

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

**OS LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS TRIBUNAIS DE
CONTAS NA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM EDUCAÇÃO**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

**OS LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
TRIBUNAIS DE CONTAS NA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM
EDUCAÇÃO**

Tese apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS em regime Interinstitucional com o Centro Universitário Cesmac/AL.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2019

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 20/05/2019

E-mail: schneider_rodrigues@hotmail.com

R696

Rodrigues, Ricardo Schneider

Os limites do controle da administração pública pelos Tribunais de Contas na efetivação do mínimo existencial em educação. – Porto Alegre: s. n.º, 2019.

385 f.; 30cm

Referências: 361-385

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

1. Direitos fundamentais sociais. 2. Mínimo existencial. 3. Educação básica. 4. Tribunais de Contas. 5. Limites de atuação.

CDD 340

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

**OS LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
TRIBUNAIS DE CONTAS NA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM
EDUCAÇÃO**

Tese aprovada por unanimidade com Voto de Distinção e Louvor e Recomendação para publicação como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado”, linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em regime Interinstitucional com o Centro Universitário Cesmac.

Porto Alegre, 04 de junho de 2019.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – Presidente / Orientador
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Marco Félix Jobim
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Flávio Pansieri
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Federal de Sergipe
Universidade Tiradentes

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Universidade Federal de Alagoas

À Mariana, João e Ricardo, minhas maiores conquistas, meus maiores tesouros, razões que dão sentido a todos os esforços, motivam a continuar sempre em frente, a resistir e alcançar voos maiores.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por se fazer presente diariamente em minha família.

À Melissa, por apoiar e suportar todo esse período de dedicação aos estudos, pela compreensão infinita e pelo amor sempre presente.

Aos Professores da PUC/RS, em especial ao orientador Ingo Wolfgang Sarlet e à Professora Regina Linden Ruaro, pela paciência, pelos conhecimentos compartilhados e pela generosidade de nos permitir evoluir, e a todos os colaboradores da Universidade, na pessoa da Secretária do Curso, Caren Andréa Klinger, sempre solícita e afável.

Aos Professores integrantes das bancas de qualificação e de defesa, Carlos Alberto Molinaro, Vanice Regina Lírio do Valle, Flávio Pansieri, Marco Félix Jobim, Carlos Augusto Alcântara Machado e George Sarmiento Lins Júnior pelas valiosas contribuições, que permitiram aprimorar a pesquisa desenvolvida.

A todos os colegas do Cesmac, nas pessoas dos Professores Fernando Sérgio Tenório de Amorim e Marcos Ehrhardt Jr., por se fazerem sempre presentes e atenciosos, amenizando a dura travessia que o doutoramento impõe.

Ao Centro Universitário Cesmac, na pessoa de seu Vice-Reitor, Professor Douglas Apratto Tenório, pelo apoio institucional inestimável e indispensável para a realização do DINTER.

Aos amigos do Doutorado, Alan da Silva Esteves, Ana Cecília de Moraes e Silva Dantas, Augusto César Leite de Resende, Bruno Cavalcante Leitão Santos, Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves, Danielle Sales Echaiz Espinoza, Gustavo Ferreira Gomes, Helder Gonçalves Lima, Helenice Oliveira de Moraes, Lean Antonio Ferreira de Araujo e Marcos Adilson Correia de Souza, por atenuarem as angústias, pelo apoio ao longo do curso e pelas ideias e conhecimentos compartilhados, tão importantes para o desenvolvimento do trabalho.

A todos que integram o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas, nas pessoas de seu Presidente, Conselheiro Otávio Lessa, e do Procurador-Geral de Contas, Dr. Gustavo Santos, pelo apoio determinante para que esse trabalho pudesse ser realizado.

Rodrigues, Ricardo Schneider. **Os limites do controle da administração pública pelos Tribunais de Contas na efetivação do mínimo existencial em educação**. 2019. 385 p. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

RESUMO

Passados quase 200 anos desde a previsão, na Constituição Imperial, da instrução primária gratuita a todos, como expressão dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, e mais de 30 anos desde a promulgação da atual Constituição de 1988, quando o direito fundamental social à educação alcançou o patamar de direito público subjetivo, a concretização desse direito no Brasil ainda é um desafio. Diversos estudos no âmbito da teoria dos direitos fundamentais foram dedicados ao exame da eficácia dessas normas e à possibilidade de, a partir delas, transformar a realidade, inclusive pela defesa de uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Embora haja, recentemente, um olhar mais aprofundado acerca do papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, a temática dos efeitos dos direitos fundamentais sobre a atuação dessas Cortes ainda merece reflexões. Nesta pesquisa, a investigação recai sobre os limites da atuação dos Tribunais de Contas quando em jogo a efetivação do mínimo existencial em educação. O objetivo geral da investigação consiste em apurar até onde as atribuições dos Tribunais de Contas podem ser exercidas quando sua função de controle externo é empreendida sobre atividade administrativa relacionada ao mínimo existencial em educação. A metodologia do trabalho baseia-se no método de abordagem dedutivo e nos métodos de procedimento histórico, comparativo e monográfico. A pesquisa, em relação à natureza, consiste em trabalho original qualitativo e teórico e, quanto aos objetivos, explicativo. Na perspectiva do objeto, foi realizada pesquisa documental (bibliográfica e documental propriamente dita). O método de interpretação está lastreado nos parâmetros do neoconstitucionalismo, designadamente na força normativa da Constituição e na centralidade dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. No primeiro Capítulo, o direito à educação foi analisado em todas as Constituições brasileiras e nas atuais Constituições de Portugal e Espanha, bem como na perspectiva do direito internacional. Ao final, a partir de indicadores nacionais e internacionais, foi apresentada a realidade atual do direito à educação no Brasil. No segundo Capítulo, o exame recaiu sobre a fundamentalidade do direito à educação no Brasil, sua titularidade e, de modo mais específico, como as suas dimensões subjetiva e objetiva repercutem no controle externo. No Capítulo terceiro, o foco da análise foi o mínimo existencial em educação, para compreender sua origem na doutrina e jurisprudência alemãs, como o tema vem sendo tratado em nosso país e seu impacto na atividade de controle. No quarto Capítulo, foi estudado o regime jurídico dos Tribunais de Contas no Brasil. No Capítulo quinto as suas atribuições foram analisadas a partir das premissas construídas nos capítulos anteriores, para indicar de que forma sua atuação é influenciada pelos direitos fundamentais, em especial o mínimo existencial em educação, e defendida a tese de que os Tribunais de Contas, no exercício da atividade de controle relacionada ao mínimo existencial em educação, devem exercer uma atuação forte. Foram apresentados o conteúdo dessa atuação forte, as condições, os limites, alguns resultados práticos e respostas às possíveis críticas a essa forma de atuar.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Mínimo existencial. Educação básica. Tribunais de Contas. Limites de atuação.

Rodrigues, Ricardo Schneider. **The limits of the control of the public administration by the Courts of Accounts in the accomplishment of the existential minimum in education.** 2019. 385 p. Thesis (Doctorate in Law). Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

ABSTRACT

Almost 200 years have passed since the provision in the Imperial Constitution of free primary education to all, as an expression of the civil and political rights of Brazilian citizens, and more than thirty years since the promulgation of the present Constitution of 1988, when the fundamental social right to education reached the level of subjective public law, the realization of this right in Brazil is still a challenge. Several studies in the scope of fundamental rights theory were devoted to examining the effectiveness of these norms and the possibility of transforming them into reality, including the defense of a more incisive action of the Judiciary. Although there has recently been a more in-depth look at the role of the Audit Courts in the control of public policies, the theme of the effects of fundamental rights on the work of these Courts still merits reflection^o. In this research, the research falls on the limits of the performance of the Courts of Accounts when the effectiveness of the existential minimum in education is at stake. The general objective of the investigation is to investigate the extent to which the duties of the Audit Courts can be exercised when its external control function is carried out on administrative activity related to the existential minimum in education^o. The methodology of the work is based on the method of deductive approach and on the methods of historical, comparative and monographic procedures. The research, in relation to nature, consists of original qualitative and theoretical work and, in terms of objectives, explanatory. In the perspective of the object, documentary research (bibliographical and documentary itself) was carried out. The method of interpretation is based on the parameters of neoconstitutionalism, namely in the normative force of the Constitution and in the centrality of fundamental rights in our legal system. In the first Chapter the right to education was analyzed in all Brazilian Constitutions and in the current Constitutions of Portugal and Spain, as well as in the perspective of international law. At the end, based on national and international indicators, the current reality of the right to education in Brazil was presented. In the second Chapter the examination fell on the fundamentality of the right to education in Brazil, its ownership and, more specifically, how its subjective and objective dimensions have repercussions on external control. In Chapter three, the focus of the analysis was the existential minimum in education, to understand its origin in the German doctrine and jurisprudence, how the subject is being treated in our country and its impact on the control activity. In Chapter four, the legal system of the Courts of Accounts in Brazil was studied. In Chapter five, the attributions of the Audit Courts were analyzed from the premises constructed in previous chapters, to indicate how their actions are influenced by fundamental rights, especially the existential minimum in education, and was defended the thesis that the Audit Courts, in the exercise of control activity related to the existential minimum in education, should exercise a strong action. The content of this strong performance, conditions, limits, some practical results and answers to the possible criticisms against this form of acting were presented.

Keywords: Fundamental social rights. Existential minimum. Basic education. Courts of Accounts. Limits of performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS SEUS DESAFIOS ATUAIS	20
1.1 A educação nas Constituições brasileiras	20
1.1.1 A Constituição de 1824.....	22
1.1.2 A Constituição de 1891.....	23
1.1.3 A Constituição de 1934.....	24
1.1.4 A Constituição de 1937.....	26
1.1.5 A Constituição de 1946.....	28
1.1.6 A Constituição de 1967.....	29
1.1.7 A Emenda Constitucional nº 1, de 1969	31
1.1.8 A Constituição de 1988.....	33
1.2 A educação no Direito Comparado.....	41
1.2.1 A educação na Constituição portuguesa de 1976.....	42
1.2.2 A educação na Constituição espanhola de 1978.....	48
1.2.3 O dever de progressiva realização do direito à educação na perspectiva do direito internacional: breves considerações sobre o controle de convencionalidade.....	50
1.2.4 Síntese da análise comparativa.....	56
1.3 Os problemas da educação no Brasil: os indicadores de acesso e de qualidade.....	59
1.3.1 O acesso à educação infantil: da creche à pré-escola	61
1.3.2 O acesso ao ensino fundamental.....	64
1.3.3 O acesso ao ensino médio	66
1.3.4 A qualidade da educação básica	68
1.3.5 O tempo médio de escolaridade da população brasileira.....	75
1.3.6 O analfabetismo (ainda)	75

1.3.7 Síntese da situação atual da educação no Brasil e a necessária mudança da realidade social.....	77
CAPÍTULO 2 – A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E A SUA DENSIDADE NORMATIVA	79
2.1 A educação como um direito fundamental social	79
2.2 A titularidade do direito à educação.....	90
2.3 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seus efeitos sobre o controle externo da administração pública na perspectiva do direito fundamental à educação	94
2.3.1 O conteúdo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais	97
2.3.1.1 A dimensão objetiva do direito fundamental à educação: uma necessária releitura do papel do controle externo sobre políticas públicas a partir da centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica	106
2.3.2 A dimensão subjetiva do direito à educação: a delimitação do direito público subjetivo originário à educação e sua relação com o mínimo existencial	120
2.3.2.1 Os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos: análise do direito à educação no Brasil	122
2.3.2.2 O direito público subjetivo à educação na Constituição brasileira e legislação correlata	130
2.3.2.3 A abrangência do direito público subjetivo à educação no Brasil: a inclusão do ensino médio a partir da EC nº 59/2009 e da Lei nº 12.796/2013	135
2.3.2.4 Mínimo existencial e direito público subjetivo: aproximações e diferenças à luz do direito à educação na Constituição brasileira	141
CAPÍTULO 3 – O MÍNIMO EXISTENCIAL EM EDUCAÇÃO NO BRASIL ..	145
3.1 A origem do mínimo existencial: a doutrina e a jurisprudência alemã do <i>existenzminimum</i>	146
3.2 O mínimo existencial no Brasil.....	159
3.3 O conteúdo do mínimo existencial em educação.....	171
3.4 A eficácia do mínimo existencial e a reserva do possível	183

3.5 O controle judicial do mínimo existencial em educação: possibilidades, críticas e alternativas ao “judicialismo”.....	197
CAPÍTULO 4 – OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: MODELAGEM CONSTITUCIONAL, ANÁLISE COMPARATIVA E CRÍTICAS.....	208
4.1 Modelos de Instituições Superiores de Controle.....	209
4.1.1 Breve análise no Direito Comparado.....	212
4.1.1.1 O Tribunal de Contas português.....	213
4.1.1.2 O Tribunal de <i>Cuentas</i> espanhol.....	225
4.2 Origem e Evolução Histórica dos Tribunais de Contas no Brasil.....	231
4.3 Atribuições e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil a partir de 1988.....	238
4.4 Aspectos controvertidos relacionados aos limites da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil.....	257
4.4.1 A perspectiva ampliativa das atribuições dos Tribunais de Contas.....	257
4.4.1.1 Análise crítica da perspectiva ampliativa na forma do “ativismo de contas”.....	260
4.4.2 A perspectiva restritiva das atribuições dos Tribunais de Contas.....	265
4.4.2.1 Análise crítica da perspectiva restritiva.....	271
CAPÍTULO 5 – A ATUAÇÃO FORTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM EDUCAÇÃO.....	275
5.1 A atuação <i>forte</i> dos Tribunais de Contas em prol do mínimo existencial em educação.....	277
5.1.1 “Atuação regular” e “atuação forte” dos Tribunais de Contas: definição, condições e limites para uma atuação extraordinária.....	282
5.2 A interpretação das atribuições dos Tribunais de Contas à luz do mínimo existencial e os resultados práticos possíveis de uma atuação <i>forte</i>	283
5.2.1 Os parâmetros constitucionais gerais de controle: legalidade, legitimidade e economicidade.....	285

5.2.2 Os possíveis objetos de controle: contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial	296
5.2.3 O alcance da competência para aplicar sanções	299
5.2.4 O alcance da competência para determinar a prática de condutas (assinar prazo) e sustar atos.....	307
5.2.5 O alcance da competência para emissão de provimentos cautelares.....	319
5.2.6 A competência para realizar auditorias operacionais: seleção de prioridades	325
5.2.7 A possibilidade do controle difuso de constitucionalidade.....	327
5.2.8 O uso das técnicas do Código de Processo Civil como instrumento para uma atuação forte dos Tribunais de Contas	333
5.2.9 O uso dos Termos de Ajustamento de Gestão no âmbito dos Tribunais de Contas.....	336
5.3 Respostas às possíveis críticas a uma intervenção forte dos Tribunais de Contas no controle do mínimo existencial em educação	340
CONCLUSÃO.....	351
REFERÊNCIAS.....	361

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à educação ainda é, no Brasil, um desafio. Embora tenhamos desde a Constituição de 1824 diversas disposições estatuinto em maior ou menor grau deveres estatais em prol de sua concretização, além de mais de 30 anos de Constituição de 1988 (CR), ápice da densidade normativa do direito fundamental à educação, há um longo caminho a ser enfrentado. Estudos demonstram que o Brasil se encontra muito distante do desejável em termos educacionais, em patamar muito abaixo da média dos países da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD).

O reconhecimento de parcela do direito à educação como um direito público subjetivo (art. 208, inc. I, § 1º, CR), integrante do mínimo existencial, a desafiar, para muitos doutrinadores, até mesmo os limites da reserva do possível, não foi o suficiente para lograr vencer todos os empecilhos à prestação adequada desse serviço. Os desafios de um controle judicial sobre a renitente omissão estatal impeditiva da materialização de direitos fundamentais já são conhecidos e estudados pela doutrina. Não são poucos os que sugerem uma atuação dialógica no sentido de fomentar a participação não apenas de um ator proeminente – o Poder Judiciário –, mas uma soma de esforços que propicie a efetiva solução de problemas complexos e estruturais, cuja solução é, no mais das vezes, incompatível com a concepção tradicional do processo judicial. É salutar, portanto, o desenvolvimento de pesquisas que possam contribuir para a concretização do direito fundamental à educação, mormente pelo forte impacto social que poderá gerar, para além da perspectiva judicial.

Neste contexto, os Tribunais de Contas estiveram por muito tempo presos a um passado de pouca relevância institucional e de forte influência política, justificando-se, na quadra atual, a produção de estudos científicos capazes de demonstrar a possibilidade de avançarem por outras sendas, não por mero voluntarismo, senão em decorrência dos ditames da própria Constituição da República. O histórico da evolução constitucional dos Tribunais de Contas, desde a sua primeira previsão, em 1891, até o presente momento, demonstra a intenção de dotar tais instituições de mecanismos propiciadores de uma atuação menos legalista e com maior propensão ao controle efetivo da administração pública em prol da sociedade. Destarte, num contexto constitucional onde os direitos fundamentais receberam especial atenção, com destaque para a educação básica,

considerada expressamente um direito público subjetivo (art. 208, inc. I, § 1º, da CR/88, após EC nº 59/2009), é natural supor que os Tribunais de Contas, agora fortalecidos, devam desempenhar um papel relevante para a eficácia de tais direitos.

Inúmeros fatores vêm conduzindo o olhar de pesquisadores para diversos questionamentos jurídicos relacionados à atuação dos Tribunais de Contas. Se anteriormente eram pouco estudados, quiçá por força de seu histórico de atuação formalista e de pouca efetividade, recentemente a academia vem abrindo espaço para a pesquisa voltada às atividades por eles desenvolvidas.

Neste trabalho, a pesquisa teve o objetivo de apurar os limites da atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle das atividades da administração pública relacionadas ao mínimo existencial em educação. A hipótese aventada consiste basicamente em atribuir aos Tribunais de Contas a possibilidade de uma *atuação forte* no que se refere à parcela do direito fundamental à educação integrante do mínimo existencial. A concretização dessa parcela do direito fundamental à educação, em razão da densidade normativa conferida pelo texto constitucional e da relevância do mínimo existencial para a teoria dos direitos fundamentais, justificaria uma atuação de viés mais intervencionista do que o padrão desenvolvido nas atividades ordinárias de controle, relacionadas a direitos de menor estatura ou não assegurados de forma tão abrangente pela Constituição e legislação correlata.

O foco num direito fundamental fortemente densificado e com parâmetros objetivos a serem atendidos pelo Poder Executivo permitiu avaliar com maior exatidão a questão dos limites da atuação dos Tribunais de Contas, do que se se tratasse de outro direito que, embora pudesse ser considerado fundamental, não contivesse parâmetros de concretização claramente definidos.

Como veremos, o Constituinte estatuiu um direito público subjetivo à educação básica, considerada como aquela obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, § 1º, da CR). A educação básica compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), com a redação conferida pela Lei nº 12.796/2013. No plano infraconstitucional, igualmente, há parâmetros objetivos para a consecução de tais direitos, conforme dispõem a LDB e o Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005/2014).

Em outras palavras, a perspectiva do direito público subjetivo à educação e/ou do mínimo existencial em educação permitiu apontar o real limite (ou próximo disso) da atuação dos Tribunais de Contas.

Ademais, a restrição ao mínimo existencial e não ao direito fundamental à educação como um todo decorre também do fato de se tratar – o mínimo – de um direito subjetivo público assegurado constitucionalmente, diferentemente, portanto, de outras parcelas do direito fundamental geral à educação, como o ensino superior, que não tem, no plano constitucional – e até filosófico –, o mesmo tratamento prioritário que recebe o mínimo existencial. Optou-se, portanto, por delimitar o foco, dada a forma como tal direito fora positivado pelo Constituinte e pelo legislador ordinário, bem como por força da relevância conferida pela doutrina e jurisprudência ao mínimo existencial, de forma a melhor contribuir para os propósitos do estudo.

A análise do problema, relacionado aos limites da atuação dos Tribunais de Contas, é realizada, portanto, à luz do mínimo existencial em educação, o que demonstra a aderência da pesquisa à área de concentração em “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado”, especificamente a linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”. Afinal, pretende-se conferir maior eficácia e efetividade ao Direito Fundamental à Educação, a partir dos efeitos que as normas constitucionais a ele referidas projetam sobre as atribuições das Cortes de Contas, em especial a perspectiva objetiva dessas normas.

Nesta pesquisa o método de abordagem foi baseado no raciocínio dedutivo, partindo-se de ideias e conceitos amplos e gerais, para deles extrair consequências menos universais.¹ Por conseguinte, desenvolveu-se no primeiro Capítulo, uma pesquisa da evolução histórica desse direito ao longo do constitucionalismo brasileiro, desde 1824 até os dias atuais, obtendo subsídios para uma análise comparativa em relação ao direito português e espanhol, no sentido de avaliar como o direito à educação está positivado em países cuja tradição de controle externo tenha similaridade com o nosso sistema de Tribunal de Contas. Em seguida, no mesmo Capítulo, partindo para uma perspectiva empírica, foram identificados os reais problemas de acesso e de qualidade que a educação enfrenta no Brasil, a partir de dados levantados por organizações internacionais, buscando

¹ FINCATO, Denise. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p. 43-46; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91-94.

identificar os desafios que ainda necessitam ser superados em relação ao direito à educação.

Feita a primeira análise do objeto, passou-se, no segundo Capítulo, ao exame do direito à educação a partir da perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, avaliando, assim, a sua fundamentalidade enquanto direito social, a sua titularidade e, notadamente, as suas dimensões objetiva e subjetiva, de grande relevância para a avaliação dos efeitos desse direito sobre a atuação dos Tribunais de Contas. Aqui, o estudo do direito à educação teve como foco a perspectiva estatal (ou constitucional) do direito fundamental à educação, sem prejuízo de tecer breves considerações em relação aos aspectos filosófico (ou jusnaturalista) e universalista (ou internacionalista). A investigação deu-se à luz da Constituição brasileira de 1988 e, no âmbito teórico, a fundamentação partiu da teoria geral dos direitos fundamentais de Sarlet, alcançando outros autores que enfrentaram esta temática.

No terceiro Capítulo o estudo recaiu sobre a temática do mínimo existencial, abrangendo desde a sua origem na doutrina e jurisprudência alemãs, até a concepção adotada no Brasil, incluindo o conteúdo do mínimo existencial em educação, a questão de sua submissão aos limites da reserva do possível e como ocorre o controle da concretização desse mínimo na perspectiva judicial, a fim de estabelecer um paralelo em relação ao controle exercido pelos Tribunais de Contas.

O quarto Capítulo foi dedicado ao exame da conformação jurídica conferida aos Tribunais de Contas no Brasil pelo Constituinte de 1988. Para melhor dimensionar o avanço que o regime constitucional vigente significou para o controle externo brasileiro, foi realizada uma breve análise de Direito Comparado, além do estudo na perspectiva constitucional histórica brasileira. Ao final desse Capítulo foram apresentadas as diferentes visões pertinentes aos limites da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil (perspectivas ampliativa e restritiva).

Estabelecidas as premissas relacionadas ao direito fundamental à educação e ao mínimo existencial em educação, e examinado o regime jurídico constitucional das Cortes de Contas brasileiras, procurou-se, no quinto Capítulo, extrair as possíveis consequências sobre a atuação dos Tribunais de Contas, inferindo-se, desta forma, um resultado menos universal. Nesta parte final do trabalho há uma tomada de posição em relação aos limites da atuação dos Tribunais de Contas quando em jogo o mínimo existencial em educação, defendendo-se, nestes casos, uma intervenção *forte*.

Ainda no plano metodológico, foram variados os métodos de procedimento utilizados nesta pesquisa.² O método histórico, como citado, foi necessário para a compreensão da evolução do direito à educação e dos Tribunais de Contas ao longo das constituições brasileiras, com o objetivo de melhor avaliar seus respectivos regimes jurídicos atuais.

O recurso ao método do Direito Comparado também foi utilizado no intuito de evidenciar as características únicas do direito à educação no Brasil, em especial a consagração de um direito público subjetivo, bem como do regime jurídico constitucional dos Tribunais de Contas brasileiros, a partir do contraste com modelos que guardam certa aproximação com o nosso, que é o caso das Constituições portuguesa e espanhola. O modelo alemão também será apresentado em razão da influência que a jurisprudência e a doutrina desse país exercem no constitucionalismo português, espanhol e pátrio, especialmente no Capítulo dedicado ao mínimo existencial. Foram traçados paralelos, apontadas diferenças e interpretados os conceitos a partir da realidade brasileira.

Ainda quanto aos métodos do procedimento, foi realizado o procedimento monográfico, destinado precipuamente à avaliação dos institutos e fenômenos essenciais ao desenvolvimento da pesquisa, tais como o direito fundamental à educação, o mínimo existencial e a atuação dos Tribunais de Contas.

O método de interpretação³ desta pesquisa foi lastreado nos parâmetros designadamente rotulados sob a alcunha do neoconstitucionalismo, envolvendo, dentre vários aspectos, a dogmática associada às ideias do pós-positivismo, compreendendo o respeito à força normativa da Constituição e os métodos da nova interpretação constitucional, mormente a partir da aceitação da força normativa dos princípios e da centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Assim, respeitando os limites do texto constitucional, foi realizada uma interpretação – sobre as atribuições dos Tribunais de Contas – condizente com a nossa realidade social – marcada por um

² FINCATO, Denise. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p. 46-47; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111-118; ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 26. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 9-16.

³ FINCATO, Denise. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p. 48-51; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129-159.

significativo déficit de concretização de direitos fundamentais –, que, ao mesmo tempo, deve informar esse processo interpretativo e ser por ele transformada.⁴

Diversos tipos de pesquisa foram abrangidos neste trabalho.⁵ Quanto à natureza, realizou-se um trabalho científico original qualitativo e teórico, envolvendo a identificação da natureza dos dados, a partir do contexto global e do inter-relacionamento de informações, por meio de revisão bibliográfica rigorosa relacionada ao objeto de estudo. Em relação aos objetivos, desenvolveu-se uma pesquisa explicativa, por meio da coleta, da organização e da análise de dados, com o objetivo de identificar seus fatores determinantes, consequências e relações, e prescritiva, no sentido de propor uma nova forma de atuação no âmbito do controle externo. Na perspectiva do objeto, foi realizada a pesquisa documental (bibliográfica e documental propriamente dita). No aspecto bibliográfico, o trabalho foi desenvolvido a partir de livros e artigos científicos. Quanto à documental propriamente dita, foram objeto de análise documentos que ainda não tenham recebido tratamento analítico, como decisões proferidas por Tribunais judiciais e de Contas.

Seguindo a referida trilha, foram identificados as potencialidades e os limites de atuação dos Tribunais de Contas, permitindo avançar na compreensão de seu efetivo papel

⁴ Em linhas gerais, adere-se à perspectiva de que a Constituição não deve ser subordinada à realidade (aos fatores reais de poder), tampouco deve desconsiderar por completo as condições históricas, políticas, sociais e econômicas para a sua realização. Com efeito, “graças à *pretensão de eficácia*, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. *Determinada* pela realidade social e, ao mesmo tempo, *determinante* em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15, grifo nosso). Segundo o autor, na medida em que essa *pretensão de eficácia* se realiza, a Constituição adquire *força normativa*. (Ibid., p. 16). Para o desenvolvimento ótimo dessa força normativa, é necessário observar, dentre vários aspectos, quanto à práxis, a *vontade de Constituição*, que deve nortear os partícipes da vida constitucional, no sentido de terem a disposição de orientar suas respectivas condutas conforme a ordem constitucional estabelecida, a despeito dos interesses momentâneos ou dos juízos de conveniência particulares (Ibid., p. 19-22). Dessa forma, é pressuposto do desenvolvimento de forma ótima de sua força normativa, que a interpretação constitucional se submeta ao *princípio da ótima concretização da norma*, materializando de forma excelente o sentido da proposição normativa “dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”, respeitando, todavia, o sentido da proposição jurídica, que é o limite da interpretação (Ibid., p. 22-23). Com efeito, “se a mudança das circunstâncias fáticas for a ponto de obstar a realização dos sentidos possíveis da proposição, não é cabível o recurso a uma interpretação que ignore aqueles limites (sob pena de se reconhecer, ainda que de modo implícito, a preponderância das circunstâncias fáticas sobre o elemento normativo), fazendo-se necessária a alteração do próprio texto constitucional” (PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação Constitucional à luz da Teoria Constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 20).

⁵ FINCATO, Denise. *A pesquisa jurídica sem mistérios*: do projeto de pesquisa à banca. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p. 43-46; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91-94; ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 26. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 45-100.

no cenário institucional brasileiro e, quiçá, contribuir para o seu redirecionamento em busca de uma maior participação na concretização do direito fundamental à educação, com ênfase no mínimo existencial.

