tribunais de Contas. **Sociedade, Contabilidade e Gestão**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p.33-37, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/scg/article/view/13665>. Acesso em: 26 jan.2019.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. São Paulo: RT, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jan.2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Juristas incumbida de elaborar propostas De Aperfeiçoamento da Gestão Governamental e do Sistema de Controle da Administração Pública. **Relatório Final Outubro de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Relato%CC%81rio-da-Comissa%CC%83o-de-Juristas-12-11-2018.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jun. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta de Conjuntura - 2017 - 4º Trimestre - nº 37. Crescimento dos gastos com pessoal ativo e inativo dos estados brasileiros entre 2006–2016**. Brasília: IPEA, 217. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=31527&Itemid=3. Acesso em: 10 ago. 2019.

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] República Federativa do Brasil**, Brasília, 04 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre

segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 jul. 1965 e republicado em 8.4.1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em: 08 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 03 jun.1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 jul.1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 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] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 jun. 1993a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais – 2019**. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-de-financas-dos-entes-subnacionais/2019/114-2> Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Exposição da União à Insolvência dos Entes Subnacionais**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/tesouro-divulga-o-texto-exposicao-da-uniao-a-insolvencia-dos-entes-subnacionais>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 817.557/ES**, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje. Brasília, 10 fev. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600241089&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário aprova teses de repercussão geral sobre competência para julgar contas de prefeito. 2016. **Notícias STF**, Brasília, 17 ago. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323159>. Acesso em: 12 jan. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário 1.041.210**. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5171382>. Acesso em: 20 out 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão **TCU 721/2016**. Brasília, 30 mar. 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/numacordao%253a1069%2520anoacordao%253a2007/dtrelevancia%2520desc%252c%2520numacordao%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão **TCU 2129/2018**. Brasília, 12 set. 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/numacordao%253a2129%2520anoacordao%253a2018%2520colegiado%253a%2522plen%25c3%25a1rio%2522/dtrelevancia%2520desc%252c%2520numacordao%2520desc/0/sinonimos%3dfalse>. Acesso em: 23 Ato. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 1907/2019 – TCU – Plenário**. Brasília, 4 ago. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3985320187.proc/%20/dtrelevancia%20desc,%20numacordao%20desc/0/%20?uid=a943ef60-c445-11e9-8245-b11cee3d1126>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial Básico de Governança**. 2ª versão. Brasília: TCU, 2014 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União**, Publicada em 05 de julho de 2011, revisão junho 2011. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa TCU nº 78, de 21 de março de 2018**. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-pessoal/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRITTO, C. A. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Rio de Janeiro, 2006.

CARNEIRO FILHO, J. C. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. **ANIMA**, v. 1, n.8, p.44-47, 2011.

CARVALHO, A. C. A. **Limites constitucionais da transformação de cargos públicos**. [S.l]: Jus, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/arts./17794/limites-constitucionais-da-transformacao-de-cargos-publicos>. Acesso em: 01 jul.2019.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, V. A. **O direito à boa administração pública: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil.** [S.l: s.n], 2013. Disponível em: <http://ppgdc.sites.uff.br/dissertacoes-e-teses/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CARVALHO JUNIOR., A. C. d'Ávila; FEIJÓ, P. H. **Entendendo Resultados Fiscais.** Brasília: Gestão Pública, 2015.

CASTRO, J. R. P. **“Ativismo de Contas”:** Controle de Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas. [S.l: s.n], 2015. Disponível em: <http://www2.unirio.br/unirio/ccjp/ppgdpp/defesas-de-dissertacao/dissertacoes-concluidas-em-2015/201cativismo-de-contas201d-2013-controle-das-politicas-publicas-pelos-tribunais-de-contas/view>. Acesso em: 19 dez. 2018.

CONTI, J. M. **Levando o direito financeiro a sério: a luta continua.** 3. ed. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/levando-o-direito-financeiro-a-serio-1541>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CAVALCANTI, P. A. **Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas: uma contribuição para a área educacional.** 2007. 125f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

HELLER, G; SOUSA, G. C. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 71-96, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80049/76597>. Acesso em: 15 set. 2019.

