

Revista da CGU

Brasília • Volume 8 • Nº 13 • Jul/Dez 2016



Ministério da Transparência, Fiscalização e
Controladoria-Geral da União

Revista da CGU

Brasília • Volume 8 • Nº 13 • Jul/Dez 2016

Ministério da Transparência, Fiscalização e
Controladoria-Geral da União

Torquato Jardim

Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União

Wagner de Campos Rosário

Secretário-Executivo do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União

Antônio Carlos Bezerra Leonel

Secretário Federal de Controle Interno

Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega

Corregedor-Geral da União

Gilberto Waller Júnior

Ouvidor-Geral da União

Claudia Taya

Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção

Revista da CGU / Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União
Semestral

https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/index

ISSN: 1981-674X

I. Administração. Administração Pública. Controladoria Aplicada ao Setor Público.

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.

CEP: 70070-905– Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826

E-mail: revista@cgu.gov.br

www.cgu.gov.br

Índice

Como o cidadão avalia o Portal?

Um estudo com os usuários do Portal da Transparência do Governo Federal

How do users evaluate the Portal?

A study with the users of the Federal Government Transparency Portal

Felipe Ribeiro Freire

Carlos Marcos Batista

373

Sociedade e Estado: Quem Controla Quem?

Diferentes abordagens do controle social e a evolução das relações Sociedade-Estado

Society and State: who controls whom?

Different approaches of Social Control and the evolution of Society-State relationships

Rodrigo De Bona da Silva

404

Controle interno e a tomada de contas especial nos municípios brasileiros

Internal control and special accountability process in brazilian municipalities

Lincoln Augusto Santana Telhado

424

A importância do critério partidário como parâmetro de seleção dos dirigentes da Secretaria Federal de Controle Interno

The importance of discretion partisan as selection benchmark of officers of the Federal Secretariat for Internal Control

Djalma Peçanha Gomes

447

Uma proposta de releitura do julgamento das contas de governo à luz do accountability

A proposal of reviewing government audit by the accountability

Marco Aurélio Souza Mendes

473

Uma proposta de releitura do julgamento das contas de governo à luz do *accountability**

A proposal of reviewing government audit by the accountability

Marco Aurélio Souza Mendes**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo demonstrar as falhas do atual sistema de julgamento de contas entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas e propor um novo modelo que compatibilize em um mesmo nível a prevenção e repressão junto do mérito político e o técnico-jurídico. Haverá a apresentação da construção histórica da responsabilidade do Estado, a relação entre Finanças Públicas e Direito Constitucional e a análise dos casos paradigmas julgados pelo Supremo Tribunal Federal para evidenciar o sistema de controle de contas como não efetivo por conta da impunidade ou de sua utilização como pretexto para desintegração política. Expondo as raízes da problemática, será proposto o novo modelo com exposição bibliográfica dos fundamentos nas fontes do *accountability* da Administração Pública, da organização da democracia na América Latina através do conceito de *democracia delegativa* e do papel e importância do controle externo e interno para assegurar a estabilidade social e econômica.

Palavras-chaves: Controle Externo; Direito Financeiro; Finanças Públicas; Direito Constitucional.

Abstract

The article has the objective to show the problems of current judgment between Legislative and Court of Accounts in audited accounts and it attempt to propose a new judgment model. This model will develop prevention and repression in same level beside political merit and technical and legal merit. There will be shown too the historical development of responsibility theory in State, relations between Public Finances and Constitutional Law and the analysis of Supreme Court cases that show the ineffectiveness because of impunity or the non-regular use with the purpose of political disintegration. Showing the root of problems, the new model will be demonstrated with bibliography transcription, Public Administration *accountability*, and the Latin American democracy's organization through delegative democracy and internal/external control importance to ensure economic and social stability.

Keywords: External Control, Financial Law, Public Finances, Constitutional Law.

* Artigo enviado em 09/11/2016 e aceito em 16/12/2016.

** Bacharel em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro do Laboratório de Estudos Constitucionais Comparados e do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Autor de obras literárias, dentre elas a novela política *Abapanema: o lugar das coisas ruins*.

I. Introdução

Em dada circunstância, folhee um livro de poesias da América Latina e me deparei com um trecho de Eduardo Galeano que denotava a aspereza da vida moderna em sonhar o inalcançável, mas que este longínquo horizonte certamente é a centelha que faz brilhar uma possível mudança: *“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”*.

Aplicações de remédios amargos marcam a tentativa de nossa jovem democracia se consolidar. O exercício da função pública comprometida com resultados eficientes está cada vez mais distante de um cenário real.

No sentido de discutir reformas para reestruturar a Administração Pública como forma de alcance da eficiência e moralidade, faz-se mister olhar como está o controle de contas no sistema constitucional brasileiro. Ressalta-se que o recentíssimo processo de impeachment pelo qual o país passou irá deixar marcas sérias no decurso de consolidação democrática. Inclusive, é a partir dos elementos práticos que estiveram no entorno daquele processo que se tem condições de observar as falhas e propor soluções.

Se a prestação de contas é ato que vincula o gestor público com a legalidade, deve ser notório para o controlador no momento do exercício de controle se houve uma vinculação da atividade do gestor frente ao que propõe a Constituição como fórmula de utopia para a sociedade: os fins devem ser éticos e coadunados com um programa político coeso que possua seu arcabouço de políticas públicas dentro daquilo que a Constituição assevere como importante para que o Estado assegure frente à sociedade.

Logo, o controle de contas neste sistema constitucional não surge simplesmente para identificar o descompasso entre ato administrativo, legalidade e averiguar possível responsabilidade do gestor. Necessariamente, se há um plano de sociedade colocado pela Constituição, este plano deverá ser desenvolvido através das escolhas políticas dos gestores.

Atualmente, o modelo de julgamento de contas dos gestores não contribui para o objetivo de dar ênfase ao controle externo como um instrumento forte de controle técnico e jurídico na aplicação de sanções, bem como interlocutor para auxiliar o gestor público em políticas preventivas. Há uma gama de distorções proporcionadas pelo sistema político, com ênfase para o âmbito dos Municípios, e um sistema apegado ainda a um critério de mérito administrativo vinculado ao conceito burocrático de Administração Pública. Sem contar o atraso nas discussões atuais quanto ao modelo de divisão de competências entre os Poderes, escondendo os verdadeiros argumentos íntimos de que o uso abstrato da invasão de competências é muitas vezes utilizado de maneira distorcida por um âmbito político que não deseja ser controlado e espera que a sociedade se comporte de maneira passiva perante seus atos.

Assim, este trabalho visará um plano de abordagem de maneira qualitativa para aprofundar quanto à importância dos mecanismos de controle na evolução da responsabilidade do Estado e do diálogo entre Finanças Públicas e Constituição. Haverá a descrição dos fundamentos de responsabilidade, Finanças Públicas e do atual modelo de julgamento das contas; compreensão das falhas do sistema através da demonstração dos efeitos que irão ocorrer com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Recursos Extraordinários sobre o tema (RE 848.826/DF e RE 729.744/MG, ambos julgados em agosto de 2016); explicar porque é necessário realizar uma releitura deste modelo, baseando-se em novas proposições acerca do *accountability* no controle externo da Administração Pública e do fortalecimento de um controle interno na maneira de um *public compliance*.

Por isso a adequação do trabalho quanto aos objetivos irá percorrer as três principais linhas: a descritiva, exploratória e explicativa. Será feita a descrição dos fatos e fenômenos da realidade brasileira que contribuem para a impunidade dos gestores quanto ao julgamento das contas de governo (principalmente após as decisões do Supremo Tribunal Federal), proporcionará a exploração da problemática formulando hipóteses com levantamento bibliográfico sobre o tema e explicará os fatos e fenômenos com os resultados obtidos na descrição e exploração.

Finalmente, a abordagem e objetivos deste artigo visam expressar a natureza de uma pesquisa aplicada, eis que ao final será proposto o possível modelo de julgamento que estaria alinhado com a vertente argumentativa defendida pelo pesquisador junto da proposta de Emenda à Constituição.

2. Breve aporte sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado e a relação entre Constitucionalismo e Finanças Públicas

Prévia à análise do problema dialogado na introdução, faz-se mister a apresentação de alguns conceitos importantes do atual modelo adotado. O paradigma é a repercussão dos fundamentos constitucionais quanto à Fiscalização e Ordem Financeira (arts. 32, 71 e 72 da CF88 em específicos) no âmbito dos Municípios brasileiros.

A peculiar organização do Federalismo pátrio e as intenções políticas quanto aos anseios do exercício de um cargo político no âmbito municipal (tanto no Executivo quanto no Legislativo) são bases cruciais para explicar o anacronismo que se observa no atual modelo. Entretanto, é impossível iniciar uma abordagem mais complexa, e que se vincula como ponto de partida nefrágico para o exercício das digressões históricas e das

prospecções futuras o RE 848.826/DF, sem a definição dos conceitos basilares do sistema de contas adotado pela Constituição pátria.

Qual é a razão de existir da necessidade do gestor público em realizar a prestação de contas? Há uma umbilical ligação entre esta necessidade com o próprio desenvolvimento da noção de Estado no decurso da História, fórmula passível de aportar empréstimos do desenvolvimento dos princípios aplicáveis à Administração Pública que originaram a possibilidade de incidir responsabilizações civis, administrativas e penais para o Estado.

Para isso, abordagem irá se dividir tanto em aspectos sobre a forma quanto à matéria que pressupõe o dever de prestação de contas vinculado com certo grau de responsabilidade do gestor. A partir da apresentação do teor material, disciplina específica do Orçamento Público e das legislações orçamentárias, finalmente colmatar-se-á o panorama conceitual com a apresentação das contas de governo e gestão e o modelo atual de julgamento.

2.1 Aspecto formal: a evolução histórica dos fundamentos da responsabilidade do Estado correlacionada com a legalidade

A célebre frase do momento Absolutista de nossa história (*the king cannot do wrong*) reflete a época em que o Monarca se encontrava acima da lei, confundindo-se com a figura do próprio Estado. O Estado, dessa forma, continha inerente às próprias prerrogativas de governo e execução uma imunidade ampla e irrestrita. Qualitativamente é possível afirmar que havia uma impossibilidade de questionamento de tudo o que derivaria do ato do Monarca.