CAPÍTULO 1 – A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS SEUS DESAFIOS ATUAIS

Como etapa inicial necessária ao desenvolvimento da tese, o objetivo deste Primeiro Capítulo consiste, primeiramente, em analisar o desenvolvimento do direito à educação ao longo dos textos constitucionais brasileiros e no Direito Comparado. Em seguida, pretende-se avaliar o atual estágio de desenvolvimento desse direito no Brasil, a partir de indicadores nacionais e internacionais. A compreensão do contexto normativo histórico e comparado permitirá alcançar uma melhor interpretação dos enunciados sobre o direito à educação, estabelecidos no texto de 1988. A percepção empírica demonstrará se há algum descompasso entre aquilo que o Constituinte estabeleceu normativamente e a realidade. Tal análise é necessária aos desenvolvimentos teóricos posteriores, em especial para dimensionar o papel que os Tribunais de Contas deverão assumir em face desse direito fundamental e da realidade social em que se inserem.

1.1 A educação nas Constituições brasileiras

Pereira da Silva destaca, com razão, que os direitos fundamentais são caracterizados como noções jurídicas complexas e diversificadas, sem que percam a unidade e a identidade conferida pela proteção constitucional de uma determinada vertente da dignidade da pessoa humana.⁶ Seriam, portanto, “conceitos-quadro” ou estatutos (*status*) que conjugam dimensões negativas e positivas, subjetivas e objetivas, que podem ser decompostos em outros direitos (subdireitos) faculdades, poderes, deveres públicos ou privados, tarefas públicas, princípios jurídicos etc., que apesar dessa diversidade e complexidade não deixam de se relacionar por uma unidade de sentido.⁷

Independentemente da “geração” da qual façam parte ou da sua “arrumação constitucional” – quer como “direitos, liberdades ou garantias”, quer como “direitos econômicos, sociais e culturais”, terminologia utilizada pela Constituição portuguesa –, Pereira da Silva defende que todos direitos fundamentais sejam qualificados

⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 86-87.

⁷ *Ibid.*, p. 87.

simultaneamente como direitos subjetivos (dimensão subjetiva) e como princípios jurídicos ou estruturas objetivas da comunidade (dimensão objetiva).⁸

Nesta seção, o direito fundamental à educação será analisado a partir da sua evolução nas Constituições brasileiras, com ênfase no texto vigente, com o objetivo de identificar os principais aspectos de seu regime jurídico multifacetado.

Numa visão panorâmica, Sifuentes noticia que a evolução da educação no ordenamento jurídico brasileiro teria experimentado quatro fases: do descobrimento até a década de 30, a “educação tradicional”, focada no adulto, na autoridade do educador, religiosa e de caráter privado. De 1930 a 1964, o Estado populista voltou a atenção para o ensino público, predominando ideias liberais com o surgimento da “escola nova”, centrada na criança e em métodos mais renovados de ensino. De 1964 a 1985, sob o impacto do autoritarismo, predominou o “tecnicismo educacional”. Após 1985 até os dias atuais, há um período de transição, com maior prioridade para o ensino fundamental a partir de 1995.⁹

Antes de ingressar no exame do direito à educação a partir da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, convém analisar o tratamento conferido a tal direito, no plano constitucional, nos regimes constitucionais anteriores a 1988. A intenção é avaliar em que medida o regime jurídico atual é mais ou menos abrangente do que aquele estabelecido nos textos anteriores, bem como compreender o desenvolvimento desse direito desde a nossa primeira Constituição, em 1824, ainda no Império. Certamente, esse aspecto histórico auxiliará na interpretação de nossa Constituição atual, a partir de uma perspectiva histórico-comparativa.

⁸ “- direitos subjetivos, desde logo, na medida correspondente à sua dimensão negativa, enquanto direitos de defesa contra agressões na esfera constitucionalmente protegida, mas também naquilo que se refere à respectiva dimensão positiva, pois são ainda de integrar na protecção subjectiva os deveres de actuação concretos e determinados a cargo dos poderes públicos, assim como o dever de assegurar (ao menos) a garantia do ‘mínimo’ de intervenção pública para a concretização dessa posição de vantagem do respectivo titular. - princípios jurídicos ou como estruturas objectivas da comunidade, o que se traduz na consideração dos direitos fundamentais como conjunto de valores e princípios conformadores de todo o sistema jurídico – que devem ser utilizados como ‘critérios’ de interpretação e de aplicação de todas as normas jurídicas –, assim como na consagração de tarefas, princípios ou regras jurídicas de actuação a cargo dos poderes públicos (correspondentes à parte objectiva da dimensão positiva do direito fundamental)” (SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115).

⁹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 81-82.

1.1.1 A Constituição de 1824

Ao se tornar independente, o Brasil tinha praticamente toda a sua população analfabeta, sendo o tema da instrução pública introduzido por Pedro I na Assembleia Constituinte de 1823. Contudo, destaca Ranieri, ao outorgar a Carta de 1824, embora a instrução primária gratuita tenha sido elevada à categoria de direito, reduziu-se o escopo e a abrangência do ensino público em relação ao que havia sido aprovado originalmente na Assembleia Constituinte.¹⁰

A Constituição do Império previu em seu art. 179 um extenso rol de direitos civis e políticos que tinham por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Eles eram garantidos, dentre várias formas, pelo acesso à instrução primária e gratuita a todos os cidadãos (inciso XXXII) e pela garantia de colégios e universidades onde seriam ensinados os elementos das ciências, letras e artes (inciso XXXIII).

A rigor, a Constituição não previu expressamente um “direito” (social) à educação, terminologia adotada apenas a partir de 1934, mas assegurou o acesso ao ensino primário e gratuito numa perspectiva liberal de garantia da “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros [sic]”, fundada na liberdade, na segurança individual e na propriedade (art. 179, *caput*).

A nossa Constituição Imperial de 1824 foi uma das primeiras do mundo a apresentar um rol completo de direitos fundamentais de primeira dimensão, sendo a previsão do art. 179 reflexo das ideias liberais do século XIX, ao restringir a atuação do Estado e apresentar um rol de direitos individuais dos mais modernos da época.¹¹ Teve forte influência da Revolução Francesa, sendo a primeira do mundo a subjetivar e positivizar os direitos do homem.¹²

Posteriormente, com o Ato Adicional proclamado pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, que reformou a Constituição de 1824, foram criadas as Assembleias Legislativas Provinciais, que ficaram responsáveis pela organização do ensino básico

¹⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009.

¹¹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 52 e 90-91.

¹² MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 21-22; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

(descentralização), passando a coexistir dois sistemas educacionais de ensino, o federal e o provincial.¹³

Sifuentes destaca não ter havido muita alteração na situação do ensino elementar diante dos poucos recursos destinados às províncias para o seu custeio. Os encargos excessivos diante de escassos recursos teriam gerado uma desorganização generalizada da educação pública. Além disso, a descentralização teve por efeito o desenvolvimento extraordinário das escolas secundárias particulares. O único colégio federal criado durante o Império foi o Colégio Pedro II, modelo para os estudos secundários.¹⁴

Interessante notar, com Ranieri, que os filhos de escravos (durante a primeira metade do século XIX até o Decreto nº 1331-A, de 1854), os filhos ilegítimos e os expostos (mais baixa categoria livre da sociedade) eram admitidos em escolas públicas de primeiras letras, usufruindo do direito à instrução primária previsto no Título 8º das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos *cidadãos* brasileiros, embora os escravos, as mulheres e os homens que não atendessem às exigências do voto censitário não pudessem ser formalmente considerados cidadãos.¹⁵

1.1.2 A Constituição de 1891

Com o advento da República, a Constituição de 1891 recebeu influências culturais positivistas e do liberalismo americano, pouco dispendo acerca da educação. De espírito federalista, manteve a incumbência do ensino, em grande parte, com os Estados e Municípios, cuidando a União apenas do ensino superior e secundário do Distrito Federal. O texto da Constituição não previu nem a gratuidade nem a obrigatoriedade da instrução primária. Diante dos custos da expansão quantitativa de escolas, a maioria das Constituições Estaduais estabeleceu o ensino primário como tarefa pública não obrigatória, com exceção dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Mato Grosso e Minas Gerais, embora nestes não fosse assegurada a oferta a todos.¹⁶

¹³ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 93.

¹⁴ *Ibid.*, p. 94-95.

¹⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 292-293.

¹⁶ SIFUENTES, *op. cit.*, p. 96-99; RANIERI, *op. cit.*, p. 294.

Previu-se apenas, em seu art. 72, § 6º, que o ensino ministrado em estabelecimentos públicos seria leigo. Deu-se ênfase ao caráter laico e descentralizado do ensino, sendo o rompimento com a Igreja Católica uma de suas principais diferenças em relação ao regime monárquico. A preocupação maior das elites republicanas era com a separação entre o Estado e a Igreja, não observada na prática.¹⁷ Apesar da mudança na forma de Estado e de governo, manteve-se inalterada a perspectiva liberal do texto, sem nenhum comprometimento do Estado com os chamados direitos sociais.¹⁸

1.1.3 A Constituição de 1934

Com a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, os direitos sociais passam a ser contemplados no texto constitucional de forma expressa. A educação recebe tratamento específico no Capítulo II (Da Educação e da Cultura), inserido no Título V (Da Família, da Educação e da Cultura). O Constituinte previu a educação como um direito de todos, a ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, abrangendo os brasileiros e estrangeiros aqui residentes (art. 149). Embora com pouca repercussão prática, essa Constituição difundiu a gratuidade e o acesso à escola para as pessoas de todas as idades.¹⁹

Sifuentes noticia que a Assembleia Nacional Constituinte teria aceitado a declaração da educação como direito público subjetivo, mas, no texto definitivo da Constituição de 1934, nem tal direito teria sido incorporado, nem a responsabilização criminal das autoridades responsáveis.²⁰ Pontes de Miranda, um dos maiores defensores da educação como direito público subjetivo, via na mera previsão da regra “a educação é direito de todos” pouca efetividade, defendendo a existência de um “direito público subjetivo, provido de ação e remédio jurídico processual, constitucionalmente caracterizados, com pressupostos e termos claros”.²¹ Para ele, “quanto à estrutura do direito à educação, no Estado de fins múltiplos, ou êle é direito público subjetivo, ou é

¹⁷ MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 110.

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 23-24.

¹⁹ MOREIRA, op. cit., p. 112.

²⁰ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 111-112.

²¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. VI, p. 339, 348 e 353.

ilusório”.²² Para Maliska, contudo, a previsão do art. 149 corresponderia à elevação do direito à educação à categoria de direito subjetivo público pela primeira vez em um texto constitucional.²³

Houve também a primeira menção ao Plano Nacional de Educação (PNE), no parágrafo único do art. 150, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Educação (art. 152), que, entre várias normas, deveria dispor sobre o ensino primário²⁴ integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos (art. 150, “a”) e sobre a tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de torná-lo mais acessível (art. 150, “b”).

Previu-se, ainda, pela vez primeira, que a União e os Municípios deveriam aplicar nunca menos de 10%, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de 20%, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos (art. 156), sendo, no caso da União, destinados, ao menos, 20% das cotas da educação para a realização do ensino na zona rural (art. 156, parágrafo único).

A Constituição de 1934 previu, ainda, em linhas gerais, a atuação supletiva da União, em caso de deficiência de recursos (art. 150, “e”); a liberdade de ensino em todos os graus e ramos (art. 150, parágrafo único, “b”); o condicionamento do reconhecimento de estabelecimentos particulares de ensino à estabilidade dos professores, enquanto bem servissem, e a uma remuneração condigna (art. 150, parágrafo único, “f”); a organização e manutenção de sistemas educativos no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, sob as diretrizes da União (art. 151); o ensino religioso de frequência facultativa (art. 153), rompendo com a ideia de ensino laico da Constituição de 1891; a isenção de tributos para os estabelecimentos particulares de educação primária e profissional considerados idôneos (art. 154); a liberdade de cátedra (art. 155); a criação de fundos de educação federais, estaduais e no Distrito Federal (art. 157); a vedação da dispensa de concurso de provas e títulos para o provimento de cargos de magistério oficial e de provas escolares de habilitação, em qualquer curso (art. 158); e as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade aos professores nomeados por concurso para institutos oficiais (art. 158, § 2º). À União foi atribuída a competência para traçar as diretrizes da educação nacional

²² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. VI, p. 339.

²³ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 26.

²⁴ Corresponderia, atualmente, à metade do ensino fundamental (SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 103).

(art. 5º, inc. XIV), subsistindo a competência dos Estados para legislar supletiva ou complementarmente (art. 5º, § 3º).

Com efeito, a ampliação dos direitos sociais, sob influência da Constituição de Weimar, indica a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, apresentando, neste contexto, como um de seus principais avanços a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino primário, qualificado como um direito individual e social, mantido pelas Constituições posteriores, sem embargo do breve retrocesso havido em 1937, a seguir abordado.²⁵ Além disso, a ideia de descentralização dos textos anteriores fora abandonada em prol do ideário de um projeto de educação nacional.²⁶

Uma curiosidade do texto de 1934, possivelmente influenciado por diversas correntes científicas da época, foi a incumbência à União, aos Estados e aos Municípios de estimular a educação eugênica²⁷ (art. 138, “b”).

1.1.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 (polaca), caracterizada pela significativa restrição dos direitos individuais e suas garantias, surge em um contexto de golpe de Estado. Teve inspiração fascista e como mentor, Francisco Campos.²⁸ Tinha como marcas o caráter concentrador, o espírito autoritário, a ideia de governo forte, antipartidário, com a preeminência do Poder Executivo.²⁹

Em relação ao direito à educação, previu que a educação integral da prole seria o primeiro dever e o direito natural dos pais, cabendo ao Estado, que não seria estranho a

²⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 293-295.

²⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 24-28.

²⁷ “Pode-se definir a eugenia como sendo o estudo e a doutrina do aprimoramento biológico de uma população através da reprodução controlada, ou fomentando a expansão de alelos normais (eugenia positiva), e/ou evitando a propagação de alelos com defeitos (eugenia negativa), em uma tentativa de ‘purificação da raça’. Este movimento em prol da eugenia não se limitou ao Brasil, pelo contrário, refletia um movimento mais amplo, de caráter mundial. Existiam várias associações e institutos eugênicos em mais de 28 diferentes países naquele período, preocupados em discutir a constituição e a formação do povo de suas respectivas nações”. (MAI, Lilian Denise; BOARINI, Maria Lucia. Estudo sobre forças educativas eugênicas no Brasil, nas primeiras décadas do século XX. *Revista Ciência, Cuidado e Saúde*, Maringá, v. 1, nº 1, p. 129-132, jan./jun. 2012).

²⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 112.

²⁹ MALISKA, op. cit., p. 28.

esse dever, colaborar de forma principal ou subsidiária na facilitação da sua execução ou suprindo as deficiências e lacunas da educação particular (art. 125). O abandono intelectual da infância ou da juventude importava falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação (art. 127). Manteve o ensino primário obrigatório e gratuito, mas, concomitantemente, estipulou um dever de solidariedade, a exigir uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar daqueles que não alegarem ou não puderem alegar a escassez de recursos (art. 130).

Também previu, dentre outros aspectos, o dever da Nação, Estados e Municípios de assegurar, por meio de instituições públicas de ensino em todos os graus, a educação à infância e à juventude que não tivessem recursos para obtê-la em instituições particulares (art. 129); o dever de indústrias e sindicatos econômicos criarem escolas de aprendizes para os filhos de seus operários ou associados (art. 129); a obrigatoriedade da educação física, do ensino cívico e de trabalhos manuais nas escolas primárias, normais e secundárias (art. 131); a fundação de instituições pelo Estado ou do auxílio às criadas por associações civis, com o objetivo de organizar para a juventude períodos de trabalho anual em campos e oficinas, promover a disciplina moral e o adestramento físico, preparando-a para seus deveres para com a economia e a defesa da Nação (art. 132); e manteve o ensino religioso facultativo nas escolas primárias (art. 133). Previu, ainda, a competência da União para fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (art. 15, inc. IX) e para legislar sobre as diretrizes da educação nacional (art. 16, inc. XXIV).

Ranieri aponta como retrocessos a supressão da vinculação de recursos para a educação e o fim da organização federativa dos sistemas de ensino, mas reconhece como positiva a proteção ao menor intelectualmente abandonado.³⁰ Para Moreira, os artigos 125 e 127 correspondem ao binômio direito-dever à educação, de modo que essa Constituição, ao garantir diversos direitos para crianças e adolescentes, também previu sanções para aqueles que deixassem de provê-las com os cuidados materiais e intelectuais indispensáveis.³¹

³⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 296.

³¹ MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 112-113.

Maliska destaca o acentuado privilégio conferido ao ensino particular, destinando a atuação estatal, seja de forma principal ou subsidiária, para suprir as deficiências e lacunas da educação particular (art. 125), especialmente quando as crianças e os jovens não tivessem recursos próprios para custear o ensino privado (art. 129).³² Não obstante o ensino particular tenha ganhado força no período, durante a década de 30 o Estado se afirma como principal responsável pela oferta do ensino a toda a população.³³

1.1.5 A Constituição de 1946

Com a retomada do regime democrático, a realização das eleições consideradas as mais limpas dentre as havidas até então e tendo por base a Constituição social-democrática de 1934, a Assembleia Nacional Constituinte promulga a Constituição de 1946.³⁴ Em Capítulo destinado especificamente à educação e à cultura, estabeleceu que a educação era um direito de todos, dada no lar e na escola, inspirada nos princípios de liberdade e ideais de solidariedade humana (art. 166). Adotou, dentre vários princípios, a obrigatoriedade do ensino primário (art. 168, inc. I) e a gratuidade para todos quando prestada em estabelecimento primário oficial, sendo, também, gratuito o ensino ulterior ao primário para aqueles que provassem a falta ou a insuficiência de recursos (art. 168, inc. II). A destinação de recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, por meio da vinculação da renda resultante dos impostos, no montante de 10% para a União e de 20% para Estados, Distrito Federal e Municípios, foi reinstituída.

Sifuentes critica a Constituição de 1946 porque teria tratado da educação em diversos dispositivos, mas nenhum autoaplicável.³⁵ Em alguns aspectos foram reincorporadas disposições já conhecidas de 1934; noutros, novidades surgiram. Num breve panorama, a Constituição de 1946 previu que os diferentes ramos do ensino deveriam ser ministrados pelos poderes públicos, facultada a livre-iniciativa particular (art. 167); as empresas industriais, comerciais e agrícolas com mais de 100 pessoas foram

³² MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 29.

³³ MAZZONI, Ana Rachel Gontijo *et al.* As Políticas Educacionais Brasileiras: uma breve revisão histórica. In: CASTRO, Carmem Lúcia Feitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; DIAS, Darli de Souza. *Políticas Públicas de Educação: a inclusão e a diversidade*. Barbacena, MG: EdUEMG, 2015, p. 22.

³⁴ MALISKA, op. cit., p. 31.

³⁵ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 113-114.

obrigadas a manter o ensino primário gratuito para seus servidores e filhos (art. 168, inc. III); as empresas industriais e comerciais foram obrigadas a ministrar a aprendizagem de seus trabalhadores menores (art. 168, inc. IV); o ensino religioso foi mantido como disciplina facultativa no horário das escolas oficiais (art. 168, inc. V); a obrigatoriedade de concurso de provas e títulos para o provimento de cátedras no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, assegurando-se aos concursados a vitaliciedade (art. 168, inc. VI); a garantia da liberdade de cátedra (art. 168, inc. VII); a organização do sistema federal de ensino pela União, de caráter supletivo, em todo o país, conforme as deficiências locais (art. 170); a organização de sistemas de ensino pelos Estados e Distrito Federal, para o qual a União cooperaria com auxílio pecuniário, estabelecendo um Fundo Nacional para o ensino primário (art. 171); a obrigatoriedade de serviços de assistência educacional nos sistemas de ensino, com o objetivo de assegurar aos alunos necessitados condições de eficiência escolar (art. 172); além da competência da União para legislar sobre a lei de diretrizes e bases da educação, sem exclusão da competência supletiva ou complementar dos Estados (art. 5º, inc. XV, “d”, e 6º).

Sob a égide da Constituição de 1946, foi aprovada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, revogada, posteriormente, pela Lei nº 9.394/1996.³⁶

1.1.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967, outorgada a partir da ascensão dos militares ao poder, no período de ditatorial instaurado depois de 1964, foi discutida, votada e aprovada pelo Congresso Nacional, após apresentação de projeto pelo Presidente da República, sob considerável censura, consistindo, inegavelmente, num retrocesso democrático.³⁷

A educação foi tratada em capítulo próprio, estabelecida como um direito de todos, a ser dada no lar e na escola, assegurada a igualdade de oportunidades, inspirando-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana (art. 168). Adotou como princípios e normas a obrigatoriedade do ensino dos sete aos 14

³⁶ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 117.

³⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 32-33.

anos para todos, sendo gratuito nos estabelecimentos primários oficiais (art. 168, § 3º, inc. II).³⁸ Quanto ao ensino ulterior ao primário, estipulou a gratuidade àqueles que tivessem efetivo aproveitamento e provassem falta ou insuficiência de recursos, substituindo, sempre que possível, o regime da gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o reembolso no caso de ensino superior (art. 168, § 3º, inc. III). Não previu, contudo, a vinculação de recursos específicos para a educação.

Na Constituição de 1967 previu-se, também, que o ensino deveria ser ministrado nos diferentes graus pelo poder público (art. 168, § 1º); a abertura do ensino à livre-iniciativa particular, com amparo técnico e financeiro dos poderes públicos, inclusive por meio de bolsas de estudos (art. 168, § 2º); o ensino religioso, de matrícula facultativa, nos horários normais das escolas de grau primário e médio (art. 168, § 3º, inc. IV); a exigência de prova de habilitação para os provimentos dos cargos iniciais e finais das carreiras de grau médio e superior, além de concurso público de provas e títulos quando se tratasse de ensino oficial (art. 168, § 3º, inc. V); a garantia da liberdade de cátedra (art. 168, § 3º, inc. VI); a organização de sistemas de ensino pelos Estados, Distrito Federal e União, sendo este de caráter supletivo, em todo o país, conforme as deficiências locais (art. 169); a prestação de assistência técnica e financeira pela União aos sistemas estaduais e do Distrito Federal (art. 169, § 1º); a obrigatoriedade de os sistemas de ensino adotarem serviços de assistência educacional para assegurar a eficiência escolar dos alunos necessitados (art. 169, § 2º); a obrigatoriedade de as empresas comerciais, industriais e agrícolas manterem o ensino primário gratuito de seus empregados e filhos (art. 170); a obrigatoriedade de as empresas comerciais e industriais ministrarem, em cooperação, a aprendizagem de seus trabalhadores menores (art. 170, parágrafo único); a competência da União para estabelecer os planos nacionais de educação (art. 8º, inc. XIV); e a competência da União para legislar sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, sem prejuízo da competência dos Estados para legislar de forma supletiva (art. 8º, inc. XVII, “q”, e § 2º).

Com razão Ranieri quando destaca que, embora o regime autoritário tenha sacrificado direitos civis e políticos, ampliou os direitos sociais, a transparecer que, no

³⁸ Sifuentes registra ter havido controvérsia ao associar-se a educação obrigatória e gratuita apenas a uma determinada faixa etária (dos sete aos 14 anos), sem menção a um determinado nível de ensino (v.g. ensino primário, médio), em seu art. 168, § 3º, inc. II, gerando dúvidas interpretativas sobre se tal regime estaria ou não a abranger o ensino médio. A questão restou resolvida a partir da EC nº 1/1969, que tornou a prever a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário, dos sete aos 14 anos (art. 176, § 3º, inc. II) (SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 122-124).

Brasil, o autoritarismo busca compensar a falta de direitos políticos com o paternalismo social.³⁹ De fato, embora outorgada e autoritária, a Constituição de 1967 manteve em grande parte os dispositivos da de 1946 e até acrescentou outros, antes referidos, como a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino dos sete aos 14 anos, em estabelecimentos primários oficiais, e a possibilidade de gratuidade após o primário aos carentes de recursos.⁴⁰ Não obstante, critica-se, além da supressão da vinculação de percentuais do orçamento em prol do desenvolvimento da educação, a “liberalização do ensino” financiada pelo Estado, pela destinação dos escassos recursos públicos a escolas particulares, inclusive por meio de bolsas de estudos (art. 168, § 2º), em detrimento de um maior desenvolvimento do ensino público, universal e gratuito.⁴¹

1.1.7 A Emenda Constitucional nº 1, de 1969

Ainda inserido no contexto do golpe militar de 1964, o regime buscou expandir seus meios de atuação por meio da aprovação da EC nº 1/1969, formalmente democrática, mas liquidando com as expressões democráticas que ainda existiam.⁴²

Previu que a educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, era direito de todos e dever do Estado, sendo dada no lar e na escola (art. 176). Aqui a novidade é a previsão, pela primeira vez, da educação como um dever do Estado.⁴³ Em contrapartida, suprimiu-se a expressão anterior, que assegurava a igualdade de oportunidade.⁴⁴

Instituiu-se, novamente, a vinculação de recursos específicos para a educação, estabelecendo a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios que não aplicassem, no ensino primário, em cada ano, 20%, pelo menos, da receita tributária municipal (art. 15, § 3º, “f”). A vinculação restringiu-se apenas aos Municípios, não existindo, portanto, previsão semelhante em relação à União, aos Estados e ao Distrito

³⁹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 299.

⁴⁰ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 122.

⁴¹ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 32-33.

⁴² *Ibid.*, p. 35.

⁴³ SIFUENTES, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁴ MALISKA, *op. cit.*, p. 35.

Federal. Com a EC nº 24, de 1º de dezembro de 1983, ampliou-se a vinculação, estabelecendo-se que, anualmente, a União deveria aplicar nunca menos de 13%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 176, § 4º).

A liberdade de cátedra prevista anteriormente foi substituída pela liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, com a ressalva expressa em relação ao abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime “democrático” ou de corrupção (art. 176, inc. VII).⁴⁵ Da mesma forma, as ciências, as letras e as artes continuaram sendo “livres”, porém com a exceção do disposto no § 8º do art. 153, que estabelecia limites à manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica em casos como a subversão da ordem e de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.⁴⁶

Além dessas disposições, a EC nº 1/1969 previu, diferentemente do texto de 1967, que o ensino público seria igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrassem efetivo aproveitamento e provassem falta ou insuficiência de recursos (art. 176, § 3º, inc. III); a substituição, gradativa, do regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição (art. 176, § 3º, inc. IV); e as empresas comerciais, industriais e agrícolas foram obrigadas a manter o ensino primário gratuito de seus empregados e o ensino dos filhos destes, entre os sete e os quatorze anos, mas com a possibilidade de, alternativamente, concorrer para aquele fim mediante a contribuição do salário-educação (art. 178).

Repetiu-se a competência da União para estabelecer os planos nacionais de educação (art. 8º, inc. XIV); e a competência da União para legislar sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, sem prejuízo da competência dos Estados para legislar de forma supletiva (art. 8º, inc. XVII, “q”, e parágrafo único). As demais disposições eram semelhantes às das Constituição original.

Merece registro a Lei nº 5.692/1971, que revogou, em parte, a LDB da época (Lei nº 4.024/1961), estabelecendo a duração do ensino de 1º grau em oito anos letivos (art. 19).⁴⁷

⁴⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35-36.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁷ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 125-126.

1.1.8 A Constituição de 1988

Retornando ao regime democrático, obteve-se a promulgação da Constituição de 1988, pródiga no trato dos direitos sociais. Especificamente em relação à educação, avançou em níveis antes não vistos. Exemplo disso foi a discussão acerca da qualificação da educação como direito público subjetivo, abandonada desde a década de 30, mas que, finalmente, resultou em previsão expressa no texto constitucional de 1988.⁴⁸

Na linha das Constituições anteriores, foram repartidas as competências materiais e legislativas entre os diversos entes federativos, sendo o texto atual mais preciso. Compete à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inc. XXIV), sem prejuízo da possibilidade de os Estados, autorizados por lei complementar, legislarem sobre questões específicas (art. 22, parágrafo único). É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, inc. V), cabendo à lei complementar fixar normas de cooperação entre os referidos entes, em vista do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional (art. 23, parágrafo único). Há, ainda, a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação e ensino (art. 24, inc. IX), competindo à União legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1º). Aos Municípios também foi atribuída competência específica para manter programas de educação infantil e de ensino fundamental, mediante cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, inc. VI, após EC nº 53/2006).