FARIA, D. C. V. **As dificuldades político-burocráticas da auditoria externa na estrutura dos Tribunais de Contas em face de lacuna na Constituição Federal de 1988.** 2014. 143f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2014.

JACOBY, F. J. U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JACOBY, F. J.U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUNQUEIRA, G. M; COSTA, R. O. A possibilidade de afastamento liminar de agentes públicos com prejuízo da remuneração em decorrência de vícios na investidura em cargo ou função pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 277-291, jul./set. 2016.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, J. **Carreiras de Estado e Administração Tributária.** Brasília: Gráfica Papel e Cores, 2007.

FREITAS, J. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAEF, A. **Cargos em Comissão e Funções de Confiança**. [S.l.:s.n], 2009. Disponível em: [www.planejamento.gov.br > seges > 090709_seges_arq_funcoes_confianca](http://www.planejamento.gov.br/seges/090709_seges_arq_funcoes_confianca). Acesso em: 01 jul.2019.

LIMA, L. H. As novas tecnologias e as contas públicas. *In*: FEITOSA, G. **Curso controle cidadão**. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2015, p. 113-128.

LUZ, B. B. C. **Da legalidade à legitimidade**: vozes em torno da reforma dos Tribunais de Contas brasileiros no período de 2000 a 2017. 2018. 133 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELES, H. L. M. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, C. P. C. **Responsabilidade fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MODESTO, P. O Sentido Constitucional de Carreira no Serviço Público. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v.49, n.7, p.44-48, mar. 2017.

MOISES, J. Á. A desconfiança nas instituições democráticas. **Opin. Publica**, Campinas. v. 11, n. 1, p. 33-63, mar. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762005000100002. Acesso em: 26 jul. 2019.

NUNES, S. P. P; MARCELINO, G. F; SILVA, C. A. T. Os Tribunais de Contas na interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista de contabilidade e organizações**, v.13, n.14, p. 51, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-6486.rco.2019.145151>. Acesso em: 26 jul.2019.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, O. C. Tribunal de Contas da União. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos Tribunais de Contas? **Revista do Tribunal de Contas da União Brasil**, ano 40, n.113, p.55-59, set./dez. 2008.

OLIVEIRA, R. F. **Gastos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, F. M. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública – corrupção-ineficiência. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

PASCOAL, V. **A arte de julgar a gestão pública**. [S.l]: Jota, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/carreira/a-arte-de-julgar-a-gestao-publica-26072019. Acesso em: 26 jul.2019.

PEREIRA, L. **Reforma ideal nos Tribunais de Contas pede novas estruturas de controle.** [S.l.]: CONJUR, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-03/lucieni-pereira-reforma-ideal-tribunais-contas>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS FILHO, C. A. M. **Direito Financeiro Esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REZENDE, R. M. **Concurso público: avanços e retrocessos.** Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/concurso-publico-avancos-e-retrocessos/view>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SANTOS, J. C. **Sustentabilidade fiscal dos estados e municípios de capitais no Brasil: uma análise com dados de painel para o período 1995-2004.** 2005. 74 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais, vedação de retrocesso e diálogo interinstitucional no controle de políticas públicas. *In: PINTO, É et al. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SPECK, B. W. **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.

SCHMITT, R. H. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade.** 2006. 195f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n.16, p.20-45, jul.2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 27 jul.2019.

TORRES, H. T. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In: SARLET, I. W; TIMM, L. B. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.69-86.

VALDÉS, D. A. Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 99, p.66-69, jul./set. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496831>. Acesso em: 28 jul.2019.

VIANA, I. **Fundamentos do Processo de Controle Externo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANA, I. **Respeito ao sistema acusatório não puro legitima as decisões e a democracia**. [S.l]: CONJUR, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-01/opinioao-sistema-acusatorio-nao-puro-garante-legitimidade-decisoria>. Acesso em: 13 maio 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão 1789**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 1919. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 28 jan. 2018.

WILLEMAN, M. M. **Accountability democrática e o desenho constitucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 3018/2012 - Plenário**. Brasília: TCU, 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3269920115.proc/%2520/dtrelevancia%2520desc%2520c%2520numacordao%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 28 jan. 2018.