É consoante a este período de verdadeira subordinação, por isso não sem motivos a Ciência Política retrata os indivíduos dessa época como súditos e não cidadãos, que nasce a primeira importância do Princípio da Legalidade. A vontade a ser expressada haveria de corresponder ao reflexo da vontade geral da população. Durante o importante marco da Revolução Francesa, a legalidade envolvia a concepção de que “o poder político é uma *autodisposição* da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, qual se expressa por uma Lei geral e igualitária” (ENTERRÍA, 1994).

A Lei de 28, editada em 1800, limitou pela primeira vez na França os poderes da Administração Pública, limitação feita de forma externa. Dessa forma, conforme Duarte (1996), houve a mudança paradigmática no cenário francês para a completa submissão do Poder Executivo ao Legislativo, e suas competências resumir-se-iam apenas na aplicação do que fosse definido por Lei através do Legislativo.

De fato, esse apego radical à Legalidade é totalmente justificável para a época da Revolução Francesa, em que a criação do mérito administrativo quando prevalecia um Estado *irresponsável* no momento do Absolutismo era baseada na desconfiança dos revolucionários franceses, pretendendo que o sentimento de hostilidade inicialmente instalado no âmbito estatal contra a Revolução limitasse as autoridades administrativas revolucionárias (DUARTE, 1996).

Mesmo radical, foi imprescindível essa evolução de conceito do que tratava a legalidade para que surgissem as bases fundamentais para a responsabilização do Estado quanto aos atos de seus gestores.

O Estado, antes visto como um ente pessoal, vê-se substituído agora por forças políticas representativas, forças reais de poder. Surge a noção de um direito do Estado, um direito posto pelo Estado e que fosse, ao mesmo tempo, ao seu serviço e limitador de seu serviço (ZAGREBELSKY, 2011). Elucida-se nesse momento o resultado do pluralismo político: uma formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado. Não se tinha mais a noção de unicidade e garantia de estatalidade central.

Atualmente, com o advento da importância central dos modelos Constitucionais de Estado, principalmente no momento posterior à Segunda Guerra, o princípio da legalidade tanto em sua densidade quanto em sua programação¹ sofreu profundas modificações, fenômeno que alguns autores administrativistas mencionam como “vinculação estratégica da atuação administrativa com a Lei”.

Buscando arcabouço de fundamentação em Carolina Barros Fidalgo, a nova concepção de legalidade é “construída a partir da análise das capacidades de cada um dos Poderes, considerando a forma de escolha de seus membros” (FIDALGO, 2015).

Portanto, em teses genéricas diante o exposto, se a prestação de contas vincula o gestor através da lei, notadamente um dos principais aspectos que justificam a importância do ato de prestar contas é pela sua vinculação com a necessidade daquele gestor demonstrar que o exercício de suas prerrogativas e funções se deu em conformidade com o que estabelecia as leis. E na forma como a legalidade evoluiu, essa conformidade não deve ser apenas formal. A partir do momento em que a Constituição tomou frente de importância material para dirimir as políticas sociais, e há uma intensa valorização da legitimidade do gestor que advém do processo eleitoral, torna-se imprescindível que a legalidade seja lida sob os prismas da eficiência e economicidade, patamares que a própria Constituição de 1988 traz em seu art. 37. Em linhas gerais, o controle deve abandonar a velha premissa de controle formal e máxima de responsabilidade do gestor apenas por gerir a coisa pública.

Ao se tratar em específico do controle de contas em referência às legislações orçamentárias, há uma disciplina material de balizas específicas, pois o ato de prestação de contas não pode ser visto sob um prisma simples tanto da legalidade quanto do dever de justificar o conteúdo de uma tomada de decisão frente ao ônus que existe na gestão da coisa pública.

2.2 Aspecto material: Constitucionalismo, Finanças Públicas e legislação orçamentária

O Estado Democrático de Direito preza a livre interpretação da Constituição, e todas devem ter seu peso

¹ Para aprofundamento entre o que se define sobre densidade e programação do princípio da legalidade, recomenda-se a obra de Orlando Vignolo Cueva, *Cláusula de Estado de Derecho y Principio da Legalidad*. Boletín mexicano de Derecho Comparado, nº 131, mai/ago.

jurídico na aplicação das normas constitucionais. Não existe mais um intérprete privilegiado. Neste novo processo hermenêutico, importa deixar claro que o Direito Financeiro é o grande instrumento de afirmação do Estado. Por isso, em momentos de crise, o olhar sobre o Direito Financeiro deve assumir outro patamar que não o meramente legalista.

Amplamente citado pelas doutrinas constitucionais brasileiras, a ideia em referência no parágrafo anterior é consagrada na obra de Peter Habêrle quanto à sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Inclusive, está é uma diferença crucial entre o paradigma do Estado Constitucional e o Estado Democrático de Direito.

O professor Heleno Torres, em transcrição de seu curso de extensão sobre Constitucionalismo e Direito Financeiro, menciona que no modelo de Estado Democrático de Direito todas as normas constitucionais possuem o mesmo valor. As normas constitucionais devem ser efetivadas todas em sua máxima possibilidade (TORRES, 2016). O atual modelo de Estado supera a suposição da teoria inicial de Kelsen quanto a um Tribunal Constitucional como o único intérprete e com o maior peso quanto à força normativa de sua interpretação.

Segue este entendimento o Ministro Gilmar Mendes em trabalho de sua autoria homenageando o autor alemão:

Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.

Esta nova tradição do constitucionalismo reflete diretamente no manejo do Direito Financeiro quanto ao seu conjunto legal infraconstitucional. Ora, ao fazer menção quanto o controle de contas no âmbito governamental, inegavelmente existirá uma análise quanto às legislações orçamentárias (PPA, LOA e LDO). Qual é então a diretriz que o modelo de Estado Democrático de Direito requer quando será feito o controle de contas?

Os limites de gastos são garantias e existem como instrumento de afirmação dos direitos fundamentais. Por isso, é direito fundamental. Neste caso, qualquer PEC que tente diminuir ou retirar o gasto público obrigatório ou impor limites estanques como um teto, indiretamente está cerceando garantias fundamentais, por isso há a aplicação das cláusulas pétreas para esse comportamento. Aqui cabe inclusive utilizar tais exposições tanto da estrutura histórica da responsabilidade do Estado quanto da diretriz constitucional do Direito Financeiro para arguir sobre possível inconstitucionalidade originária da PEC 241.

A Constituição Federal antecipa quais serão as principais escolhas que as pessoas buscam concretizar na sociedade, um projeto de Constituição como utopia². As escolhas públicas devem sempre se pautar nas ações

2 Há interessante estudo sobre a Constituição ser um projeto de utopia da sociedade. A utopia não é utilizada com um sentido negativo, sendo basicamente uma expressão sobre um inalcançável momentâneo pela sociedade. A Constituição seria o projeto de como tornar viável que este inalcançável se torne alcançável no futuro. Para maiores detalhes, sugere-se a obra: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

prévias que a Constituição propõe para os gestores públicos. Se existe um projeto que a sociedade deseja alcançar, a execução deste projeto implica inevitavelmente em gastos. É neste momento que a disciplinas do Direito Financeiro e das Finanças Públicas ganham importância material.

Até antes da Segunda Guerra, a doutrina majoritária não atribuía força constitucional para estas normas. A partir do momento que se coloca teor constitucional para ela, o Poder Judiciário poderá passar a substituir a própria ação do Executivo. Por esses motivos há uma necessidade de se discutir dentro da doutrina do Direito Administrativo sobre a revisão da teoria do mérito com base na eficiência e economicidade mencionadas anteriormente. A ação constitucional do Estado não encontra mais níveis hierárquicos entre as próprias normas constitucionais e a Administração Pública não pode mais ser vista como isolada das formas de controle existentes na sociedade, como um algo abstrato e intangível.

Socorre-se de bom exemplo para a questão proposta a substância de julgamento da ADI nº 939 (Ministro Relator Sidney Sanches, 1994). Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal arguiu pela parcial inconstitucionalidade do IPMF (Imposto Provisório de Movimentação Financeira – o antecedente da CPMF). Dentre as razões substanciais do voto, arguiu o Supremo que o princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes federativos (alínea “a” do inciso VI do art. 150 da CF88) tratava-se de cláusula pétrea do inciso I do §4º do art. 60 da CF88. O constituinte derivado, incidindo em vício de tal natureza, tornava possível a declaração de inconstitucionalidade pelo órgão Supremo de uma própria Emenda à Constituição.

A questão tributária é de importante exemplo para demonstrar o manejo da sistemática financeira na Constituição diante do que se expõe até o momento. Na ocasião da inconstitucionalidade da EC nº 03/93, a correlação entre o princípio da imunidade recíproca dos entes federativos com a violação de garantias e direitos fundamentais individuais tem como base a teoria dos limites materiais do poder de revisão. Canotilho trata a questão através da dualidade entre a flexibilização deste processo e o engessamento histórico:

Será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projectos políticos que, provadamente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? A resposta tem de tomar em consideração a verdade evidente de que nenhuma constituição pode conter a vida, o processo histórico, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão. Designadamente, quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário, não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maioria parlamentares ‘de dois terços (CANOTILHO, 1986).

O manejo das políticas públicas está intimamente relacionado ao ideal de progresso e estabilidade social e econômica. Em se tratando de atuação do Estado, para qualquer ato existe uma previsão orçamentária. Ou seja, há um estudo prévio do campo do Direito Financeiro comum para todas as áreas de atuação do Estado. Adequando essa premissa ao exposto diante da evolução do paradigma estatal e de como a hermenêutica

constitucional modificou-se nos últimos 20 anos, é possível então afirmar que as garantias e direitos fundamentais também se justificam dentro do sistema financeiro e orçamentário. Logo, as vinculações do constituinte originário para saúde e educação seriam intangíveis pelo constituinte derivado.

Não parece que a solução casuística seja a melhor forma, da maneira como o Ministro Sidney Sanches alertou em seu voto como Relator na oportunidade da ADI citada. O critério objetivo aqui mencionado, entre interpretação das normas e vinculações financeiras com a proteção aos direitos e garantias fundamentais é o melhor critério de adoção para justificar a intangibilidade e o controle como substancial ferramenta de adequação entre a escolha do agente público e o que se põe como norma constitucional.