Ademais, restou estabelecido que os sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão organizados em regime de colaboração (art. 211). As funções de cada ente federativo foram devidamente demarcadas. Ao sistema federal de ensino, organizado pela União, cumpre financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer a função redistributiva e supletiva, garantindo a equalização de oportunidades e o padrão mínimo de qualidade de ensino, provendo assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 211, § 1º). Aos Municípios compete atuar de forma prioritária na educação infantil e no ensino fundamental (art. 211, § 2º). Já os Estados e o Distrito Federal devem atuar de forma prioritária no ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º). A todos os entes cumpre, ao organizarem seus sistemas de ensino, definir formas de colaboração com o objetivo de assegurar a

⁴⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 126.

universalização do ensino obrigatório (art. 211, § 4º). Em relação à educação básica, a prioridade deve recair sobre o ensino regular (art. 211, § 5º).

São, portanto, mudanças importantes em relação aos textos anteriores. A atuação prioritária de cada ente da federação ficou relacionada a uma etapa específica do ensino. O papel dos municípios na educação, pouco evidenciado nos textos anteriores, passa a ser devidamente delineado, atribuindo-lhes a ênfase nas primeiras fases do ensino. É determinada uma forte integração entre todas as esferas governamentais, que têm a competência comum de proporcionar os meios de acesso à educação e devem atuar de forma colaborativa. A União mantém seu papel central de legislador das normas gerais, além da função redistributiva e supletiva, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma mais específica.

Destarte, embora haja uma certa centralização em torno do papel da União, quanto à regulamentação e assistência técnica e financeira em relação aos outros sistemas, os Estados, Distrito Federal e Municípios têm a sua responsabilidade devidamente traçada na repartição de competências estatuída pelo Constituinte de 1988. Não se justifica eventual omissão ao argumento da indefinição quanto encargo que cabe a cada ente da federação. O Constituinte foi cristalino neste ponto.

O direito à educação foi previsto expressamente no Capítulo II, dos direitos sociais, inserido no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, de modo que, ao menos em seu aspecto formal, deve ser considerado um direito social fundamental (art. 6º), submetido, portanto, ao regime jurídico dos direitos fundamentais. As consequências dessa submissão serão vistas adiante.

Na Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da ordem social, tem-se a previsão da educação como direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com o objetivo de alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Há, assim, duas ordens de objetivos a serem alcançados: a educação para si, mais relacionada ao aperfeiçoamento pessoal, e a educação para o outro, voltada à prática social e ao aprimoramento da vida em sociedade.⁴⁹

Percebe-se a consagração da ideia da educação como um dever do Estado e também da família, cuja promoção deve envolver toda a sociedade. Não há, portanto, uma titularidade exclusiva. O cidadão é ao mesmo tempo titular do direito, podendo exigí-lo,

⁴⁹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 42.

mas também é obrigado a exercê-lo. O Estado, por sua vez, além de disponibilizar os meios para a fruição desse direito pelo cidadão, poderá compelir seus responsáveis a providenciar a matrícula e a frequência do próprio beneficiário desse direito. A família, igualmente, pode exigir esse direito do Estado e dele ser cobrada, caso não adote as providências necessárias à sua fruição pelos menores sob sua guarda (art. 227). A sociedade como um todo, portanto, responde pela concretização do direito à educação e dele se beneficia, porquanto seu objetivo é formar cidadãos e qualificá-los para o trabalho.

O dever do Estado é efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada a sua oferta aos que não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, após EC nº 59/2009). Aqui se verifica um avanço significativo em relação às Constituições anteriores, tanto pela ampliação da faixa etária, como em razão do aumento dos níveis de ensino contemplados com a obrigatoriedade e a gratuidade, na medida em que, nos termos da LDB, a educação básica compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (art. 21, inc. I).

Para Sifuentes, a Constituição de 1988 representou um avanço em relação às anteriores porque estas, ao se referirem à obrigatoriedade e à gratuidade do ensino, indicavam a apenas a “educação primária”, equivalente, nos dias atuais, a quatro anos de ensino (quarto período), menos de um terço do que se exige hoje, após a EC nº 59/2009.⁵⁰

Ademais, o Constituinte conferiu ao ensino obrigatório e gratuito – logo, à educação básica – a qualidade de direito público subjetivo (art. 208, § 1º), defendida desde a década de 30, prevendo a responsabilização da autoridade competente em caso de não-oferecimento ou de oferta irregular do ensino obrigatório pelo poder público (art. 208, § 2º).⁵¹ Somente o ensino obrigatório e gratuito foi qualificado como um direito público subjetivo, inexistindo outra menção no texto constitucional ao termo “subjetivo” ou a “direito público” com esse sentido, atrelado a um direito.⁵²

Importante medida, neste contexto, é a obrigatoriedade de se recensear os educandos do ensino fundamental e fazer zelar junto aos pais pela sua frequência (art. 208, § 3º), a demonstrar as diversas facetas do direito subjetivo à educação, em que o

⁵⁰ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 42-43.

⁵¹ “Isso quer dizer que, para garantir acesso ao sistema de ensino, a sociedade pode fazer uso de instrumentos jurídicos, tais como, o mandado de segurança e a ação civil pública”. (MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 118).

⁵² RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 274.

beneficiário é ao mesmo tempo titular do direito, podendo exigí-lo do Estado, mas igualmente obrigado a exercê-lo, podendo ser compelido pelo Estado. Para Moreira, o dever de recensear é, seguindo a classificação de José Afonso da Silva, norma constitucional de eficácia plena e, portanto, autoaplicável, dispensando a edição de outras normas para produzir todos os seus efeitos.⁵³

O dever do Estado com a educação também se efetiva, nos termos do art. 208, pela garantia de progressiva universalização do ensino médio gratuito (inc. II, após EC nº 14/1996); atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (inc. III); educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade (inc. IV, após EC nº 53/2006); acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (inc. V); oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (inc. VI); e atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (inc. VII).

Para Barcellos, as referidas disposições correspondem ao reconhecimento pela Constituição da existência de oito direitos à educação, submetidos a regimes jurídicos diferenciados.⁵⁴ Haveria, para a autora, os seguintes direitos: (i) das crianças de até cinco anos de idade terem acesso ao ensino infantil em creche e pré-escola (art. 208, IV); (ii) de acesso ao ensino fundamental regular, de oferecimento obrigatório (art. 208, I); (iii) de acesso ao ensino fundamental para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria, inclusive o acesso ao ensino fundamental noturno para aqueles que não podem frequentar o período diurno (art. 208, I e VI); (iv) de acesso ao ensino médio para os educandos “na idade própria” (art. 208, I e II, e art. 6º da EC nº 59/2009); (v) de acesso ao ensino médio para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria e que não podem acompanhar as aulas diurnas (art. 208, I, II e VI, e art. 6º da EC nº 59/2009); (vi) dos educandos da educação básica como um todo (pré-escola, ensino fundamental e médio) de serem atendidos por programas suplementares de material didático-escolar,

⁵³ MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 122.

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 212-216; BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-615; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 208-209.

transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, VII); (vii) dos portadores de deficiência de terem acesso a atendimento educacional especializado (art. 208, III); e (viii) de qualquer indivíduo, de acordo com sua capacidade, de ter acesso a níveis mais elevados de ensino (art. 208, V).⁵⁵

Para Barcellos, os regimes jurídicos diferenciados dos direitos à educação decorrem de diversos fatores, como a forma de positivação utilizada pelo Constituinte, ao estabelecer certos direitos subjetivos determinados, no caso do direito à creche e à pré-escola até os cinco anos, e do direito de acesso ao ensino obrigatório e gratuito⁵⁶ (art. 208, I e IV, §§ 1º a 3º); a forma de distribuição dos recursos, que prioriza o ensino obrigatório (art. 212, § 3º); e a distribuição de competências entre os diversos entes federativos, estabelecendo a competência comum para a prestação concreta do serviço, mas com relações de prioridades específicas para cada ente (art. 211, *caput*, e §§ 1º ao 5º).⁵⁷

Há, portanto, mais do que a mera repetição da fórmula “a educação é dever do Estado”, já vista em 1969, com a sua densificação, delimitando em que termos esse dever estatal deve ser desincumbido. Seu âmbito de proteção é amplo, abrangendo praticamente todas as etapas do ensino, até os níveis mais elevados, como também os que não puderam estudar na época apropriada, os portadores de deficiência, o ensino noturno e as prestações imprescindíveis ao educando da educação básica, como material escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O Plano Nacional de Educação, previsto nos textos anteriores, recebeu um tratamento especial no art. 214 da Constituição. Com a redação conferida após a EC nº 59/2009, ficou definida a edição de lei para estabelecer o PNE, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração. O PNE

⁵⁵ Inicialmente, a posição defendida por Barcellos, em relação ao ensino médio, considerava apenas a existência de um direito à progressiva universalização (BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-615; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 208-209). A partir da EC nº 59/2009, a autora passou a defender a sua caracterização como direito público subjetivo (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 215-216, 304-309). Sobre essa questão específica, cf. seção 2.3.2.3.

⁵⁶ “Ao substituir a expressão *ensino fundamental* por educação básica – conceito mais abrangente –, que passa a ser descrita como obrigatória, a EC nº 59/2009 fez incidir as previsões constitucionais, que já se aplicavam ao ensino fundamental, também sobre o ensino médio e sobre a pré-escola, a saber: a que descreve o acesso a tais serviços como direito público subjetivo e a que prevê a responsabilização da autoridade competente que não os ofereça de forma regular (art. 208, § 1º a 3º)” (BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-615, grifo do original).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 610-615.

deve definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas. Tais ações devem conduzir à erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade do ensino, formação para o trabalho, promoção humanística, científica e tecnológica do País, e ao estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Trata-se, portanto, de um verdadeiro plano de ação para o poder público na seara da educação, com objetivos ambiciosos. O atual PNE foi instituído pela Lei nº 13.005, de 2014; traz 20 metas e inúmeras estratégias de atuação para a educação. Uma de suas principais características foi o estabelecimento de metas objetivas e temporalmente demarcadas, fator que tanto induz a atuação do gestor público como facilita o controle, densificando sobremaneira o direito à educação. Além disso, o Plano determina que as três leis do ciclo orçamentário (PPA, LDO e LOA) assegurem a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com suas diretrizes, metas e estratégias (art. 10).

A Constituição de 1988 também manteve a sistemática de vinculação de recursos específicos para a educação, inaugurada em 1934. O Constituinte estabeleceu que a União deve aplicar, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), com prioridade para o ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do Plano Nacional de Educação (art. 212, § 3º). O descumprimento do limite mínimo de gastos na manutenção e desenvolvimento do ensino poderá ensejar a intervenção federal nos Estados (art. 34, inc. VII, “e”, após EC nº 14/1996) e dos Estados em seus municípios (art. 35, inc. III). Foi prevista, ainda, como fonte adicional de financiamento, a contribuição social do salário-educação (art. 212, § 5º), cuja receita destinada aos Estados e Municípios deve ser distribuída proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica das respectivas redes públicas de ensino (art. 212, § 6º).

O texto original do ADCT previa ainda, em relação ao financiamento da educação, que, nos 10 primeiros anos da Constituição, devem ser aplicados pelo menos 50% dos recursos do art. 212 da CR, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental (art. 60). Após a EC nº 14/1996, criou-se o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef),

destinado à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. Atualmente, após a EC nº 53/2006, temos o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), destinado à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação. Uma importante medida prevista é a complementação de recursos aos Fundos Estaduais e Municipais pela União, tendo por base o valor anual mínimo por aluno definido nacionalmente.

Sem embargo, é curioso notar que a Constituição republicana de 1891, extremamente liberal, e a Constituição totalitária de 1937 tinham em comum a ausência de vinculação de recursos mínimos para o desenvolvimento da educação, prevista, pela primeira vez, na Constituição de 1934, quando se vivia num ambiente um pouco mais democratizado do que aquele de 1937. A vinculação de recursos à educação também caracterizou as Constituições de 1946 e de 1988, ambas marcadamente democráticas. No período militar, a Constituição de 1967 suprimiu tal vinculação, tal como ocorrera em 1937. A partir da EC nº 1/1969, norma semelhante passou a prever tal obrigatoriedade, mas apenas em relação aos Municípios (art. 15, § 3º, “f”). Somente com a EC nº 24, de 1983, voltou a existir no plano constitucional vinculação de receitas para educação abrangendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁵⁸

A Constituição também estabeleceu, em seu art. 206, diversos princípios que deverão reger o ensino. São eles a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inc. I); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (inc. II); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (inc. III); a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inc. IV); a valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (inc. V); a gestão democrática do ensino público, na forma da lei (inc. VI); a garantia de padrão de qualidade (inc. VII); e o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (inc. VIII). Previu a necessidade de se dispor sobre a categoria dos profissionais da educação básica, por lei, fixando prazo para elaborar e adequar os respectivos planos de carreira, em todos os níveis de governo (art. 206, parágrafo único).

⁵⁸ PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 48-49.

Em termos de garantias institucionais, as universidades foram dotadas de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial expressas (art. 207).

Percebe-se uma grande preocupação com o fortalecimento do ensino público gratuito e de qualidade. Diversas estratégias para alcançar esse objetivo foram definidas, como o direito à gratuidade em estabelecimentos oficiais, a participação da sociedade na gestão do ensino, a valorização dos profissionais da educação, em especial a categoria da educação básica e o fortalecimento das universidades. Procurou-se também assegurar a liberdade e o pluralismo no ensino, sem as restrições anteriormente inseridas no regime constitucional pós-EC nº 1/1969.

O ensino privado também fora contemplado pelo Constituinte, embora seja inegável a constatação de que o foco recaiu sobre o fortalecimento do ensino público. Estabeleceu-se que o ensino é livre à iniciativa privada, porém condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (art. 209, inc. I e II). Previu-se, ainda, a imunidade tributária, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (art. 150, inc. VI, “c”).

As escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, além de assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades, poderão ser destinatárias de recursos públicos, como ocorre com as escolas públicas (art. 213, inc. I e II). Tais recursos poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade (art. 213, § 1º).

Após a EC nº 85/2015, abriu-se a possibilidade de o poder público dar apoio financeiro às atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica (art. 213, § 2º).

Foi mantida a previsão do ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º), tradição em nossas Constituições desde 1934.⁵⁹

A partir do exame dos textos constitucionais pretéritos e, de certo modo, da própria história do desenvolvimento do direito à educação no Brasil, foi possível compreender a evolução ocorrida ao longo dos anos. O Constituinte de 1988 pretendeu ampliar e conferir máxima efetividade ao direito à educação, de forma nunca vista anteriormente no Brasil, numa crescente ampliação da normatização desse direito em prol de seu fortalecimento. É possível afirmar que a busca pela concretização do direito à educação é uma preocupação constante no constitucionalismo brasileiro, que alcançou o ponto máximo em termos normativos a partir de 1988.

1.2 A educação no Direito Comparado

Vislumbra-se uma opção do Constituinte brasileiro, certamente influenciado por nossas circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais, no sentido de potencializar os meios voltados à concretização do direito à educação. Para melhor dimensionar o regime jurídico constitucional da educação no Brasil, é importante analisar, ainda que sucintamente, como outros países disciplinaram o direito à educação em seu texto constitucional. Pretende-se, assim, avaliar se no âmbito do ordenamento jurídico nacional a disciplina do direito à educação autorizaria a adoção de medidas assecuratórias mais incisivas, no que se refere à proteção e concretização desse direito, diferentemente do que ocorreria em outros contextos normativos.

A escolha da comparação entre Portugal e Espanha deve-se justamente pela aproximação cultural e jurídica que temos, compartilhando da mesma forma de controle externo – por meio de Tribunais de Contas – e da previsão expressa do direito à educação no texto constitucional. Sarlet destaca a nossa aproximação, em especial no que se refere aos direitos fundamentais, com os modelos lusitano e espanhol, que sofreram influência germânica, priorizando, pela aproximação entre as ordens constitucionais, as fontes

⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal, em julgado de 27 de setembro de 2017, julgou improcedente a ADI nº 4439, que discutia a possibilidade de o ensino religioso estar ou não vinculado a uma religião específica, bem como a contratação de professores representantes de confissões religiosas. Por maioria (6x5), prevaleceu que o ensino religioso no Brasil pode ter natureza confessional.

portuguesas e espanholas, além da alemã, bem como a jurisprudência das respectivas Cortes Constitucionais.⁶⁰ Sifuentes também justifica a escolha da Constituição Portuguesa para melhor compreender a brasileira, diante das semelhanças entre nossos constitucionalismos, tanto que diversos juristas lusitanos teriam participado dos trabalhos relativos à Constituição de 1988, parceria essa que remontaria à Constituição do Império de 1824.⁶¹ Destarte, embora outros países também pudessem contribuir para a análise, para os fins propostos neste trabalho a análise das Constituições portuguesa e espanhola é suficiente.

1.2.1 A educação na Constituição portuguesa de 1976

A Constituição portuguesa de 1976 inicia suas disposições pelo “Preâmbulo” e, em seguida, dispõe sobre os “Princípios Fundamentais”, que vão do art. 1º ao 11, e sobre os “Direitos e deveres fundamentais”, na Parte I, que vai do art. 12 ao 79. A garantia da liberdade de aprender e ensinar (art. 43), que compreende, também, a vedação ao Estado quanto à programação da educação e da cultura segundo diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (nº 1); o caráter não confessional do ensino público (nº 3) e a garantia do direito de criação de escolas particulares e por meio de cooperativas (nº 4) estão previstos no Capítulo I (direitos, liberdades e garantias pessoais) do Título II (dos direitos, liberdades e garantias) da Parte I da Constituição. Os direitos relativos à educação (art. 73), ensino (art. 74), ensino público, particular e cooperativo (art. 75), universidade e ensino superior (art. 76) e a participação democrática no ensino (art. 77) acham-se previstos no Capítulo III (direitos e deveres culturais) do Título III (direitos e deveres, econômicos, sociais e culturais) da Parte I da Constituição.

A exposição da localização das disposições relativas à educação no texto constitucional justifica-se para melhor demonstrar as peculiaridades dos diversos regimes jurídicos aos quais os direitos fundamentais estão submetidos em Portugal. A doutrina portuguesa tem entendimentos variados acerca dessa temática.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21-24.

⁶¹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 19-20.

Miranda sustenta a existência de três diferentes regimes de direitos fundamentais na Constituição portuguesa: a) o regime comum a todos os direitos fundamentais e a todos os direitos previstos no ordenamento jurídico português; b) o regime comum com algumas variações decorrentes da estrutura dos direitos; e c) o regime específico dos direitos, liberdades e garantias de um lado e dos direitos económicos, sociais e culturais de outro.⁶²

Andrade defende a existência de dois regimes distintos para os dois tipos de direitos fundamentais pressupostos na Constituição portuguesa. Um para os direitos cujo “conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais”.⁶³ O outro refere-se aos direitos cujo “conteúdo principal terá de ser, em maior ou menor medida, determinado por opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização”.⁶⁴ Para o autor, submetem-se ao regime especial dos direitos, liberdades e garantias somente aqueles direitos de “conteúdo constitucionalmente determinável”, ao tempo que são excluídos desse regime os direitos económicos, sociais e culturais, que, para além de um mínimo, só se tornariam “líquidos e certos” no plano da legislação ordinária, por serem direitos a “prestações sujeitas a determinação política”.⁶⁵

Em crítica à doutrina que defende a existência de diversos regimes materiais na Constituição portuguesa, um relativo aos direitos de liberdade e outro aos direitos sociais, Novais propõe uma dogmática unitária, cuja ideia de jusfundamentalidade seria aplicável uniformemente a todos os direitos constitucionais, sejam de liberdade ou sociais, muito embora reconheça, no âmbito dos direitos sociais, diferenciações decorrentes de sua estrutura, consistência, densidade normativa e dos diferentes tipos de reserva que afetam os direitos e deveres estatais num caso concreto.⁶⁶

Na linha defendida por Novais, Sampaio assevera que a “poliedricidade dos direitos fundamentais” corresponde a uma comunhão de dimensões, funções e deveres comuns tanto aos denominados direitos de liberdade como aos chamados direitos sociais, rechaçando a tese da doutrina majoritária portuguesa de que haveria uma separação

⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora: 2014. v. II. t. IV, p. 171-175.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 176.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., p. 176-184.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 13-20.

dogmática entre tais direitos.⁶⁷ A seu ver, os direitos sociais vinculariam exatamente da mesma forma os poderes constituídos, independentemente de sua natureza. Seriam igualmente jusfundamentais e sua vinculatividade dependeria da força jurídica diferenciada atribuída pela Constituição, além da natureza material e estrutural do dever, das suas características intrínsecas e dos condicionamentos impostos à sua realização, por natureza ou por força dos princípios do Estado de Direito.⁶⁸

Queiroz também refuta a existência de uma diferença rígida entre o regime de direitos fundamentais na Constituição portuguesa. Para a autora, o art. 17 permite que o intérprete construa uma “ponte de passagem” entre o regime menos estrito (direitos econômicos, sociais e culturais) e o regime específico dos direitos, liberdades e garantias. Para a autora, a terminologia dos “direitos análogos” permitiria ao intérprete estabelecer, no caso concreto, o regime e a força jurídica de direitos e pretensões, em seu conjunto.⁶⁹

Todas essas diferentes concepções acerca do regime jurídico dos direitos fundamentais surgem porque, nos termos do art. 17 da Constituição portuguesa, o regime especial dos direitos, liberdades e garantias aplica-se apenas aos enunciados do Título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.⁷⁰ Logo, nem todos os direitos fundamentais previstos na Parte I da Constituição portuguesa possuem a mesma força jurídica estabelecida em seu art. 18. Há uma clara separação entre os direitos, liberdades e garantias (Título II) e os direitos e deveres, econômicos, sociais e culturais (Título III), ambos integrantes da Parte I (direitos e deveres fundamentais) da Constituição portuguesa.

Apenas os preceitos relacionados a direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1).⁷¹ Assim,

⁶⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional da Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 264-265.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-166.

⁷⁰ Não se deve confundir o enunciado do art. 17, nº 1, que permite a submissão de certos direitos fundamentais *constitucionais* ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias, com o enunciado do art. 16, 1, que consagra uma “cláusula aberta de direitos fundamentais” e assegura a possibilidade de se qualificar como direitos fundamentais posições jurídicas situadas fora do texto constitucional, em leis e regras de direito internacional, às quais se deve aplicar um regime privilegiado de proteção. (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 47-48).

⁷¹ Embora a Constituição brasileira não tenha previsão expressa mencionando a vinculação do poder público aos direitos fundamentais, nos moldes das Constituições portuguesa e alemã (art. 1º, inc. III), Sarlet defende que é possível extrair o mesmo sentido do disposto no § 1º do art. 5º da CR/88. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 383).

a lei somente poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, limitando-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18, nº 2). Ademais, tais leis restritivas devem se revestir de caráter geral e abstrato, sem efeito retroativo, e não poderão alcançar o conteúdo essencial⁷² dos preceitos constitucionais (art. 18, nº 3).

Em relação à educação, apenas o art. 43, concernente à liberdade de aprender e de ensinar, está no Título II e, portanto, expressamente submetido ao regime dos direitos, liberdades e garantias, por força do art. 17 da Constituição. O art. 43 versa, além da garantia da liberdade de aprender e ensinar (nº 1), sobre a previsão da garantia de não interferência estatal por meio de diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (nº 2), a garantia de que o ensino público não será confessional (nº 3) e a garantia do direito à criação de escolas particulares e cooperativas (nº 4).

Todos os demais enunciados sobre educação estão no art. 73 e seguintes da Constituição, integrantes do Capítulo III do Título III, que versa sobre os direitos sociais (direitos e deveres, econômicos, sociais e culturais) e, em princípio, estão fora do regime de direitos, liberdades e garantias dos arts. 17 e 18.

Em relação aos direitos fundamentais não submetidos – ao menos expressamente – a esse regime especial dos direitos, liberdades e garantias, denominados genericamente de direitos sociais,⁷³ temos o enunciado que reconhece a todos o direito à educação e à cultura (art. 73, nº 1). Há também a previsão de que a educação deve contribuir para

⁷² Há Constituições que preveem expressamente a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como ocorre na Alemanha, em Portugal e na Espanha. No Brasil, a despeito de previsão expressa, a doutrina reconhece tal proteção. Sarlet assevera que por ter caráter eminentemente declaratório, a ausência de um enunciado semelhante em nossa Constituição jamais impediu o reconhecimento da referida garantia, que define como “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 420-422). Cumpre atentar para o fato de que a referida garantia não se confunde com a temática das “cláusulas pétreas”, não se referindo a limitações a reformas constitucionais, mas corresponde a um comando direcionado ao legislador ordinário, que tem o dever de preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em sua tarefa de concretização desses direitos (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 24). A delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é temática controvertida. Na doutrina, Virgílio Afonso da Silva dedicou-se ao estudo do tema e sustenta a teoria do conteúdo essencial relativo, que rejeita “um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental” (Ibid., p. 196). Para o autor, o relativismo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais estaria de acordo com as exigências de um Estado Democrático de Direito, por não aceitar a restrição de seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por intuições, às vezes moralistas, e pré-compreensões mal esclarecidas (Ibid., p. 252-256).

⁷³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora: 2014. v. II. t. IV, p. 162-163.

diversos objetivos, como para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva (nº 2).

Estão fora do Título II, igualmente, as disposições que preveem a todos o direito ao ensino, com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (art. 74), bem como diversos deveres estabelecidos em relação ao Estado, como os de assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;⁷⁴ criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar; garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo; garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística; estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino; inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das atividades econômicas, sociais e culturais; promover e apoiar o acesso dos cidadãos portadores de deficiência ao ensino e apoiar o ensino especial, quando necessário; proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e da igualdade de oportunidades; assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa; e assegurar aos filhos dos imigrantes o apoio adequado para a efetivação do direito ao ensino (art. 72, nº 2). Além disso, cabe ao Estado criar uma rede pública de ensino que atenda às necessidades de toda a população (art. 75, nº 1), bem como reconhecer e fiscalizar o ensino particular e cooperativo (art. 75, nº 2).

A Constituição portuguesa prevê, ainda, que as universidades gozam de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, nos termos da lei, e que o acesso às instituições de ensino superior deve pautar-se pela igualdade de oportunidades e democratização do sistema de ensino (art. 76, nº 1 e 2). Nos termos da lei, é assegurado aos professores e alunos o direito de participação na gestão democrática das escolas, e a participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (art. 77, nº 1 e 2).

⁷⁴ Sifuentes destaca que as Constituições portuguesas de 1826 e 1911 previam a obrigatoriedade e a gratuidade da instrução primária, mas a de 1933 previu apenas a obrigatoriedade e não a gratuidade. (SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 154).

Disso tudo se conclui que todos os enunciados referentes ao direito à educação na Constituição Portuguesa são de direitos fundamentais, pois estão na Parte I, mas nem todos os direitos fundamentais possuem a mesma força jurídica, sendo assegurada a aplicação direta, a vinculação, limites à restrição e a proteção ao conteúdo essencial apenas aos do Título II da Parte I e àqueles considerados de natureza análoga (arts. 17 e 18).

Em suma, o direito fundamental à educação, em Portugal, submete-se ao menos a dois regimes jurídicos diversos. Os direitos à educação, relacionados às liberdades, previstos no art. 43, possuem um regime de maior proteção, estabelecido no art. 18. Ficam os demais direitos à educação, dos arts. 73 a 77, submetidos, em princípio, ao regime comum dos direitos fundamentais, com menos garantias, salvo em relação àqueles que, porventura, venham a ser considerados de natureza análoga a dos direitos fundamentais do Título II.

Miranda ressalta a dificuldade de se recortar os direitos fundamentais de natureza análoga. Destaca que todos ou quase todos os direitos sociais têm uma dimensão negativa de liberdade e de defesa, mas não seria essa a vertente que os caracteriza, e sim a vertente positiva, de modo que não se pode, apenas por isso, considerá-los direitos com estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias. Reconhece como direitos fundamentais de natureza análoga, em relação ao tema tratado, os direitos de participação na política de ensino (art. 77, nº 2) e na gestão das escolas (art. 77, nº 1).⁷⁵

A técnica portuguesa é, portanto, diferente daquela usada na Constituição brasileira de 1988, que previu no art. 6º o direito social à educação, sem tecer maiores desdobramentos, inserido no Capítulo II (dos direitos sociais) do Título II (direitos e garantias fundamentais), para, posteriormente, nos arts. 205 a 214 da Seção I (da educação), do Capítulo III (da educação, da cultura e do desporto), do Título VIII (da ordem social), aprofundar a disciplina do direito à educação, estabelecendo direitos, deveres, direitos públicos subjetivos, liberdades, garantias etc. Ademais, em nosso texto constitucional, o art. 5º, § 2º, prevê a possibilidade de expansão do catálogo de direitos fundamentais para além daqueles expressamente consignados no seu Título II. Em relação à caracterização do direito à educação como um direito fundamental, no contexto brasileiro, tratar-se-á da questão adiante.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora: 2014. v. II. t. IV, p. 175-183.

1.2.2 A educação na Constituição espanhola de 1978

A Constituição espanhola de 1978 tratou da educação no art. 27, integrante da Seção I (dos direitos fundamentais e das liberdades públicas) do Capítulo II (direitos e liberdades) do Título I (dos direitos e deveres fundamentais). Antes do Título I há apenas o Título preliminar (arts. 1º ao 9º) e o Preâmbulo. O art. 27 estabelece que todos têm direito à educação, sendo o ensino básico obrigatório e gratuito (nº 1 e 4). A educação tem como objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana, em respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais (nº 2).⁷⁶ Cumpre aos poderes públicos garantir o direito de todos à educação, por meio de um programa geral de ensino com participação efetiva de todos os setores afetados e a criação de centros docentes (nº 5), sendo também assegurada a criação de tais centros por particulares (nº 6). Aos poderes públicos estabeleceu-se, ainda, o dever de ajudar os centros docentes que atendam aos requisitos legais (nº 9). A autonomia universitária foi assegurada nos termos da lei (nº 10), e a religiosa e moral dos filhos, conforme as convicções dos pais, garantida pelo poder público (nº 3).

Percebe-se, com Sarlet, a aproximação do modelo hispânico em relação ao brasileiro, quanto à complexidade e diversidade de normas relacionadas à sua função e eficácia, compreendendo direitos de defesa (liberdade) e a prestações, além de deveres estatais e institucionais.⁷⁷

Sifuentes afirma que desde a Constituição de Cádiz, de 18 de março de 1812, o direito à educação está previsto nas Constituições espanholas. Destaca, ainda, que o art.

⁷⁶ Em estudo dedicado à definição do objetivo geral da educação e à indagação dos requisitos necessários à sua realização na maior medida possível, Ignacio Ara Pinilla examina a previsão geral do direito ao livre desenvolvimento da educação do artigo 10 (nº 1) da Constituição espanhola (“*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”), em relação à previsão, como objeto da educação, do pleno desenvolvimento da personalidade humana (“*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”), especificamente assentada no nº 2 do artigo 27. (PINILLA, Ignacio Ara. *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 13-26). Para o autor, o objetivo da educação, numa interpretação sistemática, deve ser compreendido como o livre desenvolvimento da personalidade, de modo que “*la identificación del libre desarrollo de la personalidad como objetivo de la educación nos proporciona en este punto un parámetro claro, si no para garantizar la libre voluntad de los individuos, sí al menos para entender que cualquier sistema educativo que no mirara a la maior realización posible de la libertad em el proceso de formación de voluntad resultaria un sistema educativo contradictorio com el tenor de las disposiciones jurídicas antecitadas*” (PINILLA, *op. cit.*, p. 26-27, 47-48).

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 353.

53, nº 1 e 2, conferem às normas de direitos fundamentais força normativa imediata, proporcionando-lhes as máximas garantias jurisdicionais. A reserva legal, para regular seu exercício, não pode violar o seu conteúdo essencial.⁷⁸

De fato, o art. 53 da Constituição da Espanha prevê que os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do Título I (onde está o art. 27) vinculam todos os poderes públicos, e somente por lei, que deverá respeitar o seu conteúdo essencial,⁷⁹ poderá o seu exercício ser regulado (nº 1). Além disso, tais direitos e liberdades poderão ser tutelados por meio do *recurso de inconstitucionalidad* (nº 1).

O art. 53 prevê, também, em relação às liberdades e direitos reconhecidos no art. 14, que trata do princípio da isonomia, e na Seção I do Capítulo II, que trata dos direitos fundamentais e das liberdades públicas – no qual se insere o art. 27, referente à educação –, a possibilidade de o cidadão obter tutela perante os Tribunais ordinários, a partir de um procedimento baseado nos princípios da preferência e da sumariedade, e, se for o caso, mediante o *recurso de amparo* perante o Tribunal Constitucional (nº 2). Esse *recurso de amparo* também tem cabimento no caso da objeção de consciência do art. 30 (nº 2).

Em relação ao reconhecimento, respeito e proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo III (dos princípios reitores da política social e econômica), a Constituição estabelece que eles informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos, somente podendo ser alegados perante a jurisdição ordinária nos termos que forem disciplinados nas leis que os desenvolvam (nº 3).

Da mesma forma que ocorre em Portugal, na Espanha nem todos os direitos fundamentais possuem o mesmo regime jurídico. No Título I, que abarca os “direitos e deveres fundamentais”, estão inseridos o Capítulo I, que trata dos direitos “dos espanhóis e dos estrangeiros”; o Capítulo II, dos “direitos e liberdades” – integrado pela Seção 1, “Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”; e pela Seção 2, “dos direitos e deveres dos cidadãos” –; o Capítulo III, que versa acerca “dos princípios reitores da política social e econômica”; o Capítulo IV, a respeito “das garantias das liberdades e direitos fundamentais”; e o Capítulo V, que trata “da suspensão dos direitos e liberdades”.

Apenas as liberdades e direitos fundamentais do Capítulo II vinculam todos os poderes públicos e poderão ser regulados tão só por lei, desde que respeitado o conteúdo

⁷⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 158-159.

⁷⁹ Sobre a previsão expressa da garantia do conteúdo essencial, cf. nota de rodapé nº 71.

essencial, além de poderem ser objeto do *recurso de inconstitucionalid.* De forma mais limitada, somente as liberdades e direitos do art. 14 (princípio da isonomia) e da Seção I do Capítulo II (que inclui a educação) poderão ser objeto de tutela perante os Tribunais ordinários, inclusive por meio do *recurso de amparo* (cabível também no caso da objeção de consciência do art. 30). E de forma ainda mais limitada, em relação aos princípios reitores da política social e econômica do Capítulo III, embora informem a legislação, a jurisprudência e a atuação dos órgãos públicos, só poderão ser alegados em juízo em conformidade com o que dispuser a respectiva lei regulamentadora.

Destarte, há, na Espanha, diversos regimes jurídicos relacionados aos direitos fundamentais. No que se refere à educação, esse direito está integralmente inserido no regime de maior proteção, sendo-lhe reconhecida a vinculação, a proteção do conteúdo essencial e a possibilidade de ser objeto de tutela judicial.

Esclarece Sarlet que o Tribunal Constitucional espanhol não reconhece no direito a prestações do nº 9 do art. 27 da Constituição um direito subjetivo, sendo necessária a previsão de requisitos, condições e limites por lei. Não há, contudo, uma inteira liberdade de atuação para o legislador, que deve pautar-se conforme as normas definidoras de direitos fundamentais. Assim, embora na Espanha haja a expressa vinculação dos poderes públicos às normas definidoras de direitos fundamentais relativos à educação, por força do art. 53, nº 1, da Constituição, Sarlet destaca, com razão, que também no direito espanhol o princípio da aplicabilidade direta não corresponde à existência automática e em qualquer hipótese de direitos subjetivos para os particulares.⁸⁰

1.2.3 O dever de progressiva realização do direito à educação na perspectiva do direito internacional: breves considerações sobre o controle de convencionalidade

Outra abordagem relevante relacionada ao direito à educação tem relação com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nossa Constituição adota como parâmetro de controle, em matéria de direitos fundamentais, não apenas aqueles expressos em seu texto constitucional, mas também os decorrentes de tratados internacionais em que a República seja parte (art. 5º, § 2º). Após a EC nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 353.

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º).

Há, portanto, em matéria de direitos humanos, a possibilidade de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, seja daqueles aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º da CR, seja dos ratificados por maioria simples e aprovados até a EC nº 45/2004, que têm hierarquia supralegal, conforme entendimento do STF.⁸¹

Com razão, Sarlet destaca que todo e qualquer tratado de direitos humanos deverá prevalecer sempre sobre a normativa legal e infralegal interna, independentemente de ter passado pelo rito do § 3º do art. 5º da CR, servindo como parâmetro de controle de convencionalidade.⁸² Não obstante, aqueles que passam por tal rito, pelo *status* constitucional que adquirem, integram também o bloco de constitucionalidade e servem simultaneamente como parâmetro de controle de constitucionalidade e de convencionalidade.⁸³

O controle de convencionalidade não se restringe a um poder-dever cometido ao Judiciário, mas alcança o Poder Legislativo e o Poder Executivo, que devem atentar, seja por ocasião da apreciação de um projeto de lei, seja ao sancionar lei aprovada, para a compatibilidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.⁸⁴

Tratando-se de normas constitucionais, nos termos do § 3º do art. 5º, ou supralegais, considerada a abertura prevista no § 2º do art. 5º da Constituição, é de se indagar se tal controle não deve alcançar outros atores constitucionais, como as próprias Cortes de Contas, temática que será mais bem desenvolvida no próximo Capítulo, a partir da perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, há várias disposições que poderão repercutir internamente em questões relacionadas à atuação do controle externo. O Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (Pidesc) estabelece a obrigação da progressiva realização desses direitos, e diversos organismos internacionais

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 138-139; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1368-1374. Embora seja o entendimento atual do STF, a temática não é pacífica na doutrina. Criticando a tese da supralegalidade, no sentido de que o Constituinte, a partir do art. 5º, § 2º, situou os tratados internacionais no patamar da lei ordinária, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31-38.

⁸² SARLET, op. cit., p. 139-140.

⁸³ Ibid., p. 140.

⁸⁴ Ibid., p. 140-141.

estabelecem parâmetros mínimos de efetividade a serem observados pelos atores estatais nacionais.⁸⁵ Como bem destaca Sarlet, até que ponto tais diretrizes poderão servir de parâmetro para o controle de convencionalidade é algo a ser aprofundado.⁸⁶ Não obstante, eventual conclusão no sentido da submissão do Brasil aos parâmetros internacionais deve repercutir sobre a atuação dos órgãos de controle externo no sentido de fiscalizar o cumprimento de tais parâmetros.

Na seara da concretização dos direitos fundamentais, Barcellos defende que os compromissos internacionais assumidos Brasil reforçam o dever de priorização da aplicação dos recursos disponíveis nas finalidades consideradas essenciais pela própria Constituição – entre as quais se destaca o direito público subjetivo à educação básica, integrante do mínimo existencial em educação, conforme se verá adiante.⁸⁷

Para a autora, o Pidesc, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças e o Pacto de São José de Costa Rica “obrigam os Estados signatários a investirem *o máximo dos recursos disponíveis* na promoção dos direitos previstos em seus textos”.⁸⁸ De fato, em relação ao direito à educação, por meio do Pidesc o Brasil e os demais Estados signatários assumiram diversos compromissos relevantes para a concretização desse direito fundamental.⁸⁹ Para Leal e Gorczewski a obrigatoriedade dos Estados Partes é de implementar, na medida de suas possibilidades, políticas públicas visando concretizar

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 142.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 284-290.

⁸⁸ Ibid., p. 284-285.

⁸⁹ “Artigo 13. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) *A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos*; b) *A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos*, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela *implementação progressiva do ensino gratuito*; c) *A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos*, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela *implementação progressiva do ensino gratuito*; d) *Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária*; e) *Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. [...]”*. (BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 7 jul. 1992, grifo nosso).

esse direito, mas, segundo o Comitê de Direitos Humanos, algumas das disposições deste Pacto podem ser consideradas de aplicação imediata.⁹⁰

Segundo Botelho, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais admite a existência de uma obrigação de conteúdo mínimo (*minimum core obligation*) de assegurar a satisfação de um nível mínimo essencial de cada um dos direitos (*minimum essential levels of each of the rights*). Do conteúdo mínimo essencial (*core content*) dos direitos derivaria, para os Estados, um conteúdo mínimo de obrigações (*minimum core obligations*). A autora destaca que a a determinação dessas obrigações mínimas corresponde ao principal déficit do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos.⁹¹

No mesmo sentido, Piovesan aponta que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever de os Estados-partes assegurarem, ao menos, o núcleo essencial mínimo (*minimum core obligation*) de cada direito econômico, social e cultural assegurado no Pacto. A fonte desse dever de observância do mínimo essencial teria como fonte o princípio da dignidade humana, fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade. Para a implementação dos direitos sociais, Piovesan afirma que o Comitê adota os critérios de acessibilidade, disponibilidade, adequação, qualidade e aceitabilidade cultural.⁹²

Em tempos de crise econômica, o Comitê ressalta a importância de se conferir ao Pacto uma interpretação que reconheça a existência de uma obrigação mínima, sob pena de perder a sua própria razão de ser.⁹³ Com efeito, justamente nesses períodos de limitações graves de recursos deve-se reconhecer um poder-dever de o Estado proteger seus membros mais vulneráveis.⁹⁴

Para Botelho, “[...] o princípio da *reserva do possível* não pode funcionar como manobra escapatória para o Estado, que dele não se poderá servir para afastar a exigência de cumprimento dos direitos sociais”.⁹⁵ Para o Comitê, “[...] os Estados não podem refugiar-se em justificações circunstanciais ou de recessão econômica para recusarem a

⁹⁰ LEAL, Rogério Gesta; GORCZEWSKI, Clovis. Comentário ao artigo 13°. In: BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013, p. 207.

⁹¹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 323.

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

⁹³ BOTELHO, op. cit, p. 327.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid., p. 433-434.

implementação efetiva dos direitos sociais”.⁹⁶ Nem a escassez de recursos (*resource scarcity*) seria, por si só, uma ‘razão admissível’ (*permissible reason*) a justificar o desrespeito a um determinado direito ou princípio jurídico, pois “[...] é justamente em tais condicionalidades que a proteção dos mais desfavorecidos se torna mais premente e que se torna imperativa uma correta e equilibrada utilização dos recursos disponíveis”.⁹⁷

Ao lado dos sistemas globais de proteção dos direitos humanos, há sistemas regionais como o interamericano.⁹⁸ Embora a Convenção Americana não enuncie de forma específica, direitos sociais, culturais ou econômicos, determina aos Estados que alcancem progressivamente a realização de tais direitos.⁹⁹ De fato, a progressividade na efetivação dos direitos sociais é uma das diretrizes assumidas pelos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰⁰

O controle de convencionalidade das normas internas em relação ao Pacto de San José da Costa Rica pode ser exercido pela Corte Interamericana. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos atua diante de petições e comunicações a ela apresentadas por pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não governamental. Já a Corte é provocada pelos Estados-partes e pela própria Comissão, conhecendo dos casos após esgotarem-se a fase preliminar de admissibilidade, instrução e a tentativa de solução amistosa na Comissão.¹⁰¹

Marinoni destaca que, inicialmente, a Corte apenas exercia o controle sobre casos concretos, entendimento esse superado a partir do caso *Suárez Rosero v. Equador*,

⁹⁶ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 433-434.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341 e segs.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-168; GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 87-93.

⁹⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 349-350.

¹⁰⁰ “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir *progressivamente* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre *educação*, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 9 nov. 1992, grifo nosso). A respeito da temática da proibição da regressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, a partir do Pidesc, cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 79 e segs.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1378; SILVEIRA; ROCASOLANO, op. cit., p. 164-168; GARCIA, op. cit., p. 87-93.

a partir do qual reconheceu sua própria competência para declarar a inconvenção de norma independentemente de sua aplicação em algum caso concreto.¹⁰²

Embora o descumprimento às decisões da Corte gere responsabilidade internacional, Marinoni reconhece que alguns Estados não se sentem constrangidos em descumprir suas decisões.¹⁰³ A decisão de inconvenção, que determina a modificação da ordem jurídica nacional, até da Constituição do Estado-parte, é obrigatória. Embora não nulifique ou derogue normas internas, há casos de crimes contra a humanidade em que a Corte declarou a não aplicação das normas com efeitos *erga omnes*.¹⁰⁴

A Corte exerce o controle de convencionalidade sobre normas de direito interno, inclusive as constitucionais, abrangendo qualquer espécie de ato, como lei, decreto, regulamentação, resolução etc. O “bloco de convencionalidade”, que lhe serve de parâmetro para o controle, é integrado, além da própria Convenção, por tratados ou convenções de direitos humanos sob a sua tutela e por seus próprios precedentes.¹⁰⁵ A força obrigatória dos precedentes, afirmada pela Corte, deve alcançar, segundo Marinoni, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes das decisões, independentemente de o Estado ter participado como parte no processo.¹⁰⁶

Em linhas gerais, no plano internacional, observa-se que os compromissos assumidos pelo Brasil vão ao encontro daquilo que o Constituinte em 1988 consagrou em termos de direito fundamental à educação. A rigor, os enunciados constitucionais são até mais abrangentes e vinculam em maior medida do que os compromissos assumidos, por exemplo, no Pidesc. Basta olhar para o caráter obrigatório e gratuito conferido a toda a educação básica – e não apenas ao ensino primário –, qualificada, ainda, como direito público subjetivo. Sem embargo, a existência de tratados internacionais e de um sistema interamericano de direitos humanos reforça o compromisso no sentido de fazer cumprir a própria Constituição, além de conferir o devido destaque ao dever de progressividade

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1378-1379.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1380.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 1383-1384.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1383.

¹⁰⁶ “Porém, a obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. À parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção”. (*Ibid.*, p. 1385).

do desenvolvimento dos direitos sociais, explícito na Convenção Americana (art. 26) e que, em momentos de crise econômica acentuada, deve servir de vetor para a efetivação do direito à educação.

1.2.4 Síntese da análise comparativa

Do cotejo entre as disposições constitucionais brasileira, portuguesa e espanhola, apesar de muitas semelhanças, constatam-se diferenças significativas. A começar pelo regime expressamente diferenciado pelo Constituinte português em relação aos direitos fundamentais considerados direitos, liberdades e garantias. Na Espanha também não há um regime jurídico único no trato dos direitos fundamentais. No Brasil, os direitos fundamentais submetem-se a um tratamento relativamente uniforme, existindo discussões mais aceras quanto à caracterização ou não de determinado direito como fundamental, a partir da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição.

As Constituições dos três países preveem a educação como sendo um direito de todos, que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, além da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino básico. Em todos há uma conotação pública na previsão do direito à educação, como um direito cuja satisfação vai além dos interesses individuais do beneficiário imediato, em proveito de toda a sociedade, seja para preparar o cidadão para o exercício da cidadania (Brasil), seja para o progresso social e participação democrática na vida coletiva (Portugal), seja para o respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais (Espanha).¹⁰⁷ Contudo, a eficácia do direito à educação, no sentido de dever a ser prestado e, se for o caso, exigido judicialmente do Estado, é diferente em cada ordenamento jurídico.

Em Portugal, o direito à educação não é submetido ao regime dos direitos, liberdades e garantias que, dentre vários aspectos, assegura a aplicabilidade direta e a

¹⁰⁷ Da mesma forma, no âmbito internacional: “Artigo 13. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao *pleno desenvolvimento da personalidade humana* e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá *capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre*, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. (BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 7 jul. 1992, grifo nosso).

vinculação das entidades públicas e privadas, além da reserva de lei para eventual restrição, resguardado sempre o seu conteúdo essencial.¹⁰⁸

Na Espanha, por sua vez, o direito à educação básica está inserido no regime das garantias das liberdades e direitos fundamentais, vinculando todos os poderes públicos, cuja regulamentação somente pode ocorrer por lei, respeitado seu núcleo essencial. Além disso, pode ser tutelado pelo recurso de inconstitucionalidade, ser objeto de tutela perante os tribunais ordinários e admite o recurso de amparo ao Tribunal Constitucional. Todavia, conforme noticia Sarlet, o Tribunal Constitucional espanhol não reconhece a existência de um direito subjetivo à educação.¹⁰⁹

No Brasil é diferente. Além de ser considerado um direito fundamental, a educação básica obrigatória e gratuita é considerada um direito público subjetivo, cujo não-oferecimento ou oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.¹¹⁰ A doutrina admite a judicialização individual nesses casos, pelo particular alijado de seu direito, inclusive afastando os limites da reserva do possível, conforme se verá adiante. No âmbito do Judiciário, diversos julgados reconheceram a possibilidade de se obter judicialmente a concretização desse direito.¹¹¹

Neste aspecto, portanto, há uma decisão fundamental do Constituinte brasileiro no sentido de compelir com maior força jurídica o Estado a desincumbir-se do seu dever de disponibilizar a educação básica para todos, indo além da mera declaração de intenções para a consagração de um efetivo direito público subjetivo.¹¹² A adesão do país a diversos

¹⁰⁸ É preciso reconhecer, contudo, que diversos autores defendem um tratamento unitário para os direitos fundamentais em Portugal, independentemente de serem formalmente estabelecidos como direitos, liberdades e garantias ou como direitos econômicos, sociais e culturais, cf. seção 1.2.1.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 353.

¹¹⁰ Para Sarlet, a Constituição espanhola, ao prever que o ensino básico é obrigatório e gratuito, e a Constituição portuguesa, ao dispor que compete ao Estado assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, permitem desenvolver, nas respectivas ordens constitucionais, o reconhecimento de um direito fundamental originário ao ensino básico obrigatório e gratuito, nos moldes concebidos em nosso ordenamento, com base e parâmetros mais sólidos (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655, nota de rodapé nº 729).

¹¹¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006, p. 76; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 485.969/SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Município de São Bernardo do Campo. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 23 de agosto de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 de setembro de 2006, p. 220.

¹¹² Sifuentes destaca a existência, na Itália, de um direito público subjetivo à educação fundamental semelhante ao que ocorre no Brasil. Contudo, para a doutrina italiana tal direito somente passa a existir quando ocorre a instalação da escola e o cidadão tiver, de qualquer modo, impedido ou dificultado o seu acesso. A decisão acerca da construção ou não da escola estaria submetida a um juízo de

tratados internacionais reforça o seu compromisso com o direito à educação, sua concretização mínima e o desenvolvimento progressivo.

Ademais, percebe-se no texto constitucional brasileiro uma amplitude muito maior no trato da educação pelo Constituinte, que estabeleceu a atuação prioritária de cada ente da federação em relação a uma etapa específica do ensino, sem dar margem para omissões; indicou a necessidade da conjugação de esforços e uma forte integração entre todas as esferas de governo, de forma minuciosa; dispôs sobre o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, educação infantil em creche e pré-escola, ensino noturno regular, programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; determinou a instituição de um Plano Nacional de Educação, para definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação do ensino por meio de ações integradas dos poderes públicos, com o objetivo de erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino, formar para o trabalho, promover a formação humanística, científica e tecnológica do País; instituiu diversos princípios específicos; tratou de forma especial a categoria dos profissionais da educação básica; é dizer, tratou de um sem-número de questões relacionadas ao fortalecimento do ensino público gratuito e de qualidade, permitindo a atuação privada, sem comparação possível com o tratamento conferido em Portugal e Espanha.

Isso tudo somado a outras decisões consagradas no texto constitucional, como a previsão da vinculação de recursos específicos para a educação, com a possibilidade de intervenção federal ou estadual no ente descumpridor, permite afirmar que, ao menos do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, o direito à educação recebeu aqui uma disciplina mais abrangente e de maior densidade normativa do que a observada nos países europeus estudados.¹¹³

Uma possível causa para o desvelo do Constituinte pátrio com a educação talvez possa ser atribuída ao grande déficit educacional existente em nosso país, com desafios antigos ainda não superados, que não despertam mais tanta atenção nos europeus por já

conveniência e oportunidade, decisão essa enquadrada no poder discricionário da administração (SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 174).

¹¹³ “Por ‘densidade’ entende-se, em linhas gerais, a possibilidade de identificar com razoável precisão, a partir do texto do dispositivo constitucional, os efeitos que ele pretende produzir e a ‘posição jurídica’ em que investe os jurisdicionados”, o que, em outras palavras, corresponde à eficácia jurídica a ele atribuída: o conjunto de pretensões exigíveis diante do Judiciário” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 180).

terem alcançado níveis mínimos satisfatórios de concretização. Por tal perspectiva, a educação representaria um dever estatal amplamente reconhecido e valorizado no âmbito da sociedade civil e do poder político europeu, de modo que não seria necessário investir numa previsão normativa constitucional tão densa como a nossa.

Independentemente das causas por trás dessas diferenças, cujo aprofundamento não é objeto deste trabalho, conclui-se que no Brasil tomou-se uma posição clara em favor da efetiva realização desse direito, que deverá nortear a interpretação de todo o texto constitucional, até mesmo em relação aos órgãos de controle da administração pública, conforme veremos adiante.

1.3 Os problemas da educação no Brasil: os indicadores de acesso e de qualidade

A proposta desta pesquisa, relacionada à atuação dos Tribunais de Contas como (mais um) protagonista no desenvolvimento do direito à educação no Brasil, parte da premissa de que esse direito ainda está em construção em nosso país e há muito a avançar. Há um certo consenso de que estamos distantes da realidade dos países europeus e da própria América Latina. Costuma-se assinalar que a universalidade do acesso e a erradicação do analfabetismo já teriam sido praticamente alcançadas no Brasil, restando o desafio da qualidade.¹¹⁴ Todavia, é preciso delimitar com mais clareza o problema que se enfrenta, com base em indicadores nacionais e internacionais.

Não é objetivo deste trabalho realizar uma análise aprofundada do problema da educação no Brasil para além do contexto jurídico.¹¹⁵ Tal fato não afasta, contudo, a

¹¹⁴ Ranieri destaca que estudos recentes teriam apontado que até 1980 as demandas da sociedade em relação à educação teriam por foco a ampliação do acesso, havendo a resposta do poder público quanto ao aumento quantitativo de matrículas, sem tanta preocupação com a qualidade. Posteriormente, na década de 1990, a tendência seria de regularização do fluxo no âmbito do ensino fundamental e de problemas quanto à qualidade, surgindo a avaliação da qualidade como última tendência nos últimos anos, embora sem resultados muito expressivos (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009, 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 332.)

¹¹⁵ Cumpre destacar a distinção feita por Sifuentes, para quem a educação seria mais abrangente do que o ensino (prerrogativa de quem ensina, do professor), englobando a instrução, e diferente de aprendizagem (prerrogativa do aluno, de quem aprende). A autora reconhece, contudo, que o legislador não é criterioso quanto ao uso do termo e utiliza em sua obra a terminologia “direito à educação” como a atividade que se desenvolve preferencialmente na escola (SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 37-40). Ranieri também faz uma distinção entre os termos. Defende um conceito constitucional de educação, como um direito de todos e um dever do Estado e da família (art. 205 da CR), e uma definição legal de educação (art. 1º da LDB), como processo formativo que ocorre em diversas esferas (familiar,

necessidade de situar a questão no cenário pátrio, afinal a tese proposta relaciona-se diretamente com a efetividade desse direito. Não houvesse um distanciamento entre aquilo que a Constituição projeta e o que se observa cotidianamente, esta pesquisa não teria relevância.

A realidade brasileira tem peculiaridades próprias. É preciso ter isto em mente ao tratar de temas que sofrem forte influência da doutrina estrangeira, como a concepção de direitos sociais fundamentais, a teoria do mínimo existencial e até mesmo a noção de Tribunal de Contas. É necessário, portanto, traçar um breve panorama da situação da educação no Brasil, a partir de indicadores oficiais nacionais e de organismos estrangeiros de referência. O enfoque buscará apontar, prioritariamente, os primeiros níveis de educação, porque, como se verá adiante, tendem a ser considerados como integrantes do direito público subjetivo definitivo em educação e do mínimo existencial.

O foco da análise recairá sobre os índices de educação no Brasil, para identificar se o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade é assegurado a todos que se enquadram nessa faixa etária (art. 208, inc. I, CR) e se esse serviço é prestado com qualidade (arts. 206, inc. VII; 211, §1º; 212, § 3º; e 214, III, CR), nos termos do § 3º do art. 212 da Constituição. Será considerada como educação básica aquela formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, nos termos dos artigos 4º, inc. I, e 21, inc. I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB – Lei nº 9.394, de 1996).