Deixar a solução subordinada ao exame de cada caso concreto, à valoração do direito ou garantia que, em um dado momento, estiverem sendo cogitados, tampouco merece aplauso. Conforme anotou Canotilho na obra acima citada, Forsthoff moveu uma cerrada crítica à chamada jurisprudência valorativa, alertando para os “perigos da insegurança da constituição, da dissolução da lei constitucional numa casuística interpretativa, carecida de racionalidade e evidência, e onde os juízes deixam de estar sob a constituição para passarem a donos da mesma constituição.

Logo, o controle de contas neste sistema constitucional não surge simplesmente para identificar o descompasso entre ato administrativo, legalidade e averiguar possível responsabilidade do gestor. Necessariamente, se há um plano de sociedade colocado pela Constituição, este plano deverá ser desenvolvido através das escolhas políticas dos gestores.

Ainda com referência a EC nº 03/93, tornou-se claro naquela ocasião que a interpretação do que comporta ou não cláusulas de inviolabilidade deve ser feita da maneira como *composto dos direitos e garantias que digam respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, e que, ali, no caput do citado art. 52, vem reforçados por uma cláusula de inviolabilidade.*

Continua o Ministro a asseverar que *o caráter universal e intemporal destes direitos e garantias, ligados mais estritamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano [...] provavelmente inspira o constituinte originário a inseri-las entre as cláusulas pétreas.*

Qual é o critério para definir o controle de uma escolha política sem que haja uma invasão na distribuição de poderes? O controle deve ser justamente sobre o planejamento e nos resultados. Deste ponto derivam as duas substâncias do controle de contas, e que por este motivo não poderiam estar sendo realizadas de forma predominante por apenas um Poder ou órgão, bem como por decisão de prevalectimento de apenas um dos lados:

- a) *A substância jurídico-formal no controle do planejamento, com a verificação do atendimento às disposições tanto constitucionais como infraconstitucionais da formulação da peça contábil e da execução dos programas destas legislações;*

b) *A substância de resultados*, derivada da escolha do programa político a ser seguido pelo gestor público, em que a Administração poderia ser responsabilizada pela qualidade dos resultados a serem apresentados na execução do plano político, ainda que juridicamente lícito.

Neste sentido, importa a observação prática de Giacomoni:

A ideia central da proposta [orçamento de resultados] repousa numa questão prática: ao sustentarem a administração pública por meio de impostos, os cidadãos devem sentar no banco de direção e explicitar quais resultados que eles querem em contrapartida aos recursos repassados ao setor público. Nesse sentido, os orçamentos devem basear-se em resultados e a administração pública deve ser controlada e responsabilizada por eles (GIACOMONI, 2012).

Junto ao controle formal deve existir o controle derivado do ônus advindo da urna: dito de outro modo, o controle político por resultados. Contudo, estes resultados não são arbitrariamente definidos pelo anseio íntimo do controlador. Todos os resultados estão baseados naquilo que a Constituição traz como projeto de sociedade, vinculações tributárias de gastos, execução orçamentária, afirmação dos direitos fundamentais, objetivos e fundamentos da República. Qualquer distorção do controle para outro viés é possível de se interpretar conforme a expressão francesa da Ciência Política: *Coup d'État*.

3. O modelo de controle atualmente adotado pelo Brasil: os incisos I e II do art. 71 da CF88 e as contas de governo e de gestão

A Constituição adota uma divisão em dois campos com base em que tipo de ato legislativo e administrativo incidirá o ato de prestação de contas. O artigo 71 da CF88 disciplina o conceito das contas de governo em seu inciso I, enquanto o inciso II apresenta o conceito de contas de gestão.

As contas de governo vinculam-se à conduta do administrador nas suas funções de planejamento, controle e execução das políticas públicas, centrando-se nas legislações orçamentárias (PPA, LDO e LOA). Nesta modalidade, “perdem importância as formalidades legais em favor do exame da eficácia, eficiência e efetividade das ações governamentais” (FURTADO, 2007).

De outro lado, as contas de gestão serão compostas de todos os atos administrativos isolados, exigindo que o controle recaia sobre cada ato em separado. Para o julgamento das contas de gestão, “haverá a análise in-

dividual quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, e ainda os relativos às aplicações das subvenções e às renúncias de receitas” (FURTADO, 2007).

Claramente existem dois sistemas distintos de apreciação de contas no conteúdo do art. 71 da CF88. O próprio Supremo Tribunal Federal já havia especificado no julgamento da ADI nº 849, reconhecendo a importância em separar os sistemas constitucionais entre julgamento das contas de gestão pelo Tribunal de Contas e apreciação das contas de governo por aquela Corte.

Na primeira ocasião, o que ocorre é um julgamento técnico formal e que ensejará inclusive no surgimento de um título executivo extrajudicial em caso de condenação ao ressarcimento do erário (§3º do art. 71). No segundo caso, tem-se a apreciação técnico-orçamentária para instruir o julgamento político pelo Poder Legislativo (o *impeachment* no âmbito do executivo da União e Estados e o afastamento por infração político-administrativa pelo Decreto-Lei 201/67 no âmbito Municipal).

A citada ADI merecerá melhores digressões no próximo título, oportunidade em que se colocará o paradigma da decisão de 2016 do Supremo para demonstrar as falhas e incongruências do processo atualmente adotado conforme a exposição de fundamentos históricos da responsabilidade e controle e que foram expostos até este momento.

A importância desta divisão da qualidade das contas feita pelo constituinte originário foi justamente separar duas figuras distintas dentro da Administração Pública: o Ordenador de Despesas e o Chefe do Executivo.

Conforme o §1º do art. 80 do Decreto 200/67, ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos. Tal figura não pode ser confundida com o Chefe do Executivo no âmbito da Administração Pública, que consignará funções políticas junto da execução administrativa do orçamento pelo Ordenador.

Vale tecer alguns comentários sobre os procedimentos operacionais na gestão dos recursos públicos para que fique mais clara a diferença e importância entre o trabalho conjunto do Ordenador de Despesas com o Chefe do Executivo.

Através do pleito eleitoral, o Chefe do Executivo ganha a legitimidade proporcionada pelo sufrágio para executar um conjunto de políticas públicas, e que são inevitavelmente revestidas de ideologias. De maneira geral, o instrumento que irá definir o conjunto de políticas e programas de duração continuada a serem executados por determinado governo será o Plano Plurianual (PPA), enquanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) será a execução de cada exercício financeiro dos programas definidos na primeira legislação quadrienal.

De acordo com o §1º do art. 165 da CF88, o PPA estabelecerá de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes, bem como para os programas de duração continuada. Evidentemente, o PPA “passa a se constituir na síntese dos esfor-

ços de planejamento da Administração Pública, orientando a elaboração dos demais planos e programas de governo, assim como o próprio orçamento anual” (GIACOMONI, 2012).

Tanto a LDO como a LOA passaram por profundas modificações com o advento das LC 101/2000, havendo agora disposições infraconstitucionais além do disposto em diversos segmentos da CF88. Mas de maneira sucinta, após a elaboração de um plano de execução política continuada dentro do PPA, cumpre para a LDO estabelecer o equilíbrio entre receitas e despesas com riscos e metas fiscais enquanto para a LOA a demonstração específica dos três orçamentos: fiscal, seguridade social e de investimento das empresas.

Conforme Giacomoni (2012) menciona em sua obra, a LDO apresentará os objetivos de política monetária, creditícia e cambial, bem como os parâmetros e projeções para suas variáveis junto das metas de inflação e a LOA apresentará a consolidação de todo o orçamento planejado em uma única peça com base política do PPA e na diretriz da LDO, esforços do constituinte originário em finalmente executar o princípio da universalidade orçamentária no orçamento público.

A partir deste momento, surge a tarefa quase que hercúlea de efetivamente tornar viável na prática as bases, diretrizes e metas propostas pelas legislações orçamentárias, e inclusive dentro da programação de previsão de receitas e discriminação de despesas. Soma-se a este fato que, além do conhecimento específico que o executor deverá ter dentro da área de investimento (saúde, educação, transporte e etc), deve ainda haver um mínimo de conhecimento do complexo arcabouço das Finanças Públicas (ou ao menos ser bem orientado) para que não incorra em qualquer irregularidade orçamentária.

Dessa forma, o Chefe do Executivo, utilizando-se dos atributos administrativos de delegação de competências, delega as funções de execução material do orçamento para o Ordenador de Despesas. Na maioria dos grandes Municípios e Estados, o Chefe do Executivo fará diversas delegações, criando Ordenadores de Despesas específicos para cada área de concentração social, dividindo inclusive em Ordenadores Primários e Secundários quando houver alta complexidade na execução de determinada política pública setorial.

Conceitualmente será um agente administrativo incumbido de poderes delegados para realizar despesas orçamentárias em áreas específicas enquanto o Estado estiver como prestador de serviços ou executor material de obras e deve demonstrar a regularidade de seus atos, pois é o responsável pela aplicação orçamentária (parágrafo único do art. 70 da CF88).

Como há esta divisão de responsabilidades no âmbito prático, o Ordenador de Despesas não está sob o jugo de uma função eminentemente política como o Chefe do Executivo. Consoante a isto, a Constituição cria então espécie de instância técnico-especializada para efetivamente julgar as contas tomadas ou prestadas por esse agente público no sentido amplo.

Ayres Britto (2002) escreve sua análise sobre os Tribunais de Contas que no momento em que a Corte julga as contas dos ordenadores de despesa há uma subsunção aos parâmetros técnico-jurídicos e um atendimen-

to ao conteúdo objetivo das normas constitucionais e infraconstitucionais. Continua o autor a diferenciar do julgamento das contas de governo, a qual possui um conteúdo eminentemente político com um parecer consultivo mediante o auxílio da Corte de Contas.

Trago à baila a citação de Ayres Britto, oportuna para a defesa da estrita separação feita pela Constituição nos incisos do art. 71 entre julgamento técnico e político:

Os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério, esse, que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica; isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais (AYRES BRITTO, 2002).

Procedimentalmente há a aplicação da Lei 1079/50 no âmbito Federal e Estadual e o Decreto Lei 201/67 no âmbito Municipal no momento do julgamento das contas de governo pelo Poder Legislativo. Peculiaridade necessária de mencionar para o âmbito municipal, em virtude de pequena vinculação do parecer da Corte de Contas na apresentação de um parecer desfavorável.

Enquanto para o âmbito Federal e Estadual não há quórum específico de superação para afastar um parecer de desaprovação, o §2º do art. 31 da CF88 diz que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

De maneira geral, é este o atual procedimento de tomada e julgamento das contas públicas de governo e gestão frente à Constituição. Talvez, apenas com este diálogo de técnica e forma, já é possível identificar algumas falhas as quais este trabalho começará a apresentar daqui para frente, a começar pela tese atualmente defendida pela maior parte da doutrina constitucional sobre o julgamento das contas de gestão ser discricionário e eminentemente político. De fato, a Constituição traz essa sistemática na forma em que está atualmente redigida. Mas cabe uma indagação: seria mesmo a melhor forma de responsabilizar o gestor público no caso de irregularidades nas contas de governo?

Principalmente tomando por base as referências históricas trazidas inicialmente quanto ao desenvolvimento da responsabilidade do Estado e a evolução do Orçamento frente às transformações da Administração Pública até o modelo atual de Estado Democrático de Direito e Finanças Públicas na Constituição, não parece ser este o modelo de maior efetividade para garantir tanto uma punição justa e coerente pelo praticado como para estimular práticas preventivas no âmbito do controle da Administração Pública.

A partir de agora, o trabalho irá se centralizar em discutir os principais pontos que o autor considera como falhas do atual modelo adotado, e conseqüentemente demonstrará por análises tanto casuísticas quanto conceituais as bases que fundam seu pensamento.

Em resumo, serão os seguintes tópicos a serem abordados a seguir:

- i. Apresentação do julgamento do RE 848.826/DF para o caso do Chefe do Executivo como também ordenador de despesas nos pequenos Municípios e as consequências práticas da interpretação do Supremo.
- ii. A estrutura fisiológica da política no âmbito municipal e a contribuição do Supremo Tribunal Federal para a impunidade dos Chefes dos Executivos locais – Democracia *Delegativa* de O'Donnell e a formação piramidal do Executivo.
- iii. A impossibilidade atual do julgamento ficto por decurso de tempo das contas de governo possibilitando a impunidade (RE 729.744/MG): o uso da conveniência política como elemento predominante de favorecimento ou de derrubada do Chefe do Executivo.

4. O caso do Chefe do Executivo como ordenador de despesas e as consequências práticas do julgamento do RE 848.826/DF

4.1 A tese para a definição de competência de julgamento das contas

A hipótese nasce com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 848.826/DF (17 de agosto de 2016), em que houve uma interpretação extensiva do inciso I do art. 71 da CF88 para afastar a competência da Corte de Contas em julgar as contas de gestão quando vinculadas ao Prefeito.

A decisão afasta a tese da possibilidade de julgamento ficto por decurso de tempo em caso de não apreciação pelo Poder Legislativo, havendo como consequência, independentemente de qual for a natureza das contas, a força meramente consultiva do parecer do Tribunal de Contas.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal troca o critério de competência que a Constituição estabelece para os Tribunais de Contas no art. 71 e seguintes: em vez de se olhar sob a ótica da qualidade de contas a ser julgada, deve haver prevaquecimento do cargo ocupado por aquele que executou o ato derivado de uma das contas em questão (contas de governo ou contas de gestão).

A decisão da Suprema Corte não está alinhada ao que a própria Constituição traz no seu título sobre a Ordem Financeira e a Fiscalização. O inciso II do art. 71 da CF88 diz claramente que compete aos Tribunais de Contas julgar *as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, enquanto para as contas de governo cabe apenas apreciar as contas prestadas anualmente.*

O Supremo Tribunal Federal (ADI nº 849), examinando as competências institucionais do Tribunal de Contas da União na ocasião daquele pleito de inconstitucionalidade, reconheceu a clara distinção entre as competências do artigo 71, I, de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo, e as do art. 71, II, de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Consta na ementa do acórdão:

A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.

A importância crucial na definição do órgão competente para julgamento possui a notável importância de refletir nos efeitos possíveis advindos da LC 64/90, alterada pela LC 135/10, no que diz respeito à inelegibilidade.

O Ministro Luis Roberto Barroso reconheceu a Repercussão Geral do tema no RE, salientando importante destaque quanto às divergências internas entre as Turmas sobre qual fundamento deveria ser aplicado na definição do regime de competências:

De um lado, há acórdãos da 2ª Turma que julgam tais reclamações procedentes, assentando a competência exclusiva do Legislativo para julgar as contas do Chefe do Executivo, ainda que se trate de contas de gestão (e.g. Rcl 14.310 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.03.2015). De outro lado, há precedentes da 1ª Turma (e.g., Rcl 11.478, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.06.2012) e do Plenário (e.g., Rcl 11.479 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.12.2012) que julgam tais reclamações improcedentes, por ausência de identidade estrita com os paradigmas invocados. É preciso que a Corte dê à questão um tratamento uniforme.

Nesta ocasião em que Barroso advertiu a própria não uniformidade da questão *interna corporis* no Supremo, já adiantou seu voto, divergindo da parcela do Pretório que justifica o julgamento único das Contas pelo Legislativo devido à qualidade política da função do Chefe do Executivo, ainda que no exercício de atos administrativos de ordenador de despesas.

Segundo o Ministro, “contas de gestão ou ordenação de gastos são de competência da contabilidade, gestão operacional, financeira, orçamentária e patrimonial do ente público”. Portanto, a qualidade da decisão sobre irregularidades quanto à estas contas não é uma decisão política, sendo uma decisão técnica da Corte de

Contas. Seguiram este entendimento: Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, e Dias Toffoli.

Até o então julgamento, a Justiça Eleitoral aplicava a interpretação constitucional do art. 71 frente à LC 64/90 conforme o entendimento de Barroso. Dessa forma, havendo o Parecer da Corte de Contas do Chefe do Executivo municipal quanto à desaprovação das contas de gestão em que houvesse participado, automaticamente havia a incidência da inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 01º da citada legislação.

Colaciona-se abaixo o julgado da Justiça Eleitoral do Ceará em que fora afetado para a repercussão geral do RE:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme decidido no julgamento do Recurso Ordinário nº 401-37/CE, referente a registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 01º da Lei Complementar nº 64/90 pode ser examinada a partir de decisão irrecurável dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas, diante da ressalva final da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90.

2. O descumprimento da lei de licitações constitui irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa. Precedentes.

3. Rejeitadas as contas, a Justiça Eleitoral não só pode como deve proceder ao enquadramento jurídico das irregularidades como sanáveis ou insanáveis, para incidência da inelegibilidade da alínea g.

4. Agravo regimental desprovido.

A celeuma teve inicial marco a respeito do entendimento da decisão da Corte de Contas como decisão irrecurável do órgão competente presente na alínea g da legislação de inelegibilidades. Se fosse definida a competência através do critério material quanto ao teor das contas, o Tribunal de Contas seria a instância irrecurável referenciada pela norma.

Art. 1º São inelegíveis:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários

que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) (grifo do autor).

Apesar do voto de Barroso enfatizando, e com razão, de que a Constituição Federal não faz distinção sobre o ordenador de despesas ser ou não detentor de cargo político eletivo, não foi esta a tese que prevaleceu no julgamento do Recurso Extraordinário. Pela natureza e finalidades diversas que as contas apresentam no manejo das Finanças Públicas, irretocável exegese literal das disposições do art. 71 e incisos I e II, deveria ser a interpretação de Barroso aquela a ser aplicada ao caso concreto, confirmando a constitucionalidade do entendimento consagrado na Justiça Eleitoral do indeferimento das candidaturas com base nos pareceres do Tribunal de Contas.

O Supremo, excelente oportunidade que obteve para não só definir a interpretação conforme à constituição dos atos da Justiça Eleitoral, bem como colmatar algumas lacunas de fundamentação dos argumentos que constroem a Corte de Contas como um órgão autônomo e de extrema importância no controle externo, retornou para o cenário idêntico à sua jurisprudência de 1992, oportunidade em que afastaram a força de julgamento da Corte de Contas quando o Chefe do Executivo municipal for o ordenador de despesas. O Ministro Ricardo Lewandowski, autor do voto vencedor que faz reminiscências ao conteúdo de 1992, baseia seu voto na prevalência da soberania popular no julgamento das contas.

4.2 Os pareceres da Procuradoria Geral Eleitoral e da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil

Tanto a Procuradoria Geral Eleitoral quanto a Associação Nacional de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil opinaram quanto ao prevalecimento da tese do Ministro Barroso. Ambos pareceres salientaram o grave retrocesso jurídico-institucional que a decisão que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal poderá ocasionar no estabelecimento de um controle externo mais eficiente e forte, ampliando os casos de impunidade na seara dos Municípios.

Perdida esta oportunidade, é evidente que o Supremo tergiversou para o real conteúdo da lei constitucional e preferiu utilizar-se da válvula de escape do arcabouço jurídico do abstrato, reforçando uma tese que considero interessante de ser debatida a respeito da força política como elemento de manipulação dos resultados. Houve um grave equívoco cometido pelo Supremo ao definir critério de competência não estabelecido pela Constituição, inclusive com vasta e consagrada doutrina para refutar o entendimento firmado entre os Ministros:

Oportuno citar a posição de José Jairo Gomes quanto à atuação dos Tribunais de Contas na Constituição de 1988:

Em primeiro lugar, dado seu perfil constitucional, o Tribunal de Contas não é mero órgão auxiliar, mas, sim, uma das mais relevantes instituições vocacionadas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. Seus

membros gozam de iguais garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens da Magistratura (CF, art. 73, § 3o). Demais, ao ordenar pagamentos e praticar atos concretos de gestão administrativa, o Prefeito não atua como agente político, mas como técnico, administrador de despesas públicas. Não haveria, portanto, razão para que, por tais atos, fosse julgado politicamente pelo Poder Legislativo. Na verdade, a conduta técnica reclama métodos e critérios de julgamento, o que - em tese, ressalve-se - só pode ser feito pelo Tribunal de Contas (GOMES, 2015).

Conforme exposto nas premissas iniciais deste trabalho com referência à diferença entre as contas de governo e gestão, as contas de governo, também ditas anuais ou globais, espelham a atuação política do Prefeito, e, desta forma, são julgadas politicamente pela Câmara de Vereadores, com o auxílio do Tribunal de Contas (inteligência do art. 71, I, c/c art. 49, IX, da Constituição da República).