Em relação à educação infantil, far-se-á o exame de todas as suas etapas, abrangendo a creche e a pré-escola, de zero a cinco anos de idade. Isso porque o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir de diversos casos oriundos inicialmente do Município de Santo André, firmaram sua jurisprudência no sentido do reconhecimento da exigibilidade judicial do direito de acesso à educação

convivência humana, trabalho, instituições de ensino e pesquisa, movimentos sociais, organizações da sociedade civil e manifestações culturais). Afirma que os processos formativos desenvolvidos por instituições escolares constituem o “ensino”, especificado conforme o respectivo nível e modalidade, além da natureza pública ou privada do mantenedor. Na Constituição, o ensino como processo formativo escolar seria uma espécie do gênero educação. Já o processo educativo realizado fora do ambiente escolar (família, convivência humana, trabalho etc.) seria a educação informal, caracterizada por não conferir qualquer certificação ao educando, nos termos do art. 1º, §§ 1º e 2º, da LDB, definição essa – ensino como educação escolar – também encontrada no art. 1º, nº 2, da Convenção contra a Discriminação na Escola de 1960 (Decreto nº 63.223, de 6 de setembro de 1968) (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 284-285). Aqui serão utilizados ambos – educação e ensino – como sinônimos.

infantil, compreendendo a creche e a pré-escola, de zero a seis anos, por força do art. 208, inc. IV, da Constituição.¹¹⁶ Por todos, confira-se o acórdão no agravo regimental no recurso extraordinário nº 410.715-5/SP, do STF,¹¹⁷ e o acórdão nos embargos de divergência no recurso especial nº 485.969/SP, do STJ.¹¹⁸

Para os fins desta seção, serão utilizados os dados compilados no Anuário Brasileiro da Educação Básica de 2017, que apresenta diversos indicadores e análises sobre o tema, no período de 2001 a 2015, valendo-se de informações oficiais, oriundas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), vinculado ao Ministério da Educação (MEC), e do *Programme for International Student Assessment* (Pisa) realizado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), utilizando como referencial as metas do Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005, de 2014).¹¹⁹

1.3.1 O acesso à educação infantil: da creche à pré-escola

Iniciando pela educação infantil, tem-se que o Brasil apresentou evolução na frequência de crianças de zero a três anos em creches. Em 2001 a assiduidade era de 13,8%, alcançando 30,4% em 2015. Neste cenário, a região Norte do país apresentou o pior desempenho, com apenas 13,8% de frequência em creches, seguida das regiões Centro-Oeste (23,5%), Nordeste (25,4%), Sul (37%) e Sudeste (37,9%) (gráfico 1).

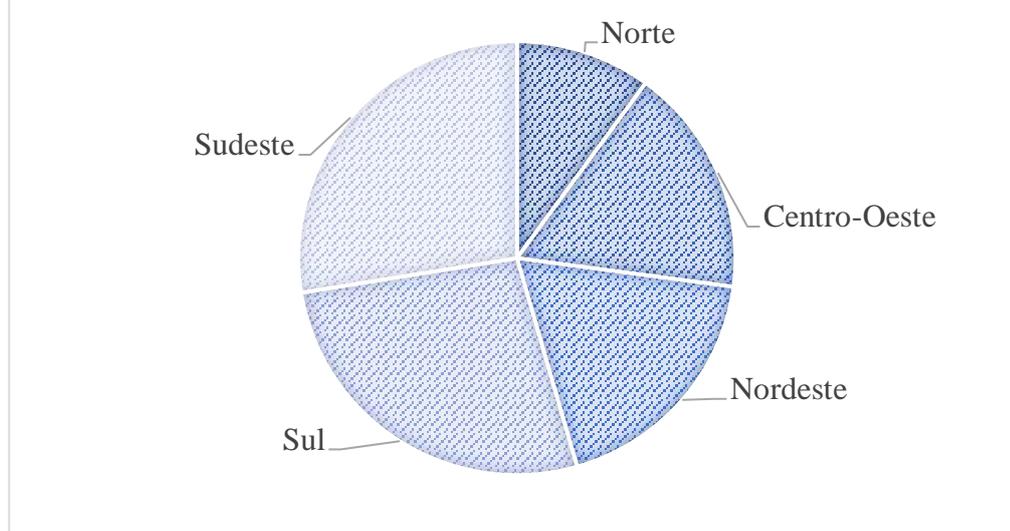
¹¹⁶ Posteriormente, com a EC nº 53/2006, a educação infantil foi reduzida até os cinco anos de idade.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006, p. 76.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 485.969/SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Município de São Bernardo do Campo. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 23 de agosto de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 de setembro de 2006, p. 220.

¹¹⁹ TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017.

Gráfico 1 - Frequência de crianças de zero a três anos em creches, por região, em 2015.

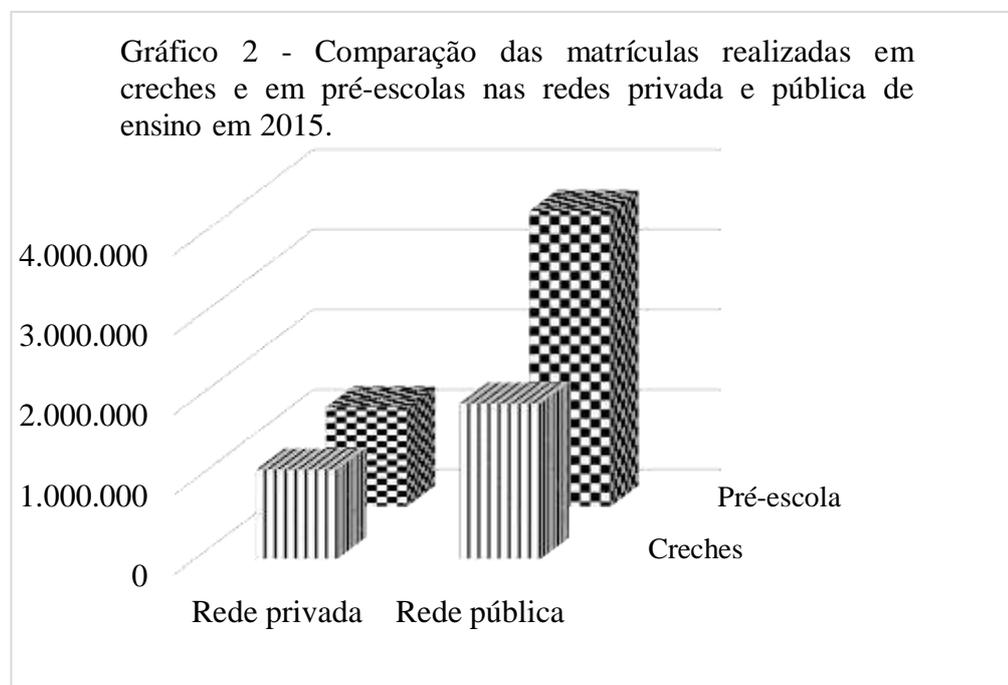


Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Embora a educação em creche não seja obrigatória em relação aos pais, que são obrigados a matricular os filhos na educação básica a partir dos quatro anos (v. art. 208, § 3º, CR; art. 6º, LDB), o Poder Judiciário vem reconhecendo o direito de acesso a essa faixa de ensino para aqueles que precisam ou desejam matricular seus filhos em creches, conforme antes mencionado. Assim, em tese, a baixa frequência verificada pode ser atribuída tanto ao desinteresse dos pais – desobrigados de efetuar a matrícula em creches – como à pouca oferta dessas instituições à população, em razão da omissão do poder público. O senso comum indica que a segunda hipótese é a mais provável. Isto porque, quando se restringe a avaliação aos 25% mais ricos da população, que dispõem de recursos para custear a educação privada, a frequência a creches salta para 52,3%, enquanto que para os 25% mais pobres esse índice despenca para 21,9%.

A pouca oferta de acesso à educação infantil em creches também pode ser deduzida a partir da disparidade entre as matrículas em creches e na pré-escola, quando comparados os estabelecimentos públicos e privados. Em 2015, houve 1.111.860 matrículas em creches e 1.235.369 na pré-escola, considerando apenas a rede privada de ensino. Na rede pública, por sua vez, houve 1.937.212 matrículas em creches e 3.687.789 em pré-escola. Há, portanto, uma grande disparidade no quantitativo de matrículas em creches e na pré-escola, quando analisada a rede pública, o que não se observa quando a comparação é feita no âmbito da rede privada (gráfico 1). Tal diferença permite supor que

a menor oferta de creches, no âmbito público, é denunciada pelo expressivo aumento de matrículas quando se alcança a pré-escola, que é obrigatória, quase a dobrar o quantitativo de alunos. Diferentemente, na rede privada o quantitativo de matrículas na creche e na pré-escola é aproximado.



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Essa distorção também ocorre quando se comparam as matrículas por etapa de ensino e região em 2015. Nas regiões mais pobres do país, o número de matrículas mais do que triplica no Norte (132.518 em creches e 488.472 em pré-escola) e supera o dobro no Nordeste (669.438 em creches e 1.482.393 na pré-escola). Nas demais regiões a diferença é bem menos significativa. No Sudeste foram 1.535.961 matrículas em creche e 1.993.679 na pré-escola; no Sul, 509.821 em creches e 605.898 na pré-escola; e no Centro-Oeste 201.334 em creches e 352.716 em pré-escola.

Como os mais pobres dependem da oferta de vagas pelo poder público, a omissão estatal apresenta-se como hipótese provável da baixa frequência em creches. O PNE estipulou que a educação infantil em creches deve atender, até o final de sua vigência, a no mínimo 50% das crianças com até três anos de idade (meta 1). É possível afirmar, portanto, que em relação à educação infantil em creches, há um grande déficit de oferta que deve ser contornado pelo poder público.

Quanto à educação infantil em pré-escola, que ocorre dos quatro aos cinco anos de idade (art. 30, inc. II, LDB), há obrigatoriedade. Os pais devem assegurar a matrícula de seus filhos, e o poder público providenciar a disponibilidade de acesso (art. 208, I, § § 1º e 2º, CR; art. 6º, LDB). O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 55, também estabelece o dever de os pais e responsáveis matricularem seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (ECA – Lei nº 8.069, de 1990).

Entre 2001 e 2015 houve, no Brasil, um expressivo aumento no percentual de frequência de crianças de quatro e cinco anos à pré-escola. De 66,4%, no começo deste século, houve um salto para 90,5%. Ainda não se alcançou a meta de universalização da pré-escola, imposta pelo PNE, até 2016 (meta 1). Estimou-se que cerca de 600 mil crianças ainda estavam fora da pré-escola. Entre as regiões, a Norte ostentou o pior índice (80,6%), seguida pela Centro-Oeste (85%), Sul (86,8%), Sudeste (93%) e a Nordeste (94,1%), que, surpreendentemente, tem a melhor porcentagem. Entre os Estados, o pior índice está com o Amapá (70,2%), e o melhor, com o Piauí (97,1%). Percebe-se, portanto, que a depender da região e do Estado, há muito ainda que avançar em termos de universalização do acesso, embora se note uma grande evolução até o momento.

Assim como ocorre no acesso à educação infantil em creches, a desigualdade de renda ainda é um fator de forte influência no que se refere ao acesso à pré-escola. Os 25% mais ricos da população brasileira alcançam 96,3% de frequência, acima da média nacional (90,5%), enquanto os 25% mais pobres chegam somente a 88,3%. Tal aspecto aponta para a necessidade de o poder público atuar no sentido de aumentar a oferta e permitir o acesso à educação a todos, sem distinção.

Outro aspecto a ser enfrentado diz respeito à infraestrutura dessas creches e pré-escolas. Conforme dados da Diretoria de Estatísticas Educacionais (DEED) do INEP, apenas 45,6% das creches possuem banheiros adequados à educação infantil, índice que alcança 27,7% quando se refere à pré-escola.

1.3.2 O acesso ao ensino fundamental

Quanto ao ensino fundamental, esta etapa sempre foi considerada obrigatória e gratuita pela nossa Constituição. Após sucessivas emendas constitucionais, ampliou-se a obrigatoriedade e a gratuidade para alcançar toda a educação básica. No atual texto

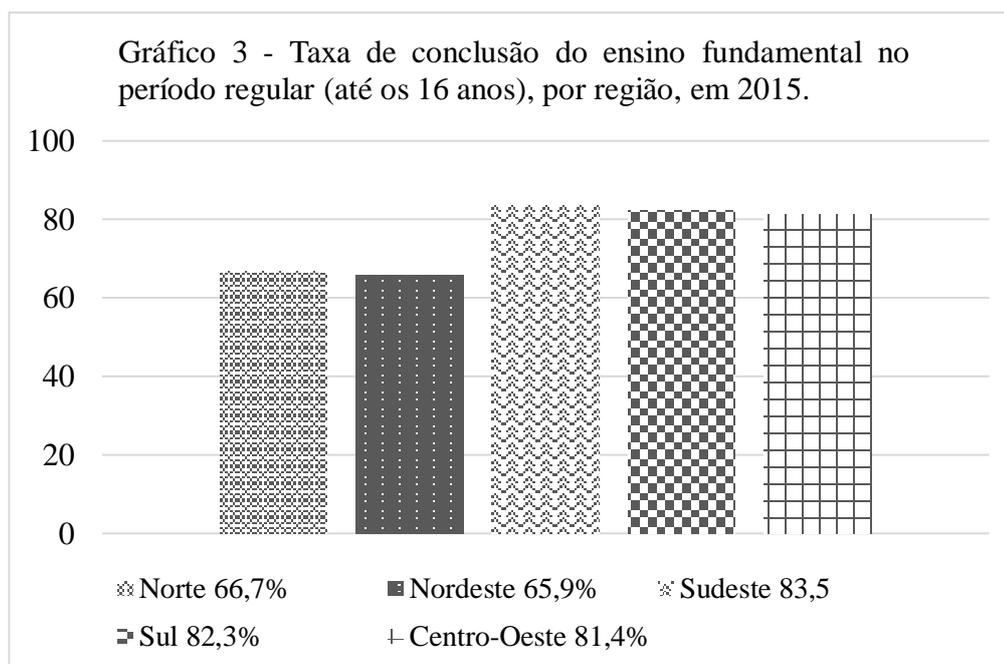
constitucional, não há novidades quanto à caracterização do ensino fundamental como um direito público subjetivo, nos termos dos art. 208, inc. I, e § 1º, da CR.

Nos termos da LDB, o ensino fundamental obrigatório tem duração de nove anos e inicia-se a partir dos seis anos. O PNE estabeleceu como meta universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda a população de seis a 14 anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de sua vigência (meta 2).

No período compreendido entre 2001 e 2015, a taxa líquida de matrícula¹²⁰ no ensino fundamental saltou de 94,9% para 97,7%, faltando pouco para que se alcance a universalização do acesso. Os Estados com pior desempenho foram o Acre (94,5%) e Alagoas (95,1%), enquanto Santa Catarina liderou a pesquisa com 98,8%. Não obstante, aferiu-se que 430 mil crianças na referida faixa etária ainda estariam fora do ensino fundamental. A renda continua a ser um fator decisivo para o acesso à educação. Para os 25% mais ricos da população já há praticamente a universalização do acesso (99%), enquanto para os 25% mais pobres o índice fica em 97%.

Além da questão do acesso, em vias claras de universalização, há outro problema, atribuível a diversos fatores, como deficiências nos anos iniciais da educação básica, falta de estrutura, formação de professores, dentre outros. Trata-se da conclusão do ensino fundamental no período previsto, até os 16 anos. O índice alcançado no Brasil em relação a este aspecto é de 76%. Por região, o percentual alcançado foi preocupante no Norte (66,7%) e no Nordeste (65,9%), refletindo a desigualdade da educação prestada em nosso país. As regiões com melhor desempenho foram a Sudeste (83,5%), Sul (82,3%) e Centro-oeste (81,4%) (gráfico 3).

¹²⁰ Para os fins deste estudo, considera-se a taxa líquida de matrícula o “percentual da população em determinada faixa etária que se encontra matriculada no nível de ensino recomendado a essa faixa etária. É calculada para as faixas etárias de 6 a 14 anos e 15 a 17 anos, que correspondem, respectivamente, ao Ensino Fundamental e ao Ensino Médio”. (TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: <<https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017>>. Acesso em: 4 set. 2017, p. 6).



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Em termos de estrutura, a rede pública também apresenta diversos desafios. Apenas 6,3% das escolas possuem sala de leitura e biblioteca. Considerando sala de leitura e/ou biblioteca o índice também é baixo, correspondendo a 46,4%. O acesso à internet ocorre em apenas 55,8% dos estabelecimentos. Somente 8,6% têm laboratório de ciências.

1.3.3 O acesso ao ensino médio

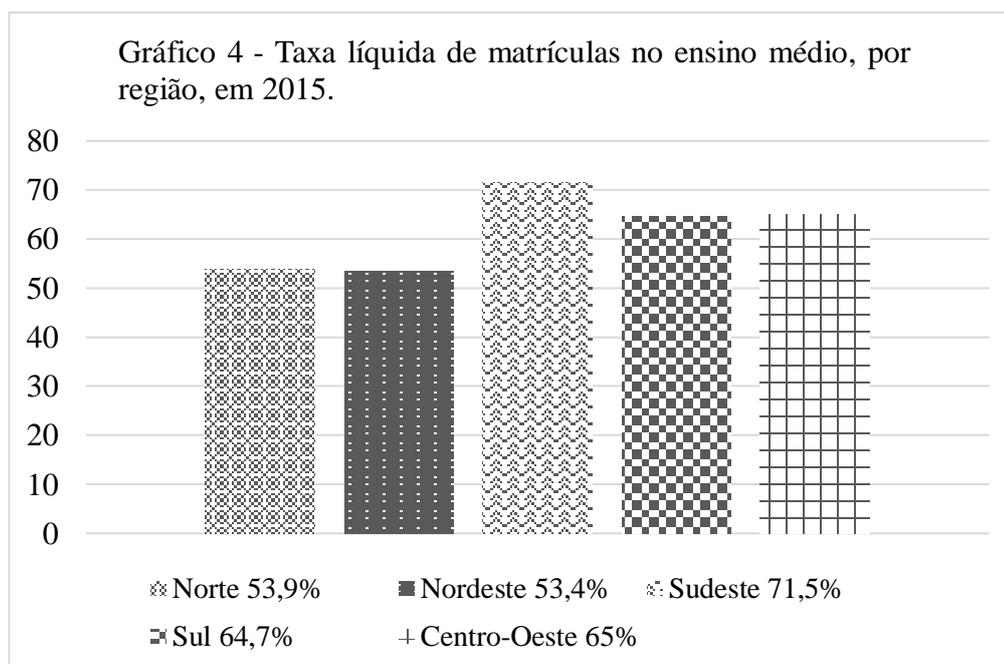
No que diz respeito ao ensino médio, esta etapa não era considerada obrigatória e gratuita até a EC nº 59/2009. A partir de então, estabeleceu-se a *educação básica* obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, e não apenas o *ensino fundamental*, previsto na redação original do inciso I do art. 208 da Constituição – mantido pela EC nº 14/1996. A educação básica compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio (art. 4º, inc. I, LDB). A partir da Lei nº 12.796/2013, a LDB passou a qualificar expressamente a educação básica como direito público subjetivo, nos termos de seu art. 5º, atributo que já era deduzível a partir da interpretação conjugada do art. 208, inc. I, da Constituição, após a redação conferida pela EC nº 59/2009, com o disposto no § 1º do mesmo artigo. Somado a isso, o art. 6º da EC nº 59/2009 estipulou que a implementação

do disposto na nova redação do inc. I do art. 208 da CR, que estabeleceu a obrigatoriedade e a gratuidade da educação básica, seria progressiva até 2016, nos termos do PNE e com o apoio técnico e financeiro da União.

No PNE foi estipulada a meta de universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 a 17 anos e elevar, até o final do período de sua vigência, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (meta 3). Há, no entanto, um longo caminho a percorrer. Embora seja constatável um aumento na taxa líquida de matrículas no ensino médio no período compreendido entre 2001 e 2015, passando de 41,2% para 62,7%, ainda se está longe da meta estabelecida no PNE. Ademais, verifica-se uma grande disparidade entre as regiões e os Estados brasileiros (gráfico 4). Em 2015, a região Nordeste teve o pior cenário (53,4%) e o Estado de Sergipe foi contemplado com a pior taxa líquida de matrícula (40,6%), acompanhado de Alagoas, com o segundo menor percentual (42,4%). Numa situação um pouco melhor ficou a região Norte (53,9%), acompanhada, com maior distância, das regiões Sul (64,7%), Centro-Oeste (65%) e Sudeste (71,5%). O Estado mais bem classificado foi São Paulo (78,5%).

O aspecto econômico continua sendo um fator preponderante no que se refere ao acesso à educação. Separados os 25% mais ricos da população, a taxa líquida de matrícula no ensino médio sobe para 86,6%, enquanto para os 25% mais pobres o índice cai a 52,5%.

Estima-se que cerca de 1,7 milhão de jovens entre 15 e 17 anos estariam fora do ensino médio. Em torno de 14,6% dos jovens de 15 a 17 anos (1.543.713 brasileiros) não estudavam e nem concluíram o ensino médio. Em 2015, apenas 58,5% dos jovens com mais de 19 anos haviam concluído o ensino médio. Na região Norte o índice era de 45,1% dos jovens, e no Nordeste 50,7%.



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Percebe-se, portanto, que o desafio do acesso universal à educação é bem maior no ensino médio, que, na média nacional, apresenta uma taxa líquida de matrícula na ordem de 62,7%, bem inferior quando comparada à pré-escola (90,5%) e ao ensino fundamental (97,7%). O acesso a creches também deixa muito a desejar (30,4%). Mesmo na pré-escola e no ensino médio, há muita disparidade entre regiões e Estados, que não evoluem de forma proporcional, além das diferenças que o fator renda enseja no acesso à educação. Ressalta-se que 2,7 milhões de jovens estão fora das etapas regulares de ensino (600 mil na pré-escola, 430 mil no ensino fundamental e 1,7 milhão no ensino médio), a exigir a devida atenção do poder público e dos órgãos de fiscalização e controle.

1.3.4 A qualidade da educação básica

Outra questão relevante no trato da educação diz respeito à qualidade de ensino. Não basta dar acesso universal à educação sem um padrão de qualidade adequado. É perda de tempo, recursos públicos e de capital humano.¹²¹ Sarlet destaca o caráter crucial da

¹²¹ Conforme aponta Patrícia Rosania de Sá Moura, capital humano é uma expressão surgida na década de 1950, com Theodore Schultz, utilizada para designar o investimento dos indivíduos em si, acumulado ao longo do tempo, impactando no crescimento econômico. No aspecto do trabalho, corresponde ao investimento em competências que se traduzem em conhecimentos, habilidades e atitudes que favorecem a ascensão profissional, além de agregar valor às instituições. Também é associado à ideia

qualidade do ensino e da pesquisa, para impedir o fenômeno do analfabetismo funcional, assegurando uma formação suficiente a permitir a inserção adequada do indivíduo na vida profissional, política, social, econômica e cultural, permitindo-lhe, assim, o exercício qualificado da cidadania.¹²²

O PNE, para fins de aferição da meta de alfabetizar todas as crianças, no máximo, até o final do 3º ano do ensino fundamental (meta 5), estabeleceu, dentre várias estratégias, a instituição de instrumentos de avaliação nacional periódicos e específicos para aferir a alfabetização das crianças. Trata-se da Avaliação Nacional da Alfabetização (ANA). Os últimos resultados disponíveis, de 2014, não são muito animadores, considerando-se os – baixos – padrões adotados pelo MEC.¹²³

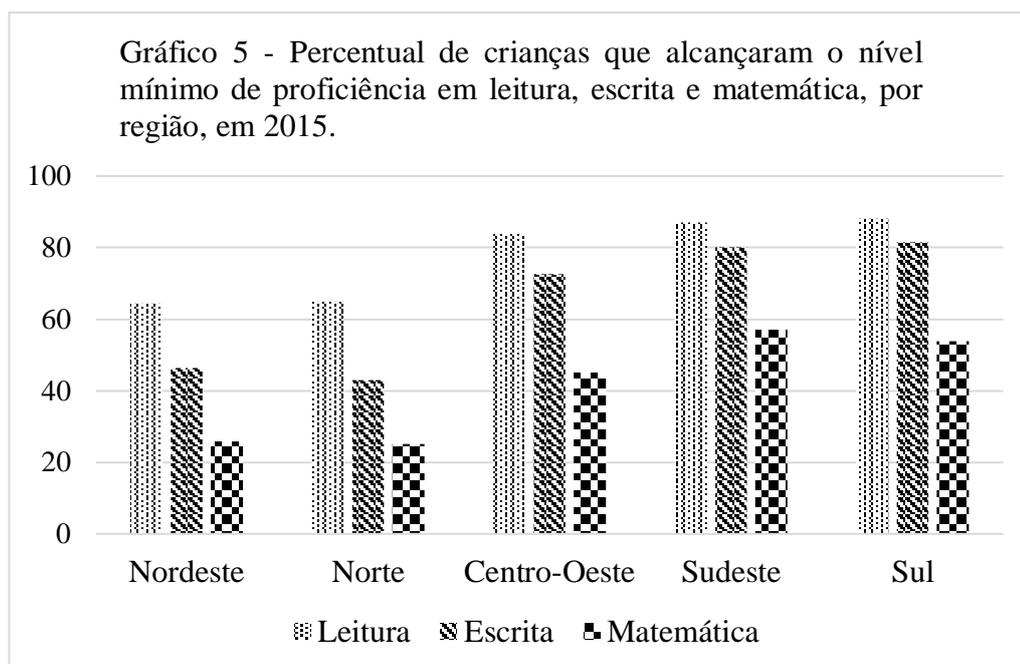
Constatou-se que 77,8% das crianças avaliadas no 3º ano do ensino fundamental tinham o nível mínimo de proficiência exigido em leitura (nível 2, 3 ou 4), 65,5%, em escrita (nível 4 ou 5), e apenas 42,9% (nível 3 ou 4) em matemática.¹²⁴ Na região Nordeste, os percentuais foram, respectivamente, de 64,4% (leitura), 46,3% (escrita) e 25,9% (matemática). Nas demais regiões, temos a Norte com 64,9%, 42,9% e 25,1%; Centro-Oeste com 83,9%, 72,6% e 45,1%; Sudeste com 87%, 80,1% e 57,1%; e no Sul, 88,1%, 81,5% e 53,9% (gráfico 5).

de capital intelectual, na medida em que os indivíduos convertem e transformam informação em conhecimento e aprendizagem. Admitindo-se como um investimento que traz frutos não apenas ao indivíduo, mas às organizações, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país, aponta para a necessidade de que as organizações públicas e privadas contribuam nesse investimento (MOURA, Patrícia Rosania de Sá Moura. *Capital Humano*. In: CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Dicionário de Políticas Públicas*. Vol. 2. Barbacena, MG: EdUEMG, 2015, p. 58-59).

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655.

¹²³ “A ANA possui quatro níveis de proficiência em leitura e matemática e cinco níveis em escrita, sendo que o MEC considera proficientes os que atingem os níveis 2, 3 e 4, em leitura; 4 e 5, em escrita, e 3 e 4, em matemática. Entre os especialistas na área, considera-se que um critério mais rigoroso seria mais realista, levando em conta o atual retrato da alfabetização no Brasil” (TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017, p. 48).

¹²⁴ Para a definição do que se exige em cada nível de proficiência, cf. *ibid.*, p. 147-148.



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Quando se analisa a questão a partir do nível de socioeconômico dos estudantes (NSE),¹²⁵ a discrepância aumenta consideravelmente. O percentual de alunos da rede pública com NSE alto e muito alto que possuía o mínimo de proficiência em leitura foi, respectivamente, de 93,1% e 98,3%, enquanto apenas 57% e 45,4% daqueles com NSE baixo e muito baixo atingiram o mesmo patamar. Em escrita, os alunos com NSE mais alto que alcançaram o grau exigido eram 88,3% e 95,4% do total, mas somente 37,6% e 24,9% dos que tinham NSE menor lograram o mínimo. Em matemática, apenas 21,5% e 14,3% dos alunos com NSE baixo e muito baixo obtiveram o nível adequado de alfabetização em matemática, ao passo que dos integrantes dos estratos alto e muito alto, 68,4% e 85,9% alcançaram tal patamar.

Outro indicador relacionado à qualidade é o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), criado há dez anos e que retrata bem os problemas de fluxo dos

¹²⁵ O indicador de nível socioeconômico (NSE) foi criado em 2014 e tem por objetivo situar os alunos em estratos socioeconômicos, a partir de questionários específicos elaborados acerca da posse de bens no domicílio; contratação de serviços, como mensalista ou diarista; renda familiar mensal; escolaridade do pai e da mãe. Há sete níveis, que são: muito baixo (posse de bens elementares, renda familiar mensal de até 1 salário mínimo, pais ou responsáveis com ensino fundamental completo ou em curso), baixo, médio-baixo, médio, médio-alto, alto e muito alto (renda superior a 7 salários mínimos, contratam mensalistas ou diaristas, possuem mais bens, paus com faculdade completa com ou sem pós-graduação). Para a definição do que se exige em cada nível de proficiência, cf. TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017, p. 11.

sistemas de ensino. É composto por dois indicadores, um relacionado ao desempenho dos estudantes no Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb), que inclui a Prova Brasil, e outro referente às taxas de aprovação em todas as etapas do ensino, a partir de dados do Censo Escolar.¹²⁶ Corresponde à meta 7 do PNE, que determina o fomento da qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir as médias nacionais para o Ideb, estabelecidas da seguinte forma: nos anos iniciais do ensino fundamental, médias 5,2 (2015), 5,5 (2017), 5,7 (2019) e 6,0 (2021); nos anos finais do ensino fundamental, médias 4,7 (2015), 5,0 (2017), 5,2 (2019) e 5,5 (2021); e no ensino médio, médias 4,3 (2015), 4,7 (2017), 5,0 (2019) e 5,2 (2021).

O estudo demonstrou que as redes pública e privada somente obtiveram a média estipulada para 2015 nos anos iniciais do ensino fundamental. Nas demais etapas, apenas a rede privada alcançou as médias, sempre com folga, superando, já em 2015, em todos os níveis, as metas previstas para 2021, a demonstrar a enorme diferença de qualidade entre essas redes de ensino. Nos primeiros anos do ensino fundamental, a média da rede pública foi de 5,3, a da rede privada foi de 6,8, e a total, 5,5. Nos anos finais do ensino fundamental, as médias foram, respectivamente, 4,2, 6,1 e 4,5. No ensino médio obteve-se 3,5, 5,3 e 3,7.

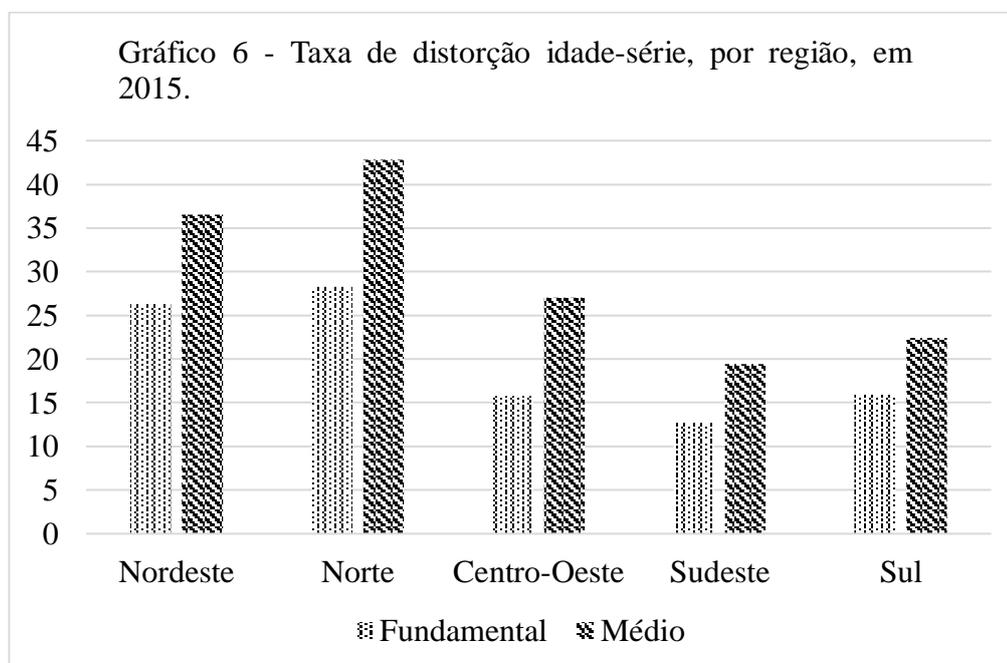
Quando se analisa a qualidade por região do Brasil, a desigualdade se agrava. Em todas as etapas do ensino avaliadas, o Norte e o Nordeste tiveram as piores médias, tanto na rede pública quanto na rede privada. Na análise regionalizada, a rede privada alcança todas as metas do Ideb para 2015, em todos os níveis de ensino, mas na rede pública isto não ocorre. Nos anos iniciais do ensino fundamental, a rede pública das regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste alcançou a média do Ideb para 2015, enquanto nas regiões Norte e Nordeste, não. Nos anos finais do ensino fundamental, nenhuma região alcançou a meta estabelecida, embora as regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste tenham ficado bem perto (4,5, 4,4 e 4,4).

No ensino médio o resultado não foi bom em todas as regiões, apresentando distância considerável em relação à média estipulada (4,3). No Norte e no Nordeste, a média foi 3,0, no Sudeste e no Sul a média foi 3,6, e no Centro-Oeste, 3,4. Por Estados, as piores avaliações foram, nos anos iniciais do ensino fundamental, no Pará e no Amapá

¹²⁶ TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017, p. 62-63.

(ambos com 4,5); nos anos finais do ensino fundamental, em Alagoas e Sergipe (ambos com 3,5); e no ensino médio, em Alagoas e na Bahia (ambos com 3,1).

Outro indicador da – baixa – qualidade do ensino corresponde à taxa de distorção idade-série. No Brasil, 19,2% dos alunos do ensino fundamental apresentaram uma defasagem superior a 2 anos entre a idade adequada e o ano que cursavam, ou seja, quase um quinto dos estudantes. Por região, a desigualdade é significativamente maior, ultrapassando um quarto dos alunos no Norte (28,3%) e no Nordeste (26,3). Nas demais regiões, os percentuais foram de 12,7% no Sudeste, 15,9% no Sul e 15,8% no Centro-Oeste. No ensino médio, a taxa de distorção é ainda mais gritante. A média nacional sobe para 27,4%, e as regionais, para 42,8% no Norte, 36,5% no Nordeste, 19,4% no Sudeste, 22,4% no Sul e 27% no Centro-Oeste (gráfico 6).



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

O percentual de Municípios brasileiros que não alcançaram a meta do Ideb no ensino fundamental é impressionante. Nos anos iniciais, embora o percentual nacional seja de 23,1%, há Estados em situação alarmante, como o Amapá, o Rio de Janeiro e o Tocantins, em que, respectivamente, 81,2%, 61,9% e 64,1% dos seus entes municipais não tiveram resultado satisfatório. Nos anos finais a situação é mais grave. A média nacional de Municípios descumpridores da meta do Ideb para 2015 é de 67,2%, mas a situação é bem pior nos Estados do Amapá (100%), Sergipe (94,7%), Rio de Janeiro

(94,6%), Espírito Santo (93,6%), Roraima (93,3%) e Pará (93,1%), só para citar aqueles em que mais de 90% dos Municípios não atenderam à meta do Ideb.

A análise qualitativa da educação também pode ser aferida a partir dos resultados obtidos na Prova Brasil e no Saeb, de modo a avaliar se os estudantes estão efetivamente aprendendo o que se considera adequado para a respectiva etapa de ensino.¹²⁷ Em 2015, a proficiência desejada foi alcançada apenas no 5º ano do ensino fundamental e em língua portuguesa, com 54,7% dos alunos obtendo o nível desejado (meta de 53,7%). Em matemática, apenas 42,9% atingiram a meta, quando se esperava ao menos 49,5%. No 9º ano do ensino fundamental, somente 33,9% tinham proficiência em língua portuguesa (meta era 49,9%) e 18,2% em matemática (meta era 45,4%). No 3º ano do ensino médio, o resultado é ainda mais desanimador: apenas 27,5% eram proficientes em língua portuguesa (meta de 49%) e meros 7,3% foram considerados proficientes em matemática (meta de 40,6%).

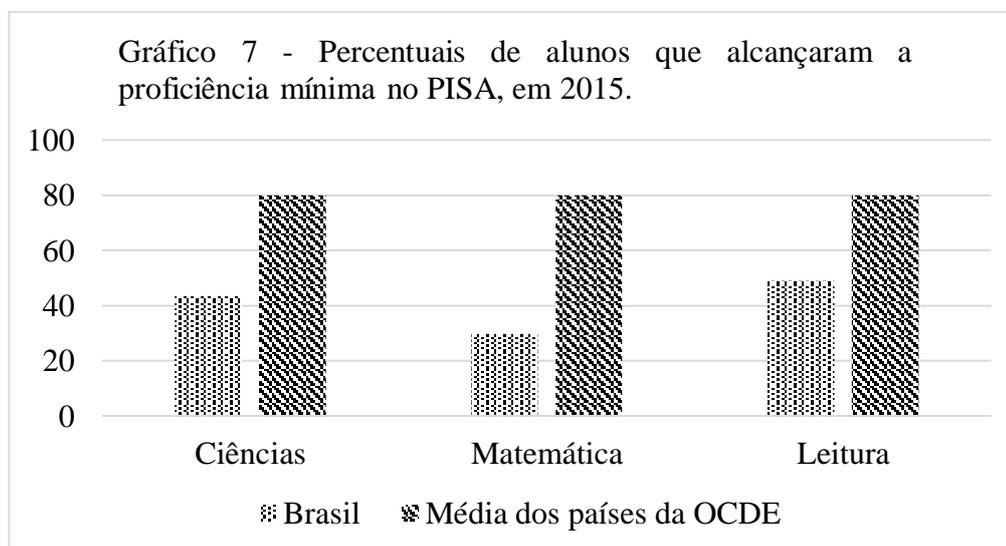
Conforme demonstram os dados apresentados até o momento, o fator econômico é decisivo não apenas para obter acesso à educação, mas para a qualidade do serviço recebido. O desempenho dos alunos melhora consideravelmente quando se tem um nível socioeconômico mais alto. Em 2015, no 5º ano do ensino fundamental, eram proficientes em língua portuguesa 59,6% dos alunos com NSE médio alto, 74% dos que tinham NSE alto e 86% dos que tinham muito alto. Em matemática, os percentuais eram, respectivamente, de 47,8%, 63,8% e 80%. No sentido inverso do NSE, o nível de proficiência vai se reduzindo proporcionalmente. Em língua portuguesa a proficiência era de apenas 12,7% entre os alunos com NSE muito baixo, 24,9% com NSE baixo, 32,9% com NSE médio baixo e 45,9% com NSE médio. Em matemática, os percentuais eram de 7,8% entre o NSE muito baixo, 16,9% com NSE baixo, 21,8% com NSE médio baixo e 32,5% com NSE médio.

Essa mesma distorção, até mais acentuada, é observada no 9º ano do ensino fundamental. O percentual de proficiência esperado somente foi alcançado em língua portuguesa e matemática para os alunos com NSE muito alto, que representavam 71,6% e 58,2% do seu grupo socioeconômico (as metas eram 49,9% e 45,4%).

¹²⁷ Considera-se como nível de proficiência esperado em língua portuguesa e matemática, respectivamente, 200 e 225 pontos no Saeb, para o 5º ano do ensino fundamental; 275 e 300 pontos no Saeb, para o 9º ano do ensino fundamental; e 300 e 350 pontos no Saeb, para o 3º ano do ensino médio (TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017, p. 62-63, p. 70).

Por regiões, a desigualdade também é constatada de forma semelhante como a que se tem notado até agora. As regiões Norte e Nordeste sempre apresentam resultados piores em todas as etapas avaliadas, seja em língua portuguesa, seja em matemática, embora o cenário global, incluindo as demais regiões, não se mostre tão animador.

Outro parâmetro de avaliação importante corresponde ao *Programme for International Student Assessment* (Pisa), realizado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹²⁸ A importância dessa análise deve-se à comparação que propicia entre aproximadamente 70 países envolvidos. O resultado do Brasil, em 2015, está bem abaixo da média dos países pesquisados pela OCDE. Em ciências, 56,6% dos estudantes brasileiros não alcançaram o nível mínimo de proficiência (nível 2), enquanto, na média, quase 80% dos alunos dos países avaliados pela OCDE conseguem superar esse patamar. Em matemática, 70,3% dos estudantes brasileiros estão abaixo do mínimo exigido, enquanto, na média, os países da OCDE conseguem ter quase 80% de seus alunos com a proficiência mínima. Em leitura, os países da OCDE têm, em média, 80% de seus estudantes proficientes; já no Brasil aproximadamente a metade (51%) não alcançou o mínimo (gráfico 7).



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

¹²⁸ TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017. p. 62-63, p. 74-75; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Programme for International Student Assessment (PISA). Results from PISA 2012 – Brazil*. Disponível em: < <https://www.oecd.org/pisa/home/> >. Acesso em: 17 jun. 2016; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Education at a Glance 2015: OECD indicators*. Paris: OECD Publishing, 24 nov. 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2015-en> >. Acesso em: 17 mar. 2017.

1.3.5 O tempo médio de escolaridade da população brasileira

Outro fator considerado pelo movimento Educação para Todos, a partir de dados oficiais, refere-se ao tempo de escolaridade da população brasileira. A meta 8 do PNE pretende elevar a escolaridade média da população brasileira entre 18 e 29 anos para, no mínimo, 12 anos, até o último ano de vigência do plano. Embora, na média, o Brasil tenha a escolaridade de 10,1 anos para a população de 18 a 29 anos, quando se comparam os 25% mais pobres e os 25% mais ricos, têm-se percentuais bem distantes: 8,5 e 12,4 anos, respectivamente. O tempo de estudo é relevante pela repercussão direta na renda da população. Em 2015, um trabalhador sem instrução recebia, em média, R\$831,72; com ensino fundamental completo, R\$974,65; com ensino médio completo, R\$1.147,41; e com superior completo, R\$2.717,99. O Estado com pior média de escolaridade é Alagoas, com apenas 8,7 anos, seguido do Maranhão, com 9 anos. O Distrito Federal lidera com 11,2 anos.

1.3.6 O analfabetismo (ainda)

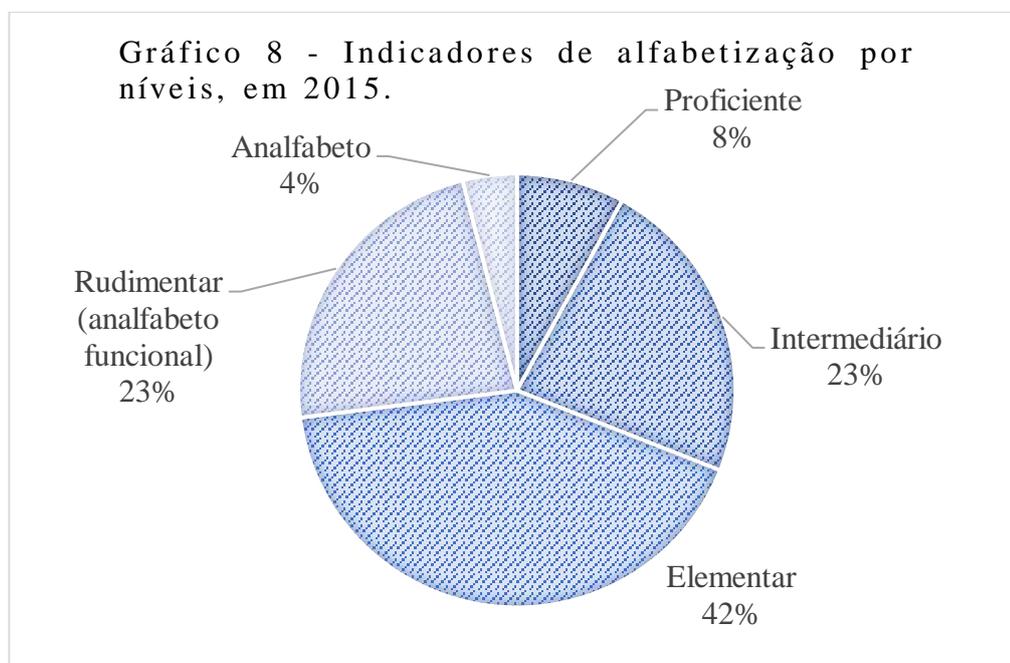
Para encerrar a análise dos dados oficiais, extraídos do Anuário Brasileiro da Educação Básica, há outro indicador demonstrativo da baixa concretização do direito à educação no Brasil. Ainda não se alcançou a erradicação do analfabetismo, já conquistada em diversos países há muitas gerações. Pela meta 9 do PNE, propõe-se a elevação da taxa de alfabetização da população com 15 anos ou mais para 93,5% até 2015 e, até o final da vigência do Plano, a erradicação do analfabetismo absoluto e a redução em 50% da taxa de analfabetismo funcional. No ritmo atual, é possível afirmar que serão necessárias duas décadas para alcançar a meta do PNE prevista para 2024.¹²⁹

Em 2015, a taxa de alfabetização nacional média da população com 15 anos ou mais de idade era de 92%, índice que cai para 83,8% quando se considera apenas a região Nordeste. Os Estados com os piores índices eram Alagoas (80%) e o Maranhão (81,2%). Na dianteira, o Distrito Federal e o Rio de Janeiro, ambos com 97%. A comparação entre a população urbana e rural também reflete a desigualdade no país, quando se verifica que,

¹²⁹ TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: < <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017> >. Acesso em: 4 set. 2017.

no campo, apenas 80,2% da população na referida faixa etária é alfabetizada, enquanto na cidade o índice alcançou 94,1%. A renda aparece novamente como fator de desigualdade. Em 2015, apenas 88% dos 25% mais pobres da população, que tinham renda familiar *per capita* entre R\$5,00 e R\$429,33, com mais de 15 anos, eram alfabetizados. Para os 25% mais ricos, com renda entre R\$1.350,66 e R\$150.000,00, a proporção subiu a 98,2%.

Esses índices referem-se ao analfabetismo absoluto e foram obtidos a partir do critério da autodeclaração, obtidos pelo IBGE por meio do Censo e da Pnad. O cenário é ainda mais alarmante quando se trata do analfabetismo funcional. A partir o Índice do Analfabetismo Funcional (Inaf), busca-se avaliar o percentual da população que pode ser considerada funcionalmente alfabetizada. Considera-se funcionalmente alfabetizado, a partir de 2015, quem obtêm os níveis elementar, intermediário e proficiente, sendo neste nível capaz de elaborar diversos tipos de textos e de interpretar gráficos e tabelas. Os analfabetos funcionais estão subdivididos entre os analfabetos e aqueles com nível rudimentar de alfabetização. Neste caso são capazes apenas de lidar com textos curtos, como bilhetes e anúncios. Em 2015, de acordo com o Inaf, apenas 73% da população era considerada funcionalmente alfabetizada; desta apenas 8% era considerada proficiente (gráfico 8).



Fonte: TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2017.

Para Sifuentes, o modelo adotado no Brasil, voltado a evitar reprovações, para que os alunos saiam mais rapidamente do sistema educacional, dando vaga a outros e incrementando as estatísticas, estaria produzindo cidadãos sem o domínio da escrita e da leitura, criando analfabetos funcionais.¹³⁰

1.3.7 Síntese da situação atual da educação no Brasil e a necessária mudança da realidade social

A partir da análise dos indicadores apresentados, pode-se afirmar que o problema da educação, no Brasil, abrange tanto a questão do acesso quanto da qualidade da prestação do serviço. Além disso, há grande disparidade entre as diversas regiões brasileiras e, por vezes, entre Estados de uma mesma região. Outro fator de grave desequilíbrio entre cidadãos que deveriam, igualmente, obter educação de qualidade, é a renda, que influencia decisivamente no desempenho dos alunos.

Há um descompasso, portanto, entre aquilo que estabelece a Constituição de 1988 e a realidade observada. É preciso avaliar os instrumentos e sujeitos capazes de modificar este cenário, em especial no que se refere ao ensino obrigatório e gratuito – educação básica –, que integra o mínimo existencial em educação, conforme se analisará adiante, de modo a fazer valer as disposições constitucionais, sem descuidar do necessário padrão mínimo de qualidade e da igualdade de oportunidades que deve ser conferida a todo cidadão, independentemente da região onde viva ou do nível socioeconômico em que esteja inserido.

Postos os enunciados da Constituição de 1988 sobre o direito à educação no contexto normativo histórico brasileiro e, em breve medida, no âmbito do Direito Comparado e internacional, e constatado o déficit de efetividade, é preciso avançar para a próxima etapa desta pesquisa, que consiste em avaliar a fundamentalidade do direito à educação e a sua densidade normativa.

A estratégia para buscar a mudança da realidade social no plano do direito à educação consiste, neste trabalho, em avaliar a eficácia desse direito fundamental em relação a outro ator pouco estudado no âmbito da teoria dos direitos fundamentais: o Tribunal de Contas. A compreensão das dimensões objetiva e subjetiva do direito

¹³⁰ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 25.

fundamental à educação na Constituição brasileira, a partir do próximo Capítulo, permitirá avaliar se os influxos desse direito podem repercutir sobre o referido órgão de controle externo e em que medida.

CAPÍTULO 2 – A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E A SUA DENSIDADE NORMATIVA

Neste trabalho busca-se identificar os limites da atuação do Tribunal de Contas quando a fiscalização tiver por objeto a concretização do mínimo existencial em educação. Apenas os temas do direito fundamental à educação, com todas as suas nuances, e do mínimo existencial, já comportariam teses próprias, para analisar todas suas características, em especial o âmbito de proteção de cada um e sua eficácia. Não se pretende, portanto, ser exaustivo em relação aos referidos temas. Serão adotadas concepções já desenvolvidas na doutrina e, naquilo que for essencial ao trabalho, será conferido o devido aprofundamento.

É preciso destacar que sob o manto do direito à educação há diversas posições jurídicas como liberdades, garantias institucionais, direitos em geral e o próprio direito público subjetivo à educação básica. Aqui será dedicada maior ênfase ao conteúdo do direito público subjetivo à educação, por ser ele comumente identificado pela doutrina com o conteúdo do mínimo existencial em educação, embora sejam institutos diversos, e à dimensão objetiva desse direito, pela repercussão que projeta sobre os diversos atores estatais.

Em síntese, o objetivo específico deste Capítulo consiste em avaliar, no plano da teoria dos direitos fundamentais, a densidade normativa do direito fundamental à educação na Constituição brasileira, a fim de identificar seus potenciais efeitos sobre a atuação dos Tribunais de Contas.

2.1 A educação como um direito fundamental social

O direito à educação será abordado na perspectiva dos direitos fundamentais, à luz da Constituição brasileira de 1988. Não se desconhece a possibilidade de enfrentar o tema a partir de outros pontos de vista, como o filosófico ou o universalista.¹³¹ A opção pelo recorte estatal (constitucional) decorre do objetivo de se enfrentar a temática dos

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 22; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 16-49.

limites da atuação do Tribunal de Contas nos contornos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de outras razões, igualmente importantes, que vão além desse contexto.

Essencial, portanto, como ponto de partida – embora se trate de questão até certo ponto pacífica –, apontar as razões que justificam a compreensão do direito à educação como um direito fundamental, no Brasil, e as consequências decorrentes dessa qualificação. Para a análise ora proposta, parte-se da teoria dos direitos fundamentais de Sarlet, sem prejuízo da inserção na obra de outros autores naquilo que for relevante para a abordagem proposta.

Sarlet defende a qualificação de determinada posição jurídica como direito fundamental a partir da conjugação dos critérios formal e material. Para o autor, todos os direitos formalmente indicados no Título II da Constituição são fundamentais, sem prejuízo da ampliação do catálogo por força do art. 5º, § 2º da CR, caso reconhecida a fundamentalidade material de direito não inserido no referido rol. O autor respeita, portanto, as opções consagradas expressamente no texto constitucional como direitos fundamentais, admitindo, a partir da referida cláusula de abertura, a incorporação de outros direitos fundamentais além daqueles citados, estejam ou não situados na própria Constituição, mediante a análise de seu conteúdo e significado.¹³² Com efeito, assinala:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹³³

Dimoulis e Martins adotam um posicionamento mais rígido em relação à caracterização da fundamentalidade dos direitos. Embora reconheçam, assim como Sarlet, que “[...] o elemento formal é também *condição suficiente* da fundamentalidade [...]”, defendem que “[...] um direito é fundamental se e somente (*condição necessária*)

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75-79.

¹³³ *Ibid.*, p. 78.

for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional”.¹³⁴

Os autores discordam de uma definição de direitos fundamentais ampla, a partir da qual a fundamentalidade de alguns direitos não dependeria da respectiva força formal constitucional, bastando a de seu conteúdo, pois poderiam ser modificados independentemente dos ritos exigidos por força da rigidez das normas constitucionais.¹³⁵ Defendem, portanto, que “os direitos fundamentais devem ser definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.¹³⁶

Adotando uma concepção ampla, mas não formalista, de direitos fundamentais, Souza Neto e Sarmento sustentam a existência de direitos apenas formalmente fundamentais (v.g. art. 5º, inc. XXXI, CR), direitos formal e materialmente fundamentais (v.g. art. 5º, XXXVI, CR) e direitos apenas materialmente fundamentais, por força do catálogo do art. 5º, § 2º, da CR (v.g. arts. 93, inc. IX, e 225 da CR).¹³⁷ Para os autores, os direitos fundamentais em sentido apenas formal – porque, embora inseridos no rol do Título II da Constituição, não passam pelo crivo da fundamentalidade material – poderiam ser eventualmente suprimidos, por não corresponderem a cláusulas pétreas.¹³⁸ Defendem que as cláusulas pétreas “[...] protegem apenas os direitos materialmente fundamentais. Mas existe *presunção relativa* de fundamentalidade material a favor dos direitos incluídos no catálogo constitucional”.¹³⁹

Justificam essa concepção a partir do direito de cada geração se autogovernar, sendo necessário um argumento muito forte para justificar um “entrincheiramento definitivo de certas decisões do poder constituinte originário”, não devendo ocorrer, em relação às cláusulas pétreas, uma “leitura formalista”, mas uma “interpretação aberta à moralidade política”.¹⁴⁰

Pansieri recusa a adoção de um critério exclusivamente formal de fundamentalidade, ao argumento de que não responderia às questões cotidianas. Para o autor, o ordenamento ligaria “[...] desde o artigo primeiro até os direitos e garantias

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41, grifo do original.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 41-42.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 307-317.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 313-314.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 314, grifo do original.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 313.

fundamentais a um sistema único, que visa à construção de uma sociedade justa e igualitária, fundada na igualdade (dimensão material) e na dignidade humana”.¹⁴¹ Defende que “[...] ambas as fundamentalidades se somam, unindo-se os Direitos Fundamentais com as normas jurídico-fundamentais, pois é por intermédio delas que se definirá a estrutura normativa do Estado e da sociedade”.¹⁴²

Em sentido diverso, adotando uma concepção mais limitadora, especificamente em relação aos direitos fundamentais sociais, Torres entende que a jusfundamentalidade desses direitos se restringe ao mínimo existencial.¹⁴³ Defende que “as normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas, restringem-se a fornecer diretivas ou orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante”.¹⁴⁴ Para o autor, os denominados direitos sociais máximos devem ser obtidos pela via de reivindicações da própria cidadania, da prática orçamentária, seguindo o processo democrático.¹⁴⁵ Chega a equiparar o núcleo essencial dos direitos sociais ao mínimo existencial, quando afirma que “o âmbito de proteção positiva obrigatória coincide com o núcleo essencial dos direitos sociais, que, tocado pelos interesses fundamentais, se metamorfoseia em direito fundamental social ou mínimo existencial”.¹⁴⁶

Para Sarlet, da fundamentalidade formal, ligada ao direito constitucional positivo, resultam diversos aspectos, à luz da Constituição brasileira, relacionados ao regime jurídico dos direitos fundamentais, como a consagração deles no ápice do ordenamento jurídico, constituindo direitos de natureza *supralegal*; a submissão a limites formais (procedimentais) e materiais (cláusula pétrea) de reforma (art. 60, CR); e a aplicabilidade imediata com *vinculação* das entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, CR).¹⁴⁷

¹⁴¹ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais*: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

¹⁴² *Ibid.*, p. 44.

¹⁴³ “Conclui-se, pois, que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e a proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações materiais em favor dos pobres”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 372).

¹⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 44.

¹⁴⁵ TORRES, op. cit., 2008, p. 372-373; TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

¹⁴⁶ TORRES, op. cit., 2008, p. 364. Cf., ainda, TORRES, op. cit., 2009, p. 42.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75-76. Para Pansieri, igualmente, o art. 5º, § 2º, da CR corresponde a uma *cláusula de abertura* a outros novos direitos fora do catálogo, relacionada à dimensão material da fundamentalidade (PANSIERI,

Embora a Constituição brasileira não preveja expressamente a vinculação do poder público aos direitos fundamentais, tal como ocorre nas Constituições de Portugal (art. 18, nº 1) e da Alemanha (art. 1º, inc. III), é possível atribuir ao art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira o mesmo sentido.¹⁴⁸ Essa característica de seu regime jurídico – vinculatividade – é especialmente relevante para a tese aqui desenvolvida, na medida em que “[...] fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções”.¹⁴⁹ Como destaca Sarlet, “inexiste ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais”, além do que, numa perspectiva positiva, todos os órgãos estatais estão obrigados a fazer de tudo no sentido da realização dos direitos fundamentais.¹⁵⁰ Destaque-se, contudo, que o grau de vinculação dos direitos fundamentais guarda relação direta com o grau de densidade normativa da respectiva norma que o enuncia, conforme veremos adiante ao tratar especificamente do mínimo existencial em educação.¹⁵¹

Como consequência da fundamentalidade material têm-se nos direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição em sentido material, albergando decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, permite-se a abertura do catálogo para o reconhecimento de outros direitos fundamentais não previstos expressamente em seu texto e, por tal razão, considerados apenas materialmente fundamentais, além de direitos fundamentais fora do catálogo, mas inseridos no texto constitucional formal.¹⁵²

Destarte, há, para Sarlet, dois grupos de direitos fundamentais: aqueles expressamente positivados ou escritos e os não escritos. No primeiro grupo inserem-se os direitos fundamentais expressamente previstos no catálogo ou em outras partes da Constituição (com *status* material e formal), bem como os previstos em tratados internacionais. No grupo dos direitos fundamentais não escritos há os direitos

Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42).

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 383-384.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 384.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 384.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 389.

¹⁵² *Ibid.*, p. 75-76.

fundamentais implícitos (posições fundamentais subentendidas em outras normas) e os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios.¹⁵³

Por essas e outras razões, Sarlet defende que todos os direitos fundamentais – individuais, sociais e políticos – estão abrangidos e protegidos no conteúdo das “cláusulas pétreas”, enunciado no art. 60, § 4º, inc. IV, da CR, que, a rigor, veda emenda constitucional tendente a abolir apenas “os direitos e garantias individuais”. Segundo o autor, que rechaça uma interpretação literal da Constituição, a redução desse limite de reforma poderia levar a paradoxos, permitindo o afastamento da proteção não apenas dos direitos sociais (arts. 6º a 11), mas também dos direitos políticos (arts. 14 a 17), chegando a alcançar, por coerência, até alguns direitos coletivos do art. 5º. Exemplifica citando os direitos essenciais de participação política (art. 14), a liberdade sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), além do mandado de segurança coletivo, que, a rigor, não estariam compreendidos na literalidade do enunciado “direitos e garantias individuais”, expressão esta não reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição.¹⁵⁴

Sarlet também destaca os riscos de se pautar por uma concepção fortemente vinculada à fundamentação material dos direitos fundamentais, desprezando as legítimas opções feitas pelo Constituinte. Seria arriscado admitir a existência de direitos apenas formalmente fundamentais – visão rechaçada pela doutrina majoritária–, por permitir que qualquer dos poderes constituídos viesse a decidir a respeito do que é ou não formal e materialmente fundamental, afrontando, assim, a vontade do Poder Constituinte que, assinala Sarlet, teria o privilégio de deliberar sobre o que é ou não fundamental, além do risco de serem eliminados até mesmo direitos do art. 5º, ao argumento de que não seriam “autenticamente” fundamentais.¹⁵⁵

Por isso a relevância da ideia defendida por Sarlet de *identidade da Constituição*, que seria formada justamente pelas decisões fundamentais que o Constituinte tomou. Embora cada direito fundamental – fundamental por decisão do Constituinte e não pela vinculação direta à dignidade humana – seja parte integrante da identidade da Constituição, isto não impede que haja ajustes e restrições, sendo vedada a supressão. Desta forma, os direitos fundamentais, expressa ou implicitamente reconhecidos pelo

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 88.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 440-444.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 444.

Constituinte, situados no Título II ou em outros locais do texto, são sempre limites materiais expressos ou implícitos.¹⁵⁶

Neste trabalho, seguindo a visão de Sarlet, defende-se que as decisões sobre direitos fundamentais adotadas pelo Constituinte (fundamentalidade formal) – inclusive as atinentes aos direitos sociais do art. 6º, como o direito à educação – integram a identidade da Constituição e devem, portanto, ser respeitadas, independentemente de qualquer juízo acerca de sua materialidade. Caso a decisão formalmente adotada pelo Constituinte originário, ao consagrar um determinado direito como fundamental, fosse esvaziada e transferida a outro Poder – ao Judiciário, por exemplo –, para a realização de um juízo de materialidade, mitigar-se-ia a força daquelas posições jurídicas fundamentais originárias. A submissão a um segundo crivo, a fim de ter a “confirmação” de sua fundamentalidade, propiciaria uma insegurança jurídica quanto ao rol de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Tal medida enfraqueceria, por conseguinte, a própria noção de fundamentalidade desses direitos, que teriam essa qualidade condicionada à subjetividade do intérprete da ocasião. Partindo-se da premissa de que a delimitação dos direitos fundamentais no texto constitucional corresponde a um dos principais elementos caracterizadores da identidade da Constituição, na linha sustentada por Sarlet, entende-se que tal decisão deve ficar a cargo do próprio Poder Constituinte, sem embargo de serem acrescidas outras posições além do rol originariamente estabelecido, nos termos da cláusula de abertura inserida pelo próprio Constituinte (art. 5º, § 2º, CR). Uma mudança ampla a alcançar a própria identidade constitucional somente poderia ser adotada por um novo Poder Constituinte, pois nestes casos tratar-se-ia, a rigor, da instituição de uma nova Constituição.

Em relação ao direito à educação, não restam dúvidas quanto à sua qualificação como direito fundamental, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. Formalmente, tem-se o seu reconhecimento no art. 6º do texto constitucional, ao inserir os direitos sociais (Capítulo II) no Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Sifuentes destaca que no Brasil a técnica de positivação constitucional utilizada consagrou o direito à educação como um direito fundamental, ao tempo que o incluiu no rol dos direitos sociais, sendo, pois, um direito fundamental social.¹⁵⁷ Tem-se,

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 440-446.

¹⁵⁷ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 46-48.

portanto, no art. 6º da Constituição, a previsão de um direito fundamental básico e de caráter geral.¹⁵⁸

Um problema a ser enfrentado decorre do fato de o desenvolvimento normativo do direito à educação estar fora do catálogo expresso no Título II da Constituição, com seus enunciados explicitadores previstos a partir do art. 205 do Capítulo III do Título VIII do texto constitucional, que cuida da ordem social.¹⁵⁹ Para Sarlet, com razão, não corresponderia aos objetivos do Constituinte – nem atenderia ao bom-senso – considerar todas as diversas posições jurídicas consagradas nos diferentes artigos que tratam da ordem social como materialmente fundamentais, apenas por força das disposições genéricas do art. 6º da Constituição.¹⁶⁰ Nestes casos, portanto, é preciso filtrá-las a partir de um juízo de fundamentalidade material, de modo a identificar quais normas relativas ao direito à educação são submetidas ao regime especial de fundamentalidade, apartando-as das demais, de cunho organizacional e procedimental, que seguem o regime jurídico das demais normas constitucionais.¹⁶¹

Ao tempo que reconhece uma lacuna no trato do desenvolvimento doutrinário de critérios para o reconhecimento de direitos fundamentais em sentido material, Sarlet sugere diversos critérios referenciais.¹⁶² Em linhas gerais, ensina que, para qualquer posição jurídica fora do catálogo ser considerada um autêntico direito fundamental, em sentido material, deverá equivaler, em conteúdo e dignidade, aos direitos fundamentais presentes no catálogo.¹⁶³ Ademais, há de se considerar os princípios fundamentais insculpidos no Título I da Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de outros critérios que não serão aqui aprofundados.¹⁶⁴

Não há dúvidas quanto ao atendimento de tais critérios, ao menos em relação à parcela das normas referentes ao direito à educação. O texto constitucional reconhece a imprescindibilidade da educação para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, além da qualificação para o trabalho (art. 205, CR). Ranieri demonstra que o direito à educação ocupa um lugar central no conjunto dos direitos

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 647.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 347-348.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 118-119, 348.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 348.

¹⁶² *Ibid.*, p. 85-116.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 92-94.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 94-116.

fundamentais, diante da sua relevância para salvaguardar a dignidade humana, por ser indispensável ao desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Afirma que a educação ocuparia o campo privilegiado de discussão dos direitos fundamentais, como decorrência da indivisibilidade de tais direitos. Tal conclusão estaria expressa no Comentário Geral 11 (1999) da Comissão de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, a respeito de questões substantivas de aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), segundo o qual o direito à educação seria classificado como direito econômico, direito social e direito cultural, além de direito civil e direito político, por ser central para a realização daqueles direitos, representando, desta forma, a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos.¹⁶⁵

Ranieri vai além e destaca que a educação, além do desenvolvimento individual e da capacidade para o trabalho, destina-se à promoção e à conservação do próprio Estado Democrático de Direito, sendo este o sentido a ser atribuído à exigência de preparo para o exercício da cidadania.¹⁶⁶ A educação para a cidadania não seria uma conquista meramente individual, porém necessária como medida de interesse público e condição para o funcionamento da sociedade estatal, de modo “que o sentido da exigência de preparo educacional para a cidadania se configura como a exigência de conservação do Estado, em bases democráticas”.¹⁶⁷

Com visão parecida, Sifuentes defende que “a educação projeta-se, portanto, do âmbito dos direitos sociais, passando a integrar o núcleo essencial dos direitos que conduzem à liberdade e à cidadania”.¹⁶⁸ Para a autora, o direito à educação pode ser classificado em mais de uma dimensão, pois corresponderia a um direito social inserido também entre os direitos fundamentais de primeira dimensão, “entrelaçada ao direito à vida e à liberdade”.¹⁶⁹

Tal concepção coincide, em certa medida, com a proposta de Pinilla, ao defender que o objetivo do direito à educação, a despeito da previsão expressa da Constituição espanhola como sendo *el pleno desarrollo de la personalidad humana* – semelhante à

¹⁶⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 290-291.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 379.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 356-357.

¹⁶⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 58.

¹⁶⁹ *Ibid.*

Constituição brasileira –, corresponderia a *el libre desarrollo de la personalidad*.¹⁷⁰ A identificação do livre desenvolvimento da personalidade como parâmetro serviria tanto para assegurar a livre vontade dos indivíduos, como para sedimentar a ideia de que o sistema educacional deve almejar a maior liberdade possível no processo de formação da vontade dos indivíduos, sob pena de contrariar o próprio ordenamento jurídico,¹⁷¹ além de servir de parâmetro de valoração hábil a fundamentar juízos concretos sobre as diversas políticas educativas.¹⁷²

A fundamentalidade do direito à educação também pode ser desenvolvida sob outro prisma. No contexto da Constituição portuguesa, que estabelece diferentes regimes de direitos fundamentais, o critério utilizado por Andrade para submeter um determinado direito fundamental ao regime especial de direitos, liberdades e garantias (direitos fundamentais de natureza análoga) consiste no caráter determinado ou determinável, em nível constitucional, dos respectivos direitos.¹⁷³ Os direitos econômicos, sociais e culturais, por terem a característica de se tornar “líquidos e certos” apenas após a atuação do legislador ordinário, não seriam, em princípio, submetidos a tal regime especial, que, em linhas gerais, prevê a aplicabilidade direta de seus enunciados, a vinculatividade das entidades públicas e privadas, a exigência de lei e de autorização constitucional para eventuais restrições, além da proteção ao seu conteúdo essencial.¹⁷⁴

O próprio autor reconhece, contudo, a possibilidade de o texto constitucional indicar que determinado direito submete-se a tal regime especial em razão de sua densidade normativa, que excluiria, neste caso excepcional, a necessidade de conformação política por parte do legislador ordinário.¹⁷⁵ Seguindo o raciocínio do autor,

¹⁷⁰ Em relação à distinção feita pelo autor, conferir nota de rodapé nº 76.

¹⁷¹ PINILLA, Ignacio Ara. *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 26-27, 47-48.

¹⁷² “*El libre desarrollo de la personalidad se presenta en este sentido si no como un objetivo materiazable en términos absolutos, sí como un parámetro de valoración que permite establecer juicios evaluativos concretos acerca de las diferentes políticas educativas*”. (Ibid., p. 26-27, 47-48).

¹⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 172-184.

¹⁷⁴ Ibid., p. 176-184.

¹⁷⁵ “Do que se trata é, então, de surpreender uma diversidade de convicção (determinação) na intenção normativa dos direitos fundamentais: *em relação a alguns deles, deve entender-se que as normas constitucionais são capazes de fornecer todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua aplicação*, ou seja, os direitos são determinados por opções constitucionais; em relação a outros, só a intervenção autônoma do legislador ordinário pode definir o seu conteúdo, concretizando os preceitos respectivos e desenvolvendo assim a intenção normativa em termos de produzir direitos certos e determinados”. (Ibid., p. 177, grifo nosso). “Já não será assim quanto aos preceitos relativos aos outros direitos fundamentais, para os quais justamente a Constituição não prescreve em geral o regime da aplicabilidade imediata. Neste domínio, onde se insere a generalidade dos direitos a prestações, será, ao invés, de presumir, *salvo indicação normativa em contrário*, que há uma <<delegação>> constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria, pois, ilegítima

no ordenamento jurídico constitucional português a presunção é a de que os direitos sociais não têm a aplicabilidade imediata decorrente do regime especial de direitos, liberdades e garantias, salvo se o contrário decorrer da conformação normativa constitucional desse direito, ou seja, se a “densidade essencial autônoma ao nível constitucional” desse direito excluir a necessidade de “conformação política” por parte do legislador ordinário.¹⁷⁶

Mutatis mutandis, a partir da perspectiva constitucional brasileira, é possível reconhecer a existência de uma elevada densidade normativa em nível constitucional, no que se refere ao direito social à educação, ao menos quanto à parcela correspondente ao direito ao ensino obrigatório e gratuito (art. 208, I, CR), por força de sua positivação peculiar, que indica normativamente a existência de um regime diferenciado a dispensar a necessidade de conformação legislativa ordinária, porquanto fornece, no plano constitucional, os elementos essenciais à configuração do conteúdo desse direito, qualificando-o como um direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CR) e prevendo que o não oferecimento ou a sua oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º, CR).

O reconhecimento dessa maior densidade normativa quanto à parcela do direito à educação qualificada como direito público subjetivo não implica atribuir a esse direito alguma espécie de hierarquia em relação aos demais direitos fundamentais consagrados na Constituição. Apenas se destaca que, embora não haja propriamente uma hierarquia, que estabeleça, *a priori*, relações de subordinação entre direitos fundamentais, é preciso reconhecer que a positivação desses direitos, em termos de estrutura normativa, ocorre com diferenças significativas que repercutem diretamente no seu grau de vinculatividade e, por conseguinte, na forma de controle exercida sobre eles.¹⁷⁷

Não é por outra razão que a jurisprudência pátria vem reconhecendo a justiciabilidade direta dessa parcela do direito à educação, de extração constitucional direta.¹⁷⁸ A transposição do referido raciocínio para a realidade brasileira, que, repita-se, não prevê regimes diferenciados de direitos fundamentais, serve, contudo, para reforçar

a conformação desse conteúdo pelos tribunais e o conseqüente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 178, grifo nosso). Sobre o sentido de “densidade normativa”, cf. nota de rodapé nº 113.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 178.

¹⁷⁷ Essa questão será retomada quando enfrentarmos a temática da eficácia do mínimo existencial, na seção 3.4 (v. também nota de rodapé nº 580).

¹⁷⁸ Em relação aos julgados, cf. seção 1.3, em especial as notas de rodapé nº 117 e 118.

a tese da fundamentalidade do direito à educação, especialmente no que se refere ao direito ao ensino obrigatório e gratuito, como decorrência de sua densidade normativa, característica essa que, mais adiante, será retomada para fins específicos deste trabalho, relativo aos limites da atuação dos Tribunais de Contas.

Aqui o tema não será mais aprofundado em razão de haver certo consenso em relação à fundamentalidade material do direito à educação, ao menos em relação aos seus níveis iniciais. Para Sarlet, os enunciados do direito à educação previstos nos arts. 205 a 208 da CR, além das previsões de investimento mínimo em educação e da garantia de participação da iniciativa privada, podem ser considerados como fundamentais, à luz do art. 5º, § 2º, da CR.¹⁷⁹

Para os fins deste trabalho é suficiente saber que o direito à educação na perspectiva do direito público subjetivo previsto no art. 208, inc. I, e § 1º, é um direito fundamental, submetendo-se ao seu regime jurídico próprio.

Tem-se, portanto, como reconhecida a fundamentalidade do direito à educação, especialmente em relação às disposições do art. 205 e 208, inc. I, da CR, e, por conseguinte, a sua submissão ao regime jurídico especial previsto pelo Constituinte, nos termos de seus arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º.¹⁸⁰ Cumpre, agora, avançar nesta análise para apreciar as particularidades da titularidade do direito fundamental à educação e suas dimensões objetiva e subjetiva, imprescindível ao estudo dos limites da atuação dos Tribunais de Contas, quando em jogo o mínimo existencial em educação.

2.2 A titularidade do direito à educação

Novais rechaça a tese de que os direitos sociais não seriam universais quanto à titularidade, por não serem direitos de todos, mas de alguns, mais necessitados. Por referirem-se a uma categoria ou a alguns cidadãos, a sua natureza jusfundamental seria questionada.¹⁸¹ Com razão, Novais demonstra o caráter universal e, portanto, jusfundamental, de tais direitos ao apontar que, tanto quanto ocorre com os direitos de

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 119, 347-348; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 647.

¹⁸⁰ SARLET, op. cit., p. 119.

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 198.

liberdade, a universalidade “não significa que todas as pessoas, em quaisquer circunstâncias e quaisquer que sejam os seus atributos e recursos possam exercer, sempre, todos os direitos fundamentais e sejam titulares dos direitos subjectivos que deles decorres”.¹⁸²

Para Sarlet, todos os direitos fundamentais da Constituição, mesmo aqueles fora do Título II, são de titularidade individual, embora alguns tenham expressão coletiva, tais como o direito de voto, saúde, assistência social, aposentadoria e, com um pouco mais de controvérsia, até o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado poderia ser reconduzido a uma dimensão individual. Esse último (meio ambiente), ainda que não se o considere em sua dimensão individual, seria notoriamente excepcional, não afastando, pois, a regra geral.¹⁸³

O autor critica fortemente a tentativa de deslegitimação da busca pela tutela judicial individual dos direitos sociais a prestações, ao argumento – falacioso – de que seriam de titularidade coletiva. Com razão, assinala que a coexistência de uma dimensão coletiva não elide a dimensão individual desses direitos, mormente em relação àqueles vinculados ao mínimo existencial, como ocorre com a educação.¹⁸⁴

Para a Ranieri, o direito à educação teria características jurídicas próprias que o diferenciariam dos demais direitos fundamentais. Seria ao mesmo tempo um direito fundamental social, direito individual e um direito coletivo, de modo que seus titulares e sujeitos passivos ocupam essas posições simultaneamente, albergando obrigações de fazer e de não fazer.¹⁸⁵

A autora aborda o direito à educação a partir de dois planos. No individual, relaciona-o à ideia de realização pessoal, integrante da dignidade humana e dos princípios da liberdade e da igualdade. No plano coletivo, refere-se à vida em sociedade, à participação política, ao desenvolvimento nacional e à promoção dos direitos humanos e da paz. A preparação para o trabalho e para a vida política seria um elemento comum aos

¹⁸² O autor aponta como exemplos o direito à greve, que embora seja universal pressupõe a qualidade de trabalhador, e as garantias fundamentais do processo, que, igualmente, supõem a integração do indivíduo a uma relação processual concreta (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 199-200).

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 440-446.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 368-369.

¹⁸⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 286.

dois planos. A efetividade do direito à educação repercute favoravelmente tanto no indivíduo e quanto na coletividade, de forma que aqui o interesse público e o interesse particular se fundem.¹⁸⁶

É por essas razões, segundo a autora, que o direito à educação seria compulsório em seus níveis iniciais, sem que se defira liberdade aos indivíduos para escolher entre exercê-lo ou não. Disso decorre a sua gratuidade e universalização. Em contrapartida, os demais sujeitos passivos possuem outras obrigações. Ao Estado cumpre promover, proteger e garantir esse direito; à família, promover o acesso; e à sociedade, financiá-lo, correspondendo, assim, a deveres fundamentais. Nesse contexto, quanto ao conteúdo, defende também a aplicação da proibição de excesso e da proteção insuficiente.¹⁸⁷

Para a autora, o direito à educação corresponde, simultaneamente, a uma posição jurídica subjetiva, individual e coletiva, fundamental e universal, bem como a um dever jurídico subjetivo, também individual, coletivo, fundamental e universal.¹⁸⁸ Neste sentido, Sifuentes aduz que o acesso ao ensino fundamental não é meramente um direito, mas também um dever, uma obrigação, do indivíduo em relação ao Estado, que tem o dever de prestar a educação aos seus cidadãos, enquanto estes têm o dever correlato de se educarem e contribuírem para o desenvolvimento do próprio país.¹⁸⁹

Merece registro o entendimento de Novais, quanto a serem os direitos sociais, em regra, direitos exclusiva ou primacialmente dirigidos contra o Estado, tanto na dimensão negativa quanto na positiva. Na dimensão de defesa, o autor entende que “o Estado tem exatamente a mesma obrigação de respeito, seja o bem jusfundamentalmente protegido um bem de autonomia, de liberdade ou de participação política, ou seja ele um bem económico, social ou cultural”.¹⁹⁰ Na dimensão positiva, ainda quando se trate de prestações que impliquem custos financeiros, assinala que, em termos jurídicos, o Estado é quem está diretamente obrigado, embora tais direitos sejam custeados com os recursos dos particulares-contribuintes.¹⁹¹ Destaca que, mesmo nos casos em que tais pagamentos ocorrerem diretamente pelos particulares (v.g. o direito a um salário mínimo e férias),

¹⁸⁶ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 287.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 288.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 289.

¹⁸⁹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 36.

¹⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 204.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 204-205.

apenas o Estado (legislador) estaria obrigado primariamente pela Constituição, no caso a uma prestação normativa.¹⁹² O autor reconhece, contudo, situações em que a própria Constituição faz remissão a entidades privadas para a realização da prestação social.¹⁹³

Especificamente em relação ao Brasil, a forma como o Constituinte positivou o direito à educação permite concordar com a tese da *titularidade complexa* desse direito, no sentido de abranger diversas posições jurídicas e titulares, para além do Estado como destinatário único. Exemplo disso, conforme mencionado, consiste no dever constitucional expressamente estabelecido em relação à família de assegurar o direito à educação em relação à criança, ao adolescente e ao jovem (arts. 205, 208, § 3º, e 227, CR).¹⁹⁴

Por força do seu desdobramento em diversos direitos e faculdades, com conteúdo específico e autônomo, Ranieri faz a distinção entre direito à educação e os direitos na educação. O primeiro seria o gênero, correspondente a prestações positivas materiais, aos direitos de promoção e proteção. O segundo seriam os desdobramentos, com a função primária de defesa das liberdades na esfera da educação, tais como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar; o pluralismo; a coexistência de instituições públicas e privadas; a gestão democrática; o ensino religioso facultativo; a autonomia universitária. São instrumentais e realizados mediante abstenções, seguindo o regime das liberdades e garantias, com eficácia plena e aplicabilidade imediata.¹⁹⁵ Diante disso, a autora assevera que o direito à educação é um direito fundamental completo ou um feixe de posições de direitos fundamentais.¹⁹⁶

Ranieri demonstra, com razão, a singular posição do Estado que, ao mesmo tempo, é sujeito passivo e titular desse direito, na medida em que não apenas deve prestá-lo, mas também se beneficia desse direito por força do princípio democrático e republicano. Por meio da educação os valores que esses princípios representam, em prol

¹⁹² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 205-206.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 207.

¹⁹⁴ “Além de ser uma posição jurídica individualmente exigível e oponível na forma de direito subjetivo, o direito à educação reveste-se também do caráter de direito objetivo, o qual se revela, entre outros aspectos, a partir dos deveres de proteção e de adoção de medidas positivas atribuídos *ao Estado e à família*”. (PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 47-48, grifo nosso).

¹⁹⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 289-290.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 290.

do bem comum, são sedimentados, implicando a disposição da sociedade em preservá-los e mantê-los.¹⁹⁷ Estas seriam as razões para a obrigatoriedade tanto do ensino fundamental como do alistamento eleitoral (art. 14, inc. I, CR), pois o princípio da soberania popular também impõe deveres. Não obstante, destaca que o exercício do voto ainda pode ser excepcionado em razão da idade, mas o ensino obrigatório não, além da possibilidade de se votar em branco ou nulo, enquanto em relação ao ensino não apenas a matrícula é obrigatória, mas a frequência também.¹⁹⁸

A autora assinala que o Estado e o cidadão são titulares do mesmo direito quanto à formação da pessoa como indivíduo, trabalhador e cidadão, havendo uma relação, a seu ver, *inter pares*, diluindo-se as tradicionais fronteiras entre o público e o privado, diante da identificação de interesses. Por isso entende que a educação para a democracia ganha relevo no contexto do Estado Democrático de Direito, à luz dos princípios democrático e republicano, consoante prevê o art. 205 da CR ao estabelecer a exigência do preparo para a cidadania.¹⁹⁹

Destarte, a titularidade dos direitos sociais e, no particular, do direito à educação, é complexa e tal característica projeta-se nas suas dimensões objetiva e subjetiva. A compreensão dessas perspectivas e de seus efeitos será fundamental para os fins deste trabalho, conforme será demonstrado a seguir.

2.3 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seus efeitos sobre o controle externo da administração pública na perspectiva do direito fundamental à educação

Uma importante abordagem dos direitos fundamentais reside na dupla perspectiva com que poderão ser concebidos: como direitos subjetivos individuais e em sua dimensão objetiva. Andrade destaca que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas a partir da perspectiva dos indivíduos, de suas posições jurídicas, mas também devem sê-lo do ponto de vista da comunidade, como valores e fins perseguidos,

¹⁹⁷ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 354.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 254.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 354-355.

em sua maior parte pela atuação estatal.²⁰⁰ Na linha defendida pelo autor, deve-se considerar o direito subjetivo como uma dimensão principal, a abranger todas as faculdades referentes ao indivíduo, e a outra uma dimensão objetiva pura, restrita aos conteúdos que não correspondam a direitos individuais.²⁰¹

Partilhando deste raciocínio, Canotilho enxerga na fundamentação subjetiva de uma norma de direito fundamental um significado ou relevância dela para o indivíduo, seus interesses, para sua situação de vida ou liberdade, enquanto a fundamentação objetiva refere-se ao seu significado para a coletividade, para o interesse público ou para a vida comunitária.²⁰²

Leonardo Martins esclarece que a função ou dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde ao *status negativus* da teoria de Georg Jellinek, considerada uma dimensão ou função clássica por referir-se ao direito de o titular resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual, que tem como correspondente teórico a teoria liberal dos direitos fundamentais.²⁰³ Sem embargo, esta dimensão abarca, também, o denominado *status positivus*, nos casos em que os direitos fundamentais embasam pretensões jurídicas próprias.²⁰⁴

De outro modo, a função ou dimensão jurídico-objetiva corresponde àquela cuja percepção independe de seus titulares. Teria um caráter preventivo, pois os critérios de controle da atividade estatal devem ser observados “independentemente de possíveis intervenções e violações concretas”.²⁰⁵

Nesta senda, Novais reconhece no âmbito de proteção dos direitos fundamentais um *conteúdo de proteção multifuncional* em torno das duas referidas dimensões.²⁰⁶ Para o autor, a dimensão objetiva resultaria na “garantia jurídica de uma bem proporcionada

²⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 108-109. Neste sentido, cf. PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-48.

²⁰¹ Esta delimitação é feita pelo autor após considerar que, de forma ampliada, seria possível considerar a dimensão subjetiva como inserida no contexto da dimensão objetiva. Contudo, defende que há fortes razões para autonomizar os efeitos relativos à dimensão subjetiva, atribuindo à dimensão objetiva em sentido estrito “apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da categoria direito subjetivo” (ANDRADE, op. cit., p. 109-110).

²⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1256.

²⁰³ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 80.

²⁰⁴ MARTINS, op. cit., p. 80.

²⁰⁵ Ibid., p. 81.

²⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 56.

imposição de deveres jurídicos objectivos ao Estado”.²⁰⁷ A dimensão subjetiva, por sua vez, decorreria da garantia jurídica de uma posição de vantagem individual na fruição de bens protegidos de direitos fundamentais.²⁰⁸ Nesta perspectiva subjetiva, Novais afirma que os direitos fundamentais assegurariam aos particulares uma possibilidade de ação, comportamento, pretensão ou competência juridicamente reforçada, em geral designadas como *uso* ou *exercício* de direito fundamental.²⁰⁹ Em caso de lesão ou ameaça a tais posições, seria assegurada aos titulares uma *garantia subjetiva* de direito fundamental, que corresponderia a formas de tutela, de intensidade e efetividade variada, para exigir juridicamente do Estado o cumprimento dos deveres impostos por normas de direitos fundamentais.²¹⁰

Pereira da Silva assinala que os direitos fundamentais são verdadeiros direitos subjetivos, decorrentes diretamente da Constituição e que integram o conteúdo de relações jurídicas concretas (públicas e privadas), envolvendo os respectivos titulares, como também, na perspectiva objetiva, conferem o reconhecimento constitucional da qualidade de sujeitos de direito a todos os cidadãos, em relações jurídicas públicas e privadas, sem ser necessário recorrer à ideia de uma relação geral e abstrata preexistente.²¹¹

Com efeito, o autor defende que os direitos fundamentais teriam uma natureza “duplamente dupla” por apresentarem, simultaneamente, uma dimensão negativa, protetora dos titulares contra agressões de entidades públicas ou particulares, e uma dimensão positiva, a obrigar os poderes públicos a concretizarem tais direitos; além de uma dimensão subjetiva, relativa aos direitos subjetivos públicos, e uma dimensão objetiva, relacionada aos princípios jurídicos ou como estruturas objetivas da sociedade.²¹²

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 56.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ O autor adere à distinção de Georg Jellinek, e de Walter Jellinek entre “relação jurídica” e “estatuto jurídico”, este compreendido como a possibilidade de um sujeito de direito se ligar por meio de relações jurídicas no futuro, correspondendo o estatuto a uma característica do sujeito de direito, a um *status* seu. É possível parafrasear a análise do autor, relativa ao direito fundamental à cultura, para afirmarmos que o direito à *educação* deve ser considerado simultaneamente um direito subjetivo integrante de relações jurídicas multilaterais de *educação* e como princípio atributivo de um estatuto jurídico de cidadania *educacional*. (SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91-92).

²¹² Ibid., p. 114.

Para Pereira da Silva, essa dimensão objetiva dos direitos pode ser traduzida “na consideração dos direitos fundamentais como conjunto de valores e princípios conformadores de todo o sistema jurídico [...], assim como na consagração de tarefas, princípios ou regras jurídicas de actuação a cargo dos poderes públicos”.²¹³

Nesta seção será examinado o conteúdo das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais em geral e, em especial, do direito à educação, para avaliar a repercussão dessas perspectivas sobre a atuação do controle externo da administração pública, quando em jogo a concretização desse direito fundamental.

2.3.1 O conteúdo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A dimensão objetiva é importante para a análise da repercussão dos direitos fundamentais nas instituições responsáveis por sua concretização. Nesse aspecto, defende-se que essa influência possa alcançar e determinar os limites de atuação dos Tribunais de Contas.

Destarte, além da perspectiva subjetiva individual, os direitos fundamentais podem ser concebidos como elementos objetivos fundamentais da comunidade. Esta visão, embora conhecida desde o primeiro pós-guerra, foi desenvolvida de forma mais completa com o advento da Lei Fundamental de Bonn e a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) no conhecido caso Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198), em 1958.²¹⁴

Na ocasião, o TCF destacou que os direitos fundamentais irradiavam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de guia para a atuação estatal, indo além de

²¹³ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115.

²¹⁴ “Trata-se, certamente, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Foram lançadas por ela as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de opinião e seus limites, mas também de uma dogmática geral (parte geral) dos direitos fundamentais. Por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados como direitos público-subjetivos de resistência contra o Estado e como ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial”. (MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 2: liberdade de consciência e crença; liberdade de expressão e de comunicação social; e liberdades artística e científica. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018, p. 95).

sua caracterização como meros direitos individuais em face do Estado.²¹⁵ Restou consignado que “às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional”.²¹⁶ A Corte reconheceu, portanto, uma dimensão dos direitos fundamentais que seria independente de seus titulares,²¹⁷ consubstanciada num “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais”.²¹⁸

Além do referido julgado, diversos aspectos relevantes decorrentes da dimensão objetivo-axiológica dos direitos fundamentais são retratados pela doutrina, com algumas diferenças que não permitem defender a existência de um tratamento uniforme sobre o tema, embora as aproximações sejam significativas.²¹⁹

Alguns autores apontam como primeiro aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o caráter de *normas de competência negativa* para os poderes públicos.²²⁰ Em linhas gerais, aquilo que é atribuído ao indivíduo em termos de direitos fundamentais é objetivamente retirado do próprio Estado, que tem sua competência limitada, independentemente de o titular desse direito poder exigi-lo em juízo, guardando

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 147-149.

²¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: atlas, 2014, p. 117.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 259.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 349-350.

²¹⁹ Sarlet reconhece essa profusão de compreensões acerca do conteúdo, significado e implicações do que denomina de “perspectiva” jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, terminologia que prefere para evitar equívocos relativos ao problema das “dimensões” ou “gerações” dos direitos fundamentais (SARLET, *op. cit.*, p. 148). Pansieri, por exemplo, segue a visão de Andrade, dividindo a análise da perspectiva jurídico-objetiva (comunitária) em dois planos: a dimensão valorativa ou funcional, relacionada ao conteúdo de sentido dos direitos fundamentais; e a dimensão jurídico estrutural (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-56). Aqui a análise das facetas da dimensão objetiva será realizada conjuntamente, justamente pela diversidade de abordagens antes mencionada. Não corresponde ao objetivo deste trabalho esgotar o tema, mas avançar em sua compreensão na medida necessária para o desenvolvimento da análise dos possíveis efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em relação aos Tribunais de Contas.

²²⁰ Para Sarlet, tal aspecto não integra a problemática própria da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais. Entende que se trata de uma “função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva [...]”. (SARLET, *op. cit.*, p. 151). “Da perspectiva desse legislador, essas normas [de direitos fundamentais] representam proibições e deveres que restringem sua liberdade e são, além disso, *normas negativas de competência*, que limitam suas competências”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 447, grifo nosso).

esse aspecto grande relevância para o controle de constitucionalidade de normas, em especial o abstrato.²²¹

Outro desdobramento da dimensão ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, atrelado à sua perspectiva objetivo-valorativa, corresponde à denominada de *eficácia dirigente*, a emanar uma ordem ao Estado como uma obrigação permanente de concretização e de realização desses direitos, que não se confunde nem afasta a existência de normas impositivas específicas.²²²

Além da perspectiva objetiva em seu aspecto axiológico ou como expressão de ordem de valores, anteriormente vistos, Sarlet identifica na dimensão objetiva efeitos jurídicos autônomos, desvinculados ou não necessariamente vinculados à perspectiva subjetiva.²²³ É o caso da denominada *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*), força jurídica objetiva autônoma que fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, ensejando a necessidade de uma “interpretação conforme aos direitos fundamentais”, semelhante à conhecida interpretação conforme a Constituição.²²⁴ Destarte, “dentro de um universo de interpretações possíveis, [o poder público deve] escolher sempre aquela que melhor se coadunar às prescrições dos direitos fundamentais”.²²⁵ Para Pereira da Silva, correspondem a critérios de interpretação e conformação da ordem jurídica, “vinculando os poderes públicos a actuar no sentido da sua concretização e funcionando como critério de interpretação e de integração de lacunas das normas jurídicas”.²²⁶ Adotando posição semelhante, Sampaio aduz que “os direitos fundamentais, radicados na Constituição,

²²¹ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 81-82; SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 130. É importante destacar que a função de parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos não é uma característica exclusiva das normas de direitos fundamentais, mas de toda norma constitucional, não correspondendo tal aspecto a um reforço da juridicidade de tais direitos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 153).

²²² SARLET, op. cit., 2015, p. 152. Neste sentido, ainda, cf. PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

²²³ SARLET, op. cit., p. 150-151.

²²⁴ SARLET, op. cit., p. 153-154; MARTINS, op. cit., p. 82-83; SILVA, op. cit., p. 130-131. Para Ana Paula de Barcellos, as técnicas de interpretação, conforme a Constituição, correspondem a uma aplicação da eficácia jurídica interpretativa das normas constitucionais, na modalidade de eficácia indireta. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96-106).

²²⁵ MARTINS, op. cit., p. 82.

²²⁶ SILVA, op. cit., p. 130-131.

emanam uma *força irradiadora* que obriga todos os poderes estatais ao respeito, e ainda à proteção, garantia e promoção de tais direitos”.²²⁷

Em relação à *eficácia irradiante*²²⁸ das normas constitucionais, Andrade afirma que a eficácia externa dos direitos fundamentais foi pensada inicialmente como eficácia horizontal, nas relações entre indivíduos, como contraponto à eficácia vertical, entre o indivíduo e o Estado, também concebida como eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*), passando, em seguida, para a concepção de que esta eficácia não se limitaria ao direito privado, mas alcançaria toda a ordem jurídica.²²⁹ Numa perspectiva mais recente, destaca a ideia de irradiação objetiva, no sentido de que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição vinculariam todos os poderes públicos, inclusive os Poderes Legislativo e Judiciário, passando-se a conferir destaque à existência dos denominados *deveres de proteção* dos direitos fundamentais pelo Estado em relação a terceiros, que serão analisados mais adiante.²³⁰

Outra figura jurídica autônoma, integrante da dimensão objetiva, reconhecida pela doutrina, corresponde às *garantias institucionais*, que são “instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a atuação erosiva do legislador”.²³¹ Sarlet exclui desta abordagem as garantias institucionais não fundamentais, pois há outras na Constituição, e os chamados direitos-garantia, que são direitos subjetivos típicos.²³²

²²⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 244-245, grifo nosso.

²²⁸ Canaris critica a decisão Lüth do Tribunal Constitucional Federal alemão no que se refere à adoção da “eficácia de irradiação” dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, propondo uma reconstrução crítica desse julgado. Dentre vários apontamentos que suscita, defende que a Corte deveria ter substituído a “eficácia de irradiação”, “porque não é um conceito jurídico, mas antes, e tão-só, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga”, pela função clássica e tradicional dos direitos como proibições de intervenção. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direitos Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016, p. 43-52).

²²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 137-138. A questão da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, denominada de “eficácia horizontal” (*Drittwirkung*), de modo a vincular além do próprio Estado (efeito vertical), terceiros, enseja diversos debates, que não serão aprofundados neste trabalho. Sobre a temática, cf. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 83; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 153-154; SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 131.

²³⁰ ANDRADE, op. cit., p. 138.

²³¹ SARLET, op. cit., p. 154.

²³² Ibid.

Para Andrade, as *garantias institucionais* surgem quando “um conjunto jurídico-normativo regula um determinado setor da realidade económica, social ou administrativa em torno de um <<direito>> fundamental e em vista da sua realização”.²³³ Seriam deveres sem direitos constituintes de uma zona de proteção de posições subjetivas, mas não subjetiváveis, instituídas quando a Constituição estabelece regras ou impõe deveres às entidades públicas com o objetivo central de garantir, realizar e promover a dignidade humana sem, contudo, conferir individualmente uma situação de poder ou disponibilidade em relação ao objeto. Exemplo disso, destaca Andrade, é a autonomia universitária e a garantia do ensino particular, estabelecidas de modo a asseverar e promover as liberdades de investigação, de aprender e de ensinar. Embora as *garantias institucionais* admitam um espaço maior ou menor de liberdade de conformação legal, para Andrade são vedadas a destruição, a descaracterização ou a desfiguração da instituição em seu núcleo essencial.²³⁴

Jorge Miranda, ao diferenciar os direitos fundamentais das *garantias institucionais*, reconhece que não se deve ir muito longe nas decorrências atinentes aos conceitos, sob pena de transformá-los em preceitos.²³⁵ Para o autor, se a própria Constituição não distingue um do outro expressamente e trata no mesmo plano direitos fundamentais e garantias institucionais, o regime jurídico aplicável não deve ser diferente, especialmente em relação ao legislador ordinário, aos destinatários das normas e aos órgãos competentes para a sua regulamentação.²³⁶ Ademais, afirma o autor, há direitos fundamentais indissociáveis de garantias institucionais.²³⁷

Feitas essas ressalvas, para uma melhor delimitação do conteúdo das garantias institucionais, é importante a distinção apresentada por Miranda, que considera existir um direito quando se estabelece uma faculdade de agir ou de exigir que possa ser exercida ou invocada diretamente, ao passo que uma *garantia institucional* “se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal”.²³⁸

²³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 134-135, grifo do original.

²³⁴ *Ibid.*, p. 134-137.

²³⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 100.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*, p. 99.

Outra faceta autônoma e objetiva dos direitos fundamentais consiste nos *deveres*²³⁹ de proteção do Estado (*Schutzpflichten*), segundo os quais se impõe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais em caso de ameaça ou lesão oriunda não somente do poder público, mas também de particulares e de outros Estados.²⁴⁰ Sarlet assinala que tais *deveres de proteção* vinculam-se à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, associados ao monopólio estatal do exercício da força (e, conseqüentemente, à vedação da autotutela), para resultar “na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares”.²⁴¹

Importante destacar que Dimoulis e Martins compreendem tal aspecto como um dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças de violação perpetradas, sobretudo por particulares, impondo-se uma atuação preventiva que evite tal violação.²⁴² Para os autores, o *dever estatal de tutela* corresponderia à dimensão subjetiva – e não objetiva – dos direitos fundamentais, por se fundamentar numa ameaça proveniente de particulares, criando uma posição jurídico-subjetiva.²⁴³ Martins explica que tal concepção decorre do art. 1º, I, 2, da Lei Fundamental alemã, ao prescrever que o poder público é obrigado a *observar* e a *proteger* a dignidade da pessoa humana, da qual os direitos fundamentais catalogados a partir do art. 2º seriam desdobramentos.²⁴⁴ Para o autor, a menção à *observância* corresponde à abstenção do próprio Estado em relação a comportamentos lesivos, enquanto a *proteção* “refere-se, ao contrário, à ação a ser

²³⁹ A doutrina refere-se à existência de deveres fundamentais tanto na acepção de deveres de proteção estatais, quanto de deveres fundamentais dos cidadãos, classificando-os em deveres conexos ou correlatos (quando se referem a direitos fundamentais) e deveres autônomos (não relacionados diretamente a um direito subjetivo), cujo conteúdo pode ter natureza defensiva (deveres fundamentais defensivos ou negativos) ou positiva (deveres fundamentais prestacionais ou positivos). (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 234-239; SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional da Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 246-265). Conforme reconhece Sarlet, os deveres fundamentais guardam íntima relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, embora não se trate de uma relação exclusiva. (SARLET, op. cit., p. 234). Neste trabalho, a abordagem do tema ficará restrita aos deveres de proteção estatais, ou seja, aqueles que têm como destinatário o poder público, analisados na perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

²⁴⁰ SARLET, op. cit., 2015, p. 154-157.

²⁴¹ Ibid., p. 153-155.

²⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120-121 e 125; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 83-86.

²⁴³ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 120-121 e 125; MARTINS, op. cit., p. 83-86.

²⁴⁴ MARTINS, op. cit., p. 83-84.

impetrada pelo Estado para a proteção ativa dos direitos fundamentais, em face das possíveis inobservâncias por particulares”, cumprindo ao Estado forçar a observância, forçar a omissão, sobretudo de forma preventiva e por meio do legislador.²⁴⁵

Bitencourt Neto também enxerga uma função específica do *dever de proteção*, a partir do direito ao mínimo a uma existência digna, tema que se abordará no Capítulo seguinte. Para o autor, a vinculação dos juízes a um *dever de proteção* dos direitos dos direitos fundamentais, por força da dimensão objetiva desses direitos, repercute no direito ao mínimo existencial como uma “contraface de um direito subjetivo a condições mínimas para uma existência digna”, tanto na perspectiva de um dever de proteção em face de ameaça de particulares, quanto como um dever de assegurar prestações materiais.²⁴⁶ O direito ao mínimo para uma existência digna, oponível ao Estado, corresponde, para Bitencourt, a um dever geral dos poderes públicos no sentido de assegurar a sua satisfação, sendo viabilizado “pela posição jurídica ativa de cada indivíduo em relação ao Estado de resguardar ou obter os recursos de que necessita, no caso concreto, para viver dignamente”.²⁴⁷

Neste contexto, é importante para a tese aqui defendida a noção desenvolvida por Andrade, quanto ao aspecto dos *deveres de proteção*, de que os poderes estatais se vinculam aos direitos fundamentais não apenas no que se refere ao cumprimento do dever principal – seja de abstenção, de prestação ou de garantia de participação –, como ensinaria, igualmente, um *dever de promoção e de proteção* desses direitos contra qualquer ameaça, de modo a assegurar-lhe efetividade.²⁴⁸ Com razão, “não estaria em causa apenas a conformidade com os direitos fundamentais da atividade administrativa, mas de *toda a atividade estadual* (legislativa e administrativa e judicial) e não apenas das ações, mas também das *omissões*”.²⁴⁹

Para Andrade, cumpre ao Estado elaborar as normas necessárias, organizar, realizar as atuações administrativas, velar pelo funcionamento dos tribunais, de forma a assegurar ao cidadão uma proteção dos direitos fundamentais em todos os níveis e circunstâncias, sem, obviamente, radicalizar essa proteção, respeitando a liberdade do

²⁴⁵ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 83-84.

²⁴⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129-130.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 132.

²⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 138, grifo do original.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

legislador, os limites de fato e de direito, inerentes a uma sociedade livre e democrática, especialmente o limite imposto pelos direitos e liberdades fundamentais de terceiros, devendo-se, neste último caso, atentar para a ponderação dos bens ou valores envolvidos e o respeito à proporcionalidade.²⁵⁰

Outro aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais observado por Andrade refere-se à irradiação normativa desses direitos em relação à *organização e ao procedimento* das atividades públicas, ora associada às garantias institucionais, ora ao dever de proteção (em relação a terceiros).²⁵¹ O autor assinala a existência de direitos fundamentais dependentes de um procedimento, cujo exercício somente seria possível, faticamente, a partir de uma organização e conforme um procedimento (ex.: direito ao sufrágio); direitos fundamentais sujeitos a um procedimento, quando, por força da Constituição ou da lei, exige-se um procedimento para delimitar a existência do direito concretamente ou resolver problemas de colisão (ex.: direito à greve, à objeção de consciência); direitos fundamentais de cunho procedimental, quando o exercício ou cumprimento de direitos depende da participação de outrem, especialmente os direitos a prestações e as liberdades institucionais (ex.: direito à educação, liberdade científica); e os direitos fundamentais que podem ser afetados por um procedimento (ex.: direito de propriedade em relação ao procedimento de expropriação).²⁵² Com razão, Sarlet assinala que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo, dependem da organização e do procedimento e atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais, de modo que “é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais [...]”.²⁵³

Importante notar, com Andrade, que as imposições relativas à *organização e instituição de procedimentos* podem tanto estar previstas na Constituição como ser compreendidas como resultantes implicitamente dos preceitos de direitos fundamentais, na medida em que se concebe a efetividade como uma característica própria dos direitos fundamentais, bastando, portanto, a existência do preceito consagrador para ter-se por obrigatória a regulação da organização ou do procedimento necessário ao respectivo

²⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139-140.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 141-144.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 156.

exercício.²⁵⁴ Não obstante, o grau de vinculação seria variável, somente se permitindo um controle intrínseco das opções legislativas, excluindo a liberdade de conformação do legislador, no que se refere ao conteúdo essencial ou mínimo do direito fundamental em questão.²⁵⁵

Outro possível desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é defendido por Pinto, ao examinar especificamente os direitos sociais à educação e à saúde, a partir do ordenamento jurídico brasileiro. A autora associa a eles um *dever de progressividade fiscal e material* que impele o gestor público a ir além do cumprimento dos patamares mínimos de gastos, constitucionalmente estabelecidos, de acordo com o nível de riqueza disponível.²⁵⁶ Esse *dever de custeio progressivo* dos direitos à educação e à saúde teria o condão de afastar a impossibilidade fática de evolução dos direitos fundamentais, permitindo ir além do estágio já adquirido, configurando-se, aí, uma verdadeira *vedação da estagnação*.²⁵⁷ Para a autora, esses deveres decorreriam de uma reinterpretação dos princípios da vedação do retrocesso e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, além da *força irradiante* desses direitos, na perspectiva desenvolvida por Sarlet, anteriormente apresentada.²⁵⁸

Por fim, cumpre assinalar, com Sarlet, que a perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um “terreno fértil para desenvolvimentos”, servindo de “fundamento para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística”.²⁵⁹ Com efeito, esta perspectiva objetiva permite o desenvolvimento de *novos conteúdos*, independentemente de

²⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 143.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 231-232.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ibid. Bitencourt Neto também defende, como consequência da fundamentalidade dos direitos sociais, “a sujeição ao regime da progressividade ou da gradualidade de realização, [...] como dever do Estado de direcionar suas ações para o alcance do bem-estar, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que é o objetivo central em Estado de Direito democrático e social, fundado na dignidade da pessoa humana”. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159, 162). Barcellos destaca que a ideia de progressiva ampliação dos direitos fundamentais pode ser extraída dos arts. 5º, § 2º, e 7º, *caput*, da Constituição. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 87, nota de rodapé nº 139). Botelho assinala que “há, portanto, quem entenda que esta obrigação de realização progressiva tem como *correspondentes lógicos* a proibição de retrocesso social e a proibição da inação estatal, sendo retiradas *a contrario sensu* da proibição de regressividade”. (BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 447, grifo do original).

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 157.

permitirem uma subjetivação, que auxiliem na efetivação dos direitos fundamentais.²⁶⁰ É o que se busca ao avaliar em que medida a dimensão objetiva do direito fundamental à educação repercute sobre a atividade do controle externo desempenhada pelos Tribunais de Contas, seja pela invocação dos aspectos anteriormente mencionados (v.g. eficácia dirigente, eficácia irradiante, garantias institucionais, deveres de proteção e dos parâmetros para organizações e procedimentos), seja pela releitura desses aspectos a partir do papel que os órgãos de controle externo ostentam em nosso ordenamento jurídico, tema este que será enfrentado a seguir.

2.3.1.1 A dimensão objetiva do direito fundamental à educação: uma necessária releitura do papel do controle externo sobre políticas públicas a partir da centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica

No que se refere especificamente ao direito à educação, para além da ideia de um direito público subjetivo, devidamente expressa no texto Constitucional, é preciso reconhecer a tomada de uma decisão fundamental pelo Constituinte de 1988 em prol da concretização desse direito. Tal decisão seguiu uma técnica analítica, no sentido de evidenciar como se pretende concretizá-lo. Almejou-se, dentre vários objetivos, a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País etc. (art. 214).

As diretrizes para a atuação estatal são claras e vão além dos titulares diretos desse direito. Afinal, a educação foi concebida como necessária ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho (art. 206, CR). Não se ignora que o desenvolvimento pessoal, a capacidade para exercer a cidadania e o preparo para o trabalho sejam qualidades almejadas pela pessoa individualmente considerada. Não obstante, de igual forma, há uma perspectiva objetiva em prol da concretização do direito à educação que vai além do indivíduo considerado isoladamente. É possível afirmar que a própria higidez do sistema democrático impõe a existência de um corpo social habilitado a exercer a cidadania. Por

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 157.

outra perspectiva, os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, CR) passam, também, pela qualificação do cidadão para o trabalho e para o exercício da cidadania.

Neste sentido, Ranieri defende que o regime constitucional de promoção e proteção do direito à educação se destaca tanto pela dimensão subjetiva do dever de proteção, densificado a partir da perspectiva dos titulares de posições jurídicas individuais ou coletivas perante o Estado e entre si, como pela dimensão objetiva, relativa às garantias institucionais, funcionais e organizativas, revelada a partir do ângulo das garantias e dos deveres.²⁶¹ Para a autora, a diferença entre essas dimensões – interesses próprios dos titulares *versus* estrutura que produz efeitos jurídicos – teria consequências práticas no grau de vinculação do poder público e nas relações entre seus diversos titulares, como no que se refere ao pacto federativo, a demandar uma cooperação efetiva e eficaz, e na dimensão democrática do direito à educação, que se inter-relacionam.²⁶²

Embora no julgado Lüth-Urteil o caso concreto versasse sobre a possibilidade de os direitos fundamentais repercutirem no direito civil, restou evidenciado, naquela oportunidade, que essa *eficácia irradiante* não se restringe à esfera privada. A Corte reconheceu que, embora fossem, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado, “às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional”.²⁶³ O TCF assentou que a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente daqueles que versam sobre a organização do Estado e constituição de seus órgãos, além da previsão da Reclamação Constitucional, destaca a prevalência da dignidade da pessoa humana em face do poder estatal.²⁶⁴ A isso, o TCF acrescentou:

[...] Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [13]; 5, 85 [134 *et seq.*, 197 *et seq.*]; 6, 32 [40s]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um

²⁶¹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 328.

²⁶² Ibid.

²⁶³ MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 2: liberdade de consciência e crença; liberdade de expressão e de comunicação social; e liberdades artística e científica. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018, p. 95.

²⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264-265.

ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. *Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos.* Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. [...] ²⁶⁵

Para além da obviedade de que o poder público se vincula aos direitos fundamentais, pretende-se com esta abordagem enfatizar que essa eficácia irradiante deve abarcar não apenas os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – em medidas diferentes, por certo –, mas alcança também outros atores – diria até protagonistas constitucionais –, como o ora estudado Tribunal de Contas, em especial pela destacada conformação jurídica a eles conferida pelo Constituinte brasileiro, sem paralelos no estrangeiro, como será visto no último Capítulo.

Destarte, a partir da dimensão objetiva do direito à educação, defende-se a irradiação das decisões fundamentais em matéria de educação sobre todas as instituições direta ou potencialmente responsáveis pela concretização das políticas públicas ²⁶⁶

²⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264-265, grifo nosso.

²⁶⁶ Não existe no âmbito da doutrina um consenso acerca da definição de políticas públicas. Bucci, que em diversos trabalhos se dedicou a esta temática, admite não existir um conceito jurídico de políticas públicas, mas uma metodologia jurídica que permitiria descrever, compreender e analisar políticas públicas. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49; BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013). Discordando da alegada impossibilidade de se construir um conceito jurídico de políticas públicas, Sampaio apresenta uma definição de política pública em sentido amplo e normativa. (SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional da Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 69-72). Diversos autores como Ronald Dworkin, Fábio Konder Comparato, Diogo Figueiredo de Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho e Vanice Regina Lírio do Valle também propõem uma definição de políticas públicas. (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 4, nº 16, out./dez. 2002, p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2012, p. 6-8; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56-58; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 110-111; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 35-36). Para Moreira Neto, o conceito administrativo operacional de políticas públicas corresponde ao “complexo de processos destinados a realizar, de modo coerente e coordenado, as decisões políticas setoriais de Estado e de Governo” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 209). Neste trabalho, adota-se

necessárias à sua concretização, inclusive os órgãos responsáveis pelo controle e fiscalização do poder público, abrangendo essas atividades nas concepções referentes à eficácia dirigente, eficácia irradiante, garantias institucionais, deveres de proteção, além de parâmetro para a estruturação de organizações e procedimentos.²⁶⁷ A interpretação das atribuições de tais órgãos deve ser pautada pelo sentido da efetividade do direito fundamental à educação, sem que isso signifique, por certo, uma ponderação em abstrato no sentido de permitir o exercício de uma atividade fiscalizatória sem limites, sem levar em conta outros direitos fundamentais envolvidos e os limites das competências atribuídas pela Constituição a tais órgãos.

Sem embargo da análise específica que será realizada oportunamente, é possível reconhecer, de plano, a conexão existente entre a concretização de direitos fundamentais e os Tribunais de Contas. Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, dependem, para tornarem-se realidade, da materialização de políticas públicas pelos poderes constitucionalmente legitimados para tal atividade. A rigor, “é através das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, assim, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais”.²⁶⁸ Como destaca Pansieri, as políticas públicas podem assumir variadas formatações jurídicas, mas sempre deverão estar de acordo com os direitos fundamentais, e o administrador e todos os demais atos da administração vinculam-se aos direitos fundamentais.²⁶⁹ Desta forma, a atividade de controle, ao ter como objeto a atuação da administração pública, repercute e influencia nas decisões dos atores públicos responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, acerta Sampaio ao afirmar:

O *controle governamental*, ao apresentar-se como um elemento fundamental, deve ser tido em conta na investigação acerca do comportamento desses actores [públicos] e, em termos mais amplos, da *forma como se elaboram e implementam as políticas públicas*. As estruturas e regras procedimentais da Administração Pública impedem que os actores individuais actuem com total autonomia. O *princípio do