Neste sentido, baseou-se o Procurador Geral Eleitoral Rodrigo Janot para afirmar em seu parecer que tais contas, como cediço, referem-se à execução global do orçamento, em obediência aos ditames das leis orçamentárias e refletem a situação global das finanças do ente federado. O fato, portanto, é eminentemente político e por isso deve passar pelo crivo de um juízo político.

Se as contas de gestão são relativas à administração materialmente direta dos bens, dinheiro ou valores públicos, necessário o respeito do inciso II do art. 71 que atribui a eficácia de julgamento do Tribunal de Contas com resultado de título executivo extrajudicial do ressarcimento ao erário.

Janot traz para a discussão do processo o conceito de probidade hermenêutica, lembrando que a Corte de Contas como última e única instância de julgamento neste caso reflete a preocupação do constituinte em garantir a efetiva punição para o descumprimento da probidade que exige o manejo do bem público:

Com efeito, em sendo reconhecida que a competência para o julgamento das contas de gestão de prefeitos seria das Câmaras Municipais, restaria prejudicado o controle externo exercido pelos tribunais de contas, comprometendo, a não mais poder, os referidos princípios constitucionais, já que o julgamento de atos de gestão passaria a ser meramente político, e não mais técnico. Analisemos a questão à luz do princípio hermenêutico da unidade da Constituição. A interpretação que busca o recorrente acaba por minar a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas voltada à proteção da probidade tratada no art. 14, §9º, da CF.

Convém lembrar a obra de Rodrigo Tenório, e que subsidia o entendimento do Procurador quanto ao caso. A doutrina eleitoral de Tenório (2014) adverte-nos que afastar o Tribunal de Contas do julgamento das contas de gestão em que há participação do prefeito como ordenador promoveria uma intensa impunidade com referência às sanções de multa e ressarcimento ao erário.

De fato, ignorar o papel constitucional do Tribunal de Contas neste caso é isolar a interpretação do art. 31 da CF88, desconsiderando toda a sistemática do controle externo. Bastaria que o Prefeito concentrasse todas as funções de ordenador de despesas do Município e obtivesse maioria de apoio no âmbito do Legislativo para que a multa e o ressarcimento ao erário dos atos ímprobos nunca possam ser efetivados.

Soma-se ao exposto que na seção da CF88 que versa sobre “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” (arts. 70 ao 75), não há em nenhum momento norma expressa que confira ao Poder Legislativo a competência para determinar o ressarcimento ao erário e aplicação de multa, tampouco julgar as contas de gestão do ordenador.

A Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, em Memorial Complementar interposto no RE 848.826, asseverou que a maneira mais eficaz e eficiente de coibir a malversação contra o patrimônio público é que o controle externo seja exercido no curso da execução do ato quando há a tomada de contas. Quem exerce esta função especial da tomada de contas de maneira urgente é o Tribunal de Contas.

A entidade ainda faz menção ao prognóstico de míngua do controle externo frente à atual decisão, em um cenário que permeará a impunidade advinda dos contornos políticos partidários, conforme fora defendido anteriormente.

Não é razoável que, para assegurar o ressarcimento do dano causado aos cofres públicos por atos dos Prefeitos, o Estado somente disponha do julgamento da prestação de contas anual, que pode se arrastar por anos nas Câmaras Municipais e, quando for julgada, a decisão ser pautada por contornos político-partidários. Se prevalecer o entendimento da divergência, tem-se o inevitável enfraquecimento da efetividade do controle externo e dos instrumentos de proteção do patrimônio público, uma vez que, como dito, às Casas Legislativas não foram conferidos os meios constitucionais para assegurar o ressarcimento aos cofres públicos nos casos de desvio de recursos e corrupção (MEMORIAL COMPLEMENTAR, 2016).

5. A estrutura fisiológica da política no âmbito municipal e a contribuição do Supremo Tribunal Federal para a impunidade dos Chefes dos Executivos locais – Democracia *Delegativa* de O'Donnel e a formação piramidal do Executivo

Com a exposição dos fundamentos do RE 848.826/DF, a primeira questão acerca da forma equivocada de interpretação dos arts. 70 ao 75 da CF88 ficou evidente. Agora, este é o momento oportuno para avançar na discussão de um problema não apenas hermenêutico, mas de bases estruturais da forma como o atual procedimento de afastamento é utilizado. A Decisão do Supremo contribui ainda mais para as proposições que este trabalho visa pontuar acerca dos prognósticos de falhas, pois confirma algumas observações estruturais da forma fisiológica em como a política é exercida no país.

Há um interessante detalhe peculiar quanto à nossa organização federativa ao estabelecer os Municípios como ente integrante da Federação, porque isto reflete completamente na maneira como é organizado o sistema político do país. Quando este artigo ousa em propor no seu título uma Emenda à Constituição, conforme será exposta ao final, visa padronizar o atual procedimento de afastamento dos Chefes do Executivo para compatibilizá-lo tanto com a evolução dos fundamentos históricos da responsabilidade do Estado quanto da necessidade do fortalecimento do controle externo e da medida técnico-jurídica no mérito.

Olhar esta reforma sob a ótica dos Municípios é então imprescindível, pois estruturalmente os Municípios se apresentam como os grandes centros de execução das políticas públicas, o intenso centro de recebimento de recursos tanto da União quanto dos Estados e é o ente federativo que proporciona a maior proximidade entre o exercício do político com a população em geral.

Se há esta possibilidade de exercício carismático da política aliada com a ampla possibilidade de recebimentos de recursos, os Municípios deveriam estar sob a égide de um controle externo necessariamente coeso, forte e que cobrasse a compatibilidade do exercício da função política tanto com o aspecto jurídico, formal e contábil quanto da necessidade de seguir, e de uma maneira ética, aquilo que fora proposto como programa de governo.

Bobbio (1986) trabalha em sua obra *Il futuro della democrazia* que a sociedade pluralística como a que vivemos possui uma democracia exercida pela representação de blocos ou grupos de interesse. O indivíduo,

como ente político, não possui uma voz capaz de impor seus interesses de maneira autônoma. Há um grave problema nesta organização, principalmente ao correlacionarmos a intenção do autor italiano em retratar os grupos de interesse como os partidos políticos. Os políticos estariam submetidos assim em um sistema de apenas refletir a vontade do partido. Tanto é assim que os partidos poderiam abrir Sindicâncias para exclusão do parlamentar no caso de votação em contrário aos projetos de seu interesse. Atualmente, não é raro encontrar os veículos de mídia noticiando casos assim³.

As municipalidades se apresentam como um local *sui generis* na representação deste modelo de democracia analisado por Bobbio: há em um mesmo lugar a congregação do exercício político vinculado às pretensões dos indivíduos como grupos partidários, entretanto há uma notável importância no carisma e proximidade do candidato com a população para que sua candidatura seja bem-sucedida. Portanto, é possível que haveria uma dupla necessidade para alcançar o exercício da política no campo municipal: a prévia expressão de confiança frente à população na forma pessoal e o atributo de organizar a seu favor, no seguimento de interesses do partido ao qual está submetido, as coalizões com o Legislativo.

Este é um sistema perfeito para a atuação de uma oligarquia política. Haverá uma atuação política voltada para o interesse de grupos seletos da sociedade, mas que possui um grande peso de legitimidade advindo das urnas pela conquista pessoal do político com a população, um respaldo anacrônico de legitimação para atuar contra o interesse verdadeiramente público que a própria Democracia fornece. Convém citar trecho da obra de Bobbio, em sua tradução para o espanhol, sobre a presença as elites no atual sistema:

Naturalmente la presencia de élites en el poder no borra la diferencia entre regímenes democráticos y regímenes autocráticos. Esto lo sabía Mosca, que era un conservador y que se autodemía liberal, pero no democrático, quien ideó una compleja tipología de las formas de gobierno con el objeto de mostrar que, aunque jamás están ausentes las oligarquías del poder, las diversas formas de gobierno se distinguen en su diferente formación y organización. Ya que comencé con una definición fundamentalmente procesal de la democracia, no

3 Nesse sentido, veja as seguintes manchetes de jornais:

PR abre sindicância para expulsar Clarrisa Garotinho por ter votado contra a PEC do teto. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pr-abre-processo-para-expulsar-clarissa-garotinho-por-ter-votado-contra-a-pec-do-teto,10000081552>>. Acesso em: 16 out. 2016.

PR ameaça punir Silas Freire por abstenção em votação da PEC 241. Disponível em: <<http://cidadeverde.com/noticias/232057/pr-ameaca-punir-silas-freire-por-abstencao-em-votacao-da-pec-241>>. Acesso em: 16 out. 2016.

PPS quer endurecer contra dissidentes da PEC do teto no 2º turno de votação. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/pps-quer-endurecer-contra-dissidentes-da-pec-do-teto-no-2-turno-de-votacao-20273652>>. Acesso em: 16 out. 2016.

CDS vai expulsar ex-deputado por ser candidato independente à Ponte Lima. Disponível em: <<http://expresso.sapo.pt/politica/2016-10-14-CDS-vai-expulsar-ex-deputado-por-ser-candidato-independente-a-Ponte-de-Lima>>. Acesso em: 16 out. 2016.

puedo olvidar que uno de los partidarios de esta interpretación, Joseph Schumpeter, captó perfectamente el sentido cuando sostuvo que la característica de un gobierno democrático no es la ausencia de élites sino la presencia de muchas élites que compiten entre ellas por la conquista del voto popular⁴ (BOBBIO, 1986).

Em outro artigo de minha autoria faço uma análise mais aprofundada quanto às organizações de um governo em coalizões. Ressalto que a evidente razão da adoção do presidencialismo de coalizão é claramente criar condições para que o governo no âmbito Executivo consiga impor sua agenda ao Congresso, o que faz ocorrer um cenário de “sobreposição” do Poder Executivo através da técnica de barganha (MENDES, 2016). Essa condição de governabilidade é o que cria as condições de pretensa impunidade, tendo em vista que não há elemento que obrigue o político para o exercício de apreciação das contas de governo.

A alta proximidade entre Chefe do Executivo no âmbito do Legislativo municipal cria condições ainda mais favoráveis que essa coalizão seja imposta com sucesso, tendo em vista que a criação da estabilidade do governo é permeada por uma fisiológica troca de favores entre os partidos políticos, fato este em que os membros do Legislativo se veem envolvidos e sob pena de perseguição e exclusão pelo Partido pertencente em caso de descumprimento das diretrizes propostas. Outros comentários sobre os fundamentos da não coerção no julgamento serão expostos no seguinte tópico acerca da tese do Ministro Gilmar Mendes quanto à impossibilidade do julgamento ficto por decurso de tempo.

Ainda em referência ao trabalho citado, a atitude assemelhada a uma coerção velada de um governo de barganhas atingirá diretamente a própria teoria dos poderes, desvinculando o Congresso de seu papel de equilíbrio no *accountability* horizontal (MENDES, 2016).

Mas esta formação fisiológica da política brasileira não é nova, exigindo que para a real compreensão haja um retorno analítico para as condições de promulgação da Constituição de 1891. Continuo naquele trabalho sobre o sistema de coalizões a identificação do conceito de José Afonso da Silva sobre *presidencialismo piramidal* (MENDES, 2016).

Chama-se o governo dessa forma, em virtude daquele Presidente ter sido fruto de uma junção de interesses das oligarquias e coronéis que controlam majoritariamente a economia. Havia um desejo de fragmentar para centralizar: as elites oligárquicas brasileiras apesar de intuírem na queda do Imperador, queriam conglobar-se figurativamente naquele polo. O que realmente existiu no processo republicano foi a simples substituição de uma pessoa por um estamento social, na justificativa desagregadora para agregar poucas elites no poder.

4 Tradução: Notadamente a presença das elites no poder não esconde a diferença entre regimes democráticos e autocráticos. Mosca já sabia isto, quem se autodenominava um liberal e conservador, porém não democrático, idealizando uma completa tipologia das formas de governo com a intenção de mostrar que apesar das elites nunca estarem ausentes das formações de governo, estas se diferenciavam em sua formação e organização. Já que iniciei com uma definição de democracia como processo, não posso esquecer que um dos defensores desta corrente, Joseph Schumpeter, captou perfeitamente este sentido quanto acentuou que **a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, e sim a presença de muitas elites que competem entre si pela conquista do voto popular** (*grifo do autor*).

A conceituação deste modelo de Democracia é bem definida por Guillermo O'Donnel através da definição de democracia *delegativa*. A eleição do Executivo em uma democracia *delegativa* apresenta um apego à individualidade do candidato, tendo em vista que as escolhas pessoais irão se basear em grande maioria na qualidade de adequação da pessoa para exercer o governo.

Como em um jogo passional e de emoções, o processo eleitoral nestas democracias envolve apostas altas em programas que dificilmente serão viáveis de cumprimento caso haja uma vitória, mas que convencem pelo apelo da emoção uma grande massa para legitimar o pleito através da fundamentação da “democracia majoritária”.

Dentro desse contexto, há uma importante observação de O'Donnel (2011) que é de clara aplicação para explicar o precário controle de contas de exercício político quando dentro dessas democracias. No caso dos Municípios, torna-se ainda mais fácil essas articulações do Executivo não controlável pela facilidade de acordos entre um Prefeito e a Câmara dos Vereadores em uma relação que a única restrição imposta ao Chefe do Executivo será aquela não institucionalizada (acordo de cavalheiros ou uma política dos bastidores).

6. A impossibilidade atual do julgamento ficto por decurso de tempo das contas de governo possibilitando a impunidade (RE 729.744/MG): o uso da conveniência política como elemento predominante de favorecimento ou de derrubada do Chefe do Executivo

Neste Recurso Extraordinário, julgado em conjunto com o RE 848.826/DF e por relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixou-se uma importante tese anexa quanto à competência de julgamento das contas do Chefe do Executivo:

O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo (RE 729.744/MG).

Primou-se através deste julgamento afastar a possibilidade de se aliviar a tese do julgamento ficto por decurso de tempo quando não houvesse a votação do Parecer do Tribunal de Contas pelo Legislativo. O Ministro

ressalta que a expressão “só deixará de prevalecer por dois terços” no âmbito municipal que traz o §2º do art. 31 da CF88 não deve ser interpretada como uma cláusula de barreira a permitir uma juridicidade ficta do Parecer da Corte de Contas.

Caso fosse permitido que houvesse um tipo de julgamento tácito pela não apreciação da Câmara Municipal do parecer de contas, interpretação vocacionada pelo entendimento diverso de que a expressão contida no §2º do art. 31 da CF88 fosse uma cláusula de condição resolutiva, conforme o entendimento de Gilmar Mendes, estaríamos adotando a permissão da delegação de competências do Legislativo municipal para o Tribunal de Contas.

Fica inclusive salientado no voto do Recurso que é impossível fixação de prazo para julgamento através da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica, sob pena de afrontar os princípios sensíveis da Federação e a separação de poderes adotada na CF88.

7. Adequação do modelo de julgamento

7.1 A análise da aplicação do contraditório e a ampla defesa nos processos de competência do Tribunal de Contas: há necessidade desta garantia no âmbito das Cortes de Contas?

Esta é uma indagação crucial, pois notadamente é um dos pontos centrais que separam as teses de defesa do preavalecimento da natureza política do impeachment ou de um possível giro ontológico para sua transformação em ato jurisdicional híbrido de natureza técnico, jurídico e política.

O contraditório e a ampla defesa, dentro da gama processual, faz jus às três vertentes de construção material, didaticamente transcritas em um voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, ao qual se faz menção abaixo:

[...] essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar

1) Direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) Direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) Direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do

jugador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas [...].

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004)

Para a discussão aqui proposta, a terceira vertente do contraditório e ampla defesa é a que possui uma importância maior. A consideração de argumentos perpassa necessariamente pelo grau de domínio da técnica e da matéria pelo órgão julgador. A revestida dupla natureza do *impeachment*, uma importação do procedimento norte-americano pela Constituição de 1891 e que vigora até hoje, cria um cenário de que ao mesmo tempo em que se exige da autoridade julgada a prática do fato típico *crime de responsabilidade*, seu órgão julgador esquia-se da exigida motivação delineada aos órgãos jurisdicionais sob o jugo da conveniência política e da tripartição dos poderes.

Desta feita, a afirmação do contraditório e ampla defesa apenas possui real possibilidade de alcance quando o processo de afastamento por crimes de responsabilidade é transferido para a Corte de Contas, órgão ao qual a Constituição atribui a competência técnico-científica para delinear a materialidade dos ilícitos financeiros.

A falta de contraditório e ampla defesa gera a atual insegurança jurídica atribuída por Lênio Streck nos seguintes verbetes:

O impeachment, no modo como vem sendo praticado, é um arremedo, um alibi para transformar o presidencialismo em parlamentarismo. Exige-se crime — e isso é jurídico. Mas para dizer o que é esse ‘jurídico’, há liberdade absoluta para dizer qualquer coisa. É uma fraude linguística. Chama-se de jurídico aquilo que é, na prática, político (RODAS apud STRECK, 2016).

Atualmente, a desnecessidade do contraditório e ampla defesa nos processos de competência da Corte de Contas que não sejam de modificação, ampliação ou extinção de direitos (como o caso das aposentadorias e a delimitação através da Súmula Vinculante nº 03) possui uma forte defesa doutrinária na consagrada obra *O Impeachment*, de Paulo Brossard.

Defende o citado autor que a magistratura não possui a devida competência para julgar os processos de afastamento das autoridades políticas justamente pela não convivência no dia-a-dia do jogo político, o que faria o Senado, remetendo a clássica perspectiva romana de “casa do saber”, como a Casa Legislativa com competência para julgamento.

Explica que caso o tribunal que fosse chamado a intervir nessas questões, “ou correria o risco de decidir de maneira inadequada, se preso a critérios de exclusiva legalidade, ou, para decidir bem, talvez tivesse que recorrer a critérios metajurídicos e extrajudiciais; e não teria nenhum sentido o recurso ao judiciário” (RODAS apud BROSSARD, 2016).

Já que a feição do novo processo de impeachment proposto por este trabalho trabalha com uma hipótese diversa da contextualizada e defendida pela obra de Brossard, ao concluir que o integrante da Corte de Contas incumbido de julgar não se valeria meramente dos critérios metajurídicos ou da estrita legalidade, há uma real importância de se efetivar o contraditório e ampla defesa no âmbito dos Tribunais de Contas.

O devido processo legal consubstancia-se neste cenário como a máxima garantia para extirpar intromissões desnecessárias e utilização deturpada do instituto, tal qual vez sendo construída através da conveniência política.

7.2 Compliance e accountability da Administração Pública e a proposta de Emenda à Constituição

A aplicação prática da demonstração conceitual sobre a democracia *delegativa* revela que as constantes crises econômicas e sociais são utilizadas como pretexto para práticas da delegação na forma de um “governo de coalizões”, centrada num Executivo *unchecked* e em um Legislativo e Judiciário funcionando ineficientemente como centros de *accountability* horizontal.

De maneira geral, conceituar o *accountability* é relacioná-lo com a “necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações” (ROBL FILHO, 2013), cabendo inúmeros meios políticos, jurídicos e sociais para sancionarem essa atuação.

Segundo a obra de Schedler (1999, apud ROCHA, 2013), existem três formas efetivas de se coibir o abuso de poder através deste instrumento de controle, sendo: 1) Obrigar a transparência quanto às informações públicas; 2) Forçar a justificativa dos atos dos agentes; 3) Sujeitar o detentor do poder político a um modelo efetivo de sanções.

Propõe-se a tabela exemplificativa⁵ de um modelo de julgamento que atenda aos pressupostos da Publicidade, Justificação e Sanção:

Componente	Indicadores	Definição
Publicidade	Disponibilidade	Atendimento à definição legal de ser público e estar à disposição do público.
Justificação	Ampla defesa e contraditório	<ul style="list-style-type: none"> Oportunidade de justificar a conduta antes da emissão de decisão preliminar de valor pelo Tribunal. Processo dialógico da relação semântica entre valores prévios do órgão julgador, discussões a partir das justificativas apresentadas e novas conclusões pelo Tribunal. Manifestar na realidade a terceira vertente do contraditório por órgão com notável saber na matéria financeira.
Sanção	Decisão fundamentada	Ato ao mesmo tempo declaratório, condenatório e reparador (revisão plena do mérito administrativo).

5 A tabela construída pelo autor foi baseada nos atributos do *accountability* nas funções do Tribunal de Contas no modelo de controle externo prévio que ROCHA (2013) elenca em seu artigo. Esta concepção de modelo foi feita de uma análise por Rocha (2013) com base nos trabalhos de Bobbio (2007), Dahl (1997), Denhardt e Denhardt (2007), Kaldor (2003), Kenney (2005), Koppell (2005), Mainwaring (2005), Meirelles (2007), O'Donnell (1998) e Schedler (1999).

Transportando a qualidade de mérito da decisão para o Tribunal de Contas seria um passo imprescindível e fundamental para a consecução do que se objetiva como controle real e eficaz da Administração Pública, observação importante frente ao que se expôs de como funciona o atual estado de impunidade pelo não julgamento do Legislativo ou a utilização distorcida para corrigir os desvios da coalizão de um julgamento de contas.

Notadamente o modelo atual também contribui para prevalecer o mecanismo do controle repressivo frente ao preventivo. O Brasil encontra-se com atrasos profundos no que concerne a uma gestão de controle orientada para resultados de maneira anterior à ocorrência do desvio ético.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e ratificada pelo Brasil através do Decreto 5.687/06, em seu artigo 5º, já faz referência à necessidade de instituição de um programa de gestão pública para assuntos que digam respeito a temas como: bem público, integridade, transparência e controle das contas públicas. Por essas razões, a atuação do Tribunal de Contas deveria antecipar inclusive a prestação de contas e funcionar como um órgão de *compliance* da Administração Pública.

A legislação italiana de 2012 é o que atualmente mais se assemelha a um Código de Conduta e diretrizes para o gestor público. Segundo Breier (2015), três orientações de plano de cumprimento devem ser aplicadas na Administração Pública:

- 1) Identificar nas atividades públicas quais os setores com elevado risco de corrupção;
- 2) Estabelecer regras e desenvolver atividades onde for identificado riscos de corrupção e criar mecanismos de controle preventivo;
- 3) Criação de mecanismos de supervisão constante sobre os programas que devam ser implantados no setor público, indicando claramente qual o modo de supervisão de atividades com risco corruptivo.

O conteúdo do parecer da Corte de Contas pode plenamente suprir as lacunas de atuação do *compliance* no ordenamento nacional, de forma com que sirva de uma diretriz para o gestor público saber como deve ser o manejo ético, eficiente e necessário da Administração Pública.

Já no disposto ao controle repressivo quanto à mudança de fatorial decisório do mérito político para o mérito jurídico-contábil, há quem questione que uma mudança de paradigma neste sentido afrontaria o sistema Federativo e de distribuição de competências entre os Poderes. Mas há uma maneira simples de corrigir possível distorção: atribuir uma paridade de armas no momento do contraditório e uma representação política no momento do julgamento e permitir que a legitimação política seja respeitada com um julgamento parcial do mérito no Legislativo, quem seria a instância a decidir definitivamente apenas pela perda do mandato ou sua continuidade no caso de uma condenação pela Corte de Contas.

Em linhas gerais, como seria este novo procedimento?

A instauração de um possível processo de afastamento por infração político-administrativa nos Municípios ou crimes de responsabilidade no Estado e União seria de competência das Cortes de Contas. O exercício da função constitucional do controle externo repressivo seria de iniciativa das Cortes de Contas, o que não impediria que os Poderes Legislativos continuassem nas suas próprias funções de controle estabelecidas pela CF88, inclusive com possibilidade de pedir a instauração de um processo em caso de indício de irregularidade das contas de governo. Porém, ressalta-se: a apreciação do juízo de instauração deveria ter como palavra final a técnica.

Não se intui de retirar a importância da apreciação política da conveniência e oportunidade. O que se busca é não deixar que estes dois critérios se tornem ferramentas arbitrárias e com prevalectimento absoluto frente ao parecer técnico. Por isso, após o deferimento da instauração pela Corte Contas, a Casa Legislativa é imediatamente notificada para que ocorra um primeiro julgamento. Este julgamento será obrigatório e com um prazo não longo definido pela Corte para que ocorra (algo como um patamar entre 30 a 90 dias).

Este é o momento da defesa política do Chefe do Executivo. Constatada a irregularidade fiscal nas contas de governo do exercício financeiro, seja de ofício pelo Tribunal de Contas ou pelo Legislativo no exercício do Controle Externo, e instaurado o processo pelo Tribunal de Contas, há uma certeza inicial: ao menos *a priori* foi possível observar desconformidades na execução orçamentária do exercício fiscal que possam responsabilizar o Chefe do Executivo.

Esta decisão de primeiro grau do Poder Legislativo terá um importante impacto para a próxima etapa, pois seus resultados são justificados na seguinte forma:

- a) Condenação sem que haja motivos políticos suficientes que justifiquem sua superação;
- b) Absolvição por motivos políticos suficientes que justifiquem a superação de uma condenação.
- c) Absolvição por fato superveniente que afaste a prática da conduta.

Após esta etapa, o processo seguiria para a Corte de Contas que apreciaria todos os fatos junto do pronunciamento do Legislativo e concluiria com a apreciação final do mérito. Neste momento seria aberto novo prazo para o exercício do contraditório e ampla defesa do agente político. Pode ser que entre os momentos de constatação da irregularidade pela Corte de Contas, o julgamento pelo Legislativo e o julgamento pelo Tribunal de Contas surjam novos fatos que afastem a prática da conduta pelo agente político, importando em absolvição.

No caso em que o Chefe do Executivo foi absolvido no âmbito do Legislativo por motivos políticos suficientes de superação da conduta praticada, a Corte de Contas, caso decida pelos mesmos elementos de instauração da conduta e condene o agente político, não poderá destituí-lo de seu cargo no curso daquele mandato. Portanto, a decisão final do Tribunal de Contas poderá ter os efeitos descritos abaixo:

- a) Condenação:
 - I. No caso de pronunciamento de condenação também pelo Legislativo, haverá o afastamento do cargo político.

2. No caso de pronunciamento de absolvição o Chefe do Executivo não poderá ser afastado do exercício de suas funções, mas de imediato enquadrar-se-á nos efeitos da inelegibilidade da LC 64/90.

b) Absolvição: Caso de apreciação de provas novas que afaste a prática material da conduta, há a plena absolvição do réu.

Assim, para aplicação das aludidas reformas no procedimento, propõe-se as pontuais alterações na redação da Constituição nos arts. 70 e 71 e a inclusão do art. 71-A na Constituição:

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 Tribunal de Contas e o Congresso Nacional mediante o controle externo, e o controle interno de cada poder.

§ 1º 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, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, na mútua cooperação entre Congresso Nacional e Tribunal de Contas, será exercido pelo Tribunal de Contas nos seguintes termos:

I - julgar em segunda instância e de maneira definitiva 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 em decisão irrecorrível 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;

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.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

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

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

§ 5º A fiscalização do Tribunal de Contas levará em consideração os elementos de compliance da Administração Pública na elaboração do Parecer, baseando-se exemplificativamente dentre os seguintes critérios:

- a) Identificar os setores com elevado risco de corrupção;
- b) Desenvolver atividades que condicionem regras nos locais de ocorrência de corrupção;
- c) Criar mecanismos de controle preventivo através de Memoriais Consultivos ou

Pareceres Opinativos que visem analisar os atos do gestor público no âmbito da eficiência;

d) Garantir que metas de planejamento sejam efetivamente seguidas na Administração Pública;

e) Supervisão constante dos programas implementados pelo setor público;

f) Garantir que haja o exercício do controle interno em cada Poder para executar os diagnósticos do controle externo.

g) Coordenar o aprimoramento e institucionalização de procedimentos e instâncias responsáveis por ações de responsabilização disciplinar, bem como o controle interno de cada Poder.

Art. 71 - A. O juízo de admissibilidade de procedimento de afastamento por infrações decorrentes do descumprimento das disposições orçamentárias constatada no inciso I do art. 71, no momento da prestação de contas de governo para o controle externo, será do Tribunal de Contas, deverá conter a fundamentação técnico-jurídica do ato praticado e respeitará a seguinte ordem de julgamento:

I - Admitido pelo Tribunal de Contas o procedimento de julgamento por infração político-administrativa ou crime de responsabilidade por maioria simples, o processo será encaminhado para o Congresso Nacional a fim de que faça o primeiro julgamento de teor de conveniência política.

II - Efetuado o julgamento no Congresso Nacional, o processo será imediatamente remetido para o Tribunal de Contas a fim de que se proceda a decisão final de mérito irrecorrível.

III - Aplica-se no que couber quanto aos prazos, provas, oitiva de testemunhas e intervenções de terceiro as disposições do Código de Processo Civil.

§ 1º O Tribunal de Contas especificará prazo entre 30 a 90 dias para que ocorra o julgamento no Congresso Nacional, e devolvido o processo pelo Congresso, o mérito definitivo deve ser resolvido pelo Tribunal de Contas em até 30 dias, com possibilidade de prorrogação por igual prazo no caso de surgimento de prova nova que possa acarretar a absolvição do réu.

§ 2º O Congresso deliberará a absolvição por conveniência política pelo quórum de dois terços dos membros.

§ 3º As decisões do Tribunal de Contas serão tomadas por maioria absoluta.

§ 4º Em caso de absolvição pelo Congresso, o chefe do Executivo não poderá ser afastado do cargo pela decisão de condenação do Tribunal de Contas, ficando ainda incurso nos

efeitos da inelegibilidade, multa e ressarcimento ao erário, bem como das ações de improbidade que puderem usar o fato praticado como base e outros decorrentes da legislação.

8. Conclusão

Comparando o Estado Absolutista com o Estado Moderno, observa-se de maneira clara que a superação de um modelo pelo outro trouxe junto de suas benesses de representatividade uma gama de problemas com conteúdo mais complexos de serem resolvidos. Distribuição igualitária de renda, controle financeiro do mercado, efetivação dos direitos fundamentais, conteúdo constitucional para o exercício (e não apenas na limitação) da política.

Compartilho com Bobbio (1986) o mesmo questionamento que propõe em sua obra: *não seriam os problemas da modernidade tão complicados a ponto de requerer conhecimentos científicos e técnicos cada vez mais complexos que o homem médio não possui acesso, ainda que mais instruído?*

Não desejo o surgimento de uma Tecocracia política, o que aliás seria verdadeira restrição ao direito fundamental quanto à liberdade de expressão e feriria os pressupostos de representatividade da Democracia, direcionando-nos para um sistema muito mais voltado para o viés dos *tecnopolíticos*. Entretanto, é impossível deixar a mercê uma decisão de mérito exclusivamente sob o jugo da análise política quando o sistema de controle exige que haja uma evolução de seus parâmetros técnicos e analíticos quanto aos complexos dilemas que o novo Direito Financeiro propõe.

Quando se expôs que os limites de gastos são garantias e existem como instrumento de afirmação dos direitos fundamentais, existe um objetivo de demonstrar que o controle e julgamento das contas públicas ultrapassam a simples conveniência da discricionariedade política. E mais grave ainda: esta discricionariedade pode levar aos cenários extremos da derrocada sem ocorrência de uma infração político-administrativa como a pretensa impunidade organizada pelo sistema de governança em coalizões. O político, quando considerado como o “homem médio”, não possui capacidades de fazer a verdadeira análise de controle proposta nas modalidades de substância jurídico-formal e de resultados.

Parte do rechaço para a posição de reorganização do controle e julgamento de contas para uma perspectiva mais técnica e jurídico-constitucional advém inclusive do modelo de democracia na visão *delegativa* tal qual foi exposta. Neste modelo, compartilho a conclusão de O'Donnell (1991), quem defende que a ideia de prestação de contas (*accountability*) às instituições como o Congresso e o Judiciário aparece como obstáculo desnecessário para o pleno exercício da autoridade Executiva através de uma delegação de poderes acima de todos.

Já que o governo perante o Executivo está organizado no sistema de coalizões, o modelo analisado pelo citado autor quanto à democracia *delegativa* representa para o presidente uma vantagem de não ter praticamente

nenhuma obrigatoriedade em prestar contas (O'DONNEL, 1991). Perante esta constatação, um modelo de estruturação do julgamento das infrações político-administrativas advindas da prestação de contas ser totalmente político contribui com que se distorça a função da ferramenta de destituição do Chefe do Poder Executivo em baseado no isolamento pela perda de maioria como forma de expiação dos sérios problemas econômicos e sociais, reflexos da desintegração na atuação política do sistema.

A dura realidade é que este modelo de atribuição do mérito político contribui para que em cenários em que a coalizão é desmembrada, posto que já nasce fadada ao insucesso por se utilizar na maioria das vezes de barganha ou meios escusos para se manter estável, as próprias forças orgânicas que construíram o Chefe do Executivo se utilizarão de um discurso da fragmentação (conforme O'Donnel, o setorialismo e a cisão dos partidos políticos) para justificar a aplicação de soluções um tanto quanto amargas para o desenvolvimento da Nação.

Aqui merece um comentário de rodapé em destaque, visto a importância que haverá para compreensão da conclusão: não seria o *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef um exemplo claro dessa falha evidenciada pelo sistema?

Peculiaridades do caso concreto à parte, principalmente quanto a uma celeuma já antiga do Direito Financeiro sobre o alcance dos limites da autorização genérica para abertura de créditos suplementares (ainda que eu considere a Constituição clara no sentido da diferença entre créditos suplementares e especiais), o fato é que o Partido dos Trabalhadores, desde o meio do segundo mandato do ex-presidente Lula não conseguia manter a barganha realizada através do processo orçamentário federal (base esta que permitiu a estabilidade e governança da era FHC) por evidências da crise financeira do Estado, e que curiosamente crise proporcionada de alguma forma pelas inúmeras renúncias fiscais e aumento em demasia de despesas através das emendas orçamentárias para as bases locais e regionais dos Deputados como moeda de troca entre Congresso e Executivo.

Percebe-se que com esse sistema, há o prevalecimento da ocorrência sempre das hipóteses absurdas extremas: ou irá prosperar a pretensa impunidade quando a coalizão funciona (ressalto novamente os impactos da decisão do Supremo no RE 848.826/DF) ou a perda da coalizão será seguida dos diversos instrumentos que a fórmula da democracia *delegativa* é composta para a fragmentação (intensa utilização do discurso de desconstrução pela mídia, expiação dos resultados da crise no Executivo e discurso de exageros) para legitimar a saída de um Executivo sob o pretexto de não atendimento dos anseios e desígnios da população, perdendo sua legitimidade.

Note-se que no voto do Ministro Gilmar Mendes no outrora citado RE 729.744/MG há menção expressa desse fato inclusive para legitimar a não aplicação do julgamento ficto por decurso de tempo como ideia do constituinte originário:

O poder constituinte originário conferiu o julgamento das contas do administrador público ao Poder Legislativo, em razão de que tal decisão comporta em si uma natureza política

e não apenas técnica ou contábil, já que objetiva analisar, além das exigências legais para a aplicação de despesas, se a atuação do Chefe do Poder Executivo atendeu, ou não, aos anseios e necessidades da população respectiva.

O método de controle e julgamento atualmente adotado na prática não proporciona a verdadeira identidade que deve existir entre um ente controlado e o ente controlador (premissas básicas para o desenvolvimento do *accountability* em uma Democracia). Na mudança de governos, a esperança que resta é perpetuar o sistema já então vigente, repetindo os mesmos erros, na espera de que o acaso e a sorte contribuam para sua estabilidade. E o que é pior, pois conforme afirma O'Donnell, o sistema na atual maneira de funcionamento abre caminho para que outro candidato presidencial prometa uma reversão completa das políticas existentes a título de discurso, ocasionando uma sombria derrocada do partido atual do Executivo, para apenas este novo partido reinserir-se nesse sistema.

Junto da discussão da reforma eleitoral, tributária e previdenciária para colmatar algumas lacunas de disfunção, deve haver o debate sobre como está sendo exercido o controle externo e os paradigmas adotados pelo modelo atual de julgamento dos detentores de mandatos políticos, especial o Chefe do Executivo. Apenas a partir desta discussão é que será realmente enxergada a qualidade autodestrutiva para a sociedade de uma política inserida nesse ciclo vicioso de quedas e ascensões.

Termino este artigo com um desabafo, e que espero que a partir do momento em que a sociedade discuta com subsídios academicamente ricos os paradigmas que apresentei, refutei e ainda formulei possíveis hipóteses de solução possa ser afastado da dura realidade que enfrento: como muitas incertezas se originam das restrições e resistências quando há uma mudança profunda na estrutura do sistema, tal qual a proposta de Emenda à Constituição para reestruturação dos julgamentos, é improvável que no atual momento exista argumentos relevantes o suficiente para convencer agentes políticos de que apenas na superação deste sistema haverá horizonte estável para a realização de suas decisões. Mas acredito na *utopia*, caminho ao lado de Galeano, e estou certo de que a discussão deste tema nos moverá para o horizonte social da Constituição de uma maneira mais ampla e efetiva.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Memorial Complementar**. Representante Legal: Luciene Pereira da Silva. Interposição em: 10 ago. 2016. Disponível em: <<https://cdn.oantonista.net/uploads%2F1470865987277-ANTC+1.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. México D.F.: F.E.C., 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 848.826 DF**. Relator originário Min. Luis Roberto Barroso, red. para Min. Ricardo Lewandowski, 17 ago. 2016. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo835.htm#Contas de prefeito e competência para julgar - 4](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo835.htm#Contas%20de%20prefeito%20e%20compet%C3%ancia%20para%20julgar%20-%204)>. Acesso em 04 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 729.744 MG**. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/recurso-extraordinario-729744-minas.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

BREIER, Ricardo. **Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 17 out. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício (Coord.), NÓBREGA, Marcos (Coord.). **Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97-109, p. 99.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Livraria Almedina, 41ª ed., Coimbra, 1989

DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação. **Para uma consecução do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lengua de los derechos: la formacion del derecho publico europeo tras la Revolucion Francesa**. Madrid: Alianza, 1994.

FIDALGO, Carolina Barros. Princípios do Direito Administrativo. In: **Legislação administrativa para concursos: doutrina e jurisprudência comentada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2ª ed., 2015.

FURTADO, José Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e gestão. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 35, n. 109, p. 61-89, mai/ago 2007.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 16ª ed revista e atualizada., 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Habêrle e sua influência no Brasil**. Brasília: Repositório de doutrina do Supremo Tribunal Federal, [2009?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

MENDES, Marco Aurélio Souza. Anatomia do presidencialismo de coalizão: uma perspectiva histórico-econômica financiada pelo processo orçamentário federal. **Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF**, v. 06, n. 11, pp. 240-267, mai/ago, 2016. Disponível em: <<http://periodicoalethes.com.br/media/pdf/11/anatomia-do-presidencialismo-de-coalizao-uma-perspectiva-historicoeconomica-financiada-pelo-processo-orcamentario-federal.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. WALMOTT, Alexandre; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro. Resenha da obra Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e *Accountability*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 281-289. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista13/resenhaMarco.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer da Procuradoria Geral da República**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpc.es.gov.br/wpcontent/uploads/2015/11/Manifesta%C3%A7%C3%A3o-PGR-no-RE-848826-STF.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ROCHA, Arlindo Carvalho. A realização do *accountability* em pareceres do Tribunal de Contas de Santa Catarina. **Rev. Adm. Pública**, vol. 47, n. 04, Rio de Janeiro, jul./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v47n4/v47n4a05.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

RODAS, Sergio. **Natureza dupla fragiliza eficácia do impeachment para corrigir governos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-30/natureza-dupla-fragiliza-eficacia-impeachment-corriger-governos>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Ed.). *Self-restraining State: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999. In: ROCHA, Arlindo Carvalho. A realização do *accountability* em pareceres do Tribunal de Contas de Santa Catarina. **Rev. Adm. Pública**, vol. 47, n. 04, Rio de Janeiro, jul./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v47n4/v47n4a05.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. Método: São Paulo, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Curso de extensão em Direito Constitucional e Finanças Públicas: evolução do federalismo fiscal brasileiro, as competências financeiras no federalismo cooperativo, sistemas de Direito Financeiro e prestação de contas dos chefes do Executivo**. Escola de Contas Paulista Presidente Washington Luiz (Tribunal de Contas do Estado de SP). São Paulo, 05 out. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustav. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gaicón. Madrid: Editorial Trotta, 10ª ed., 2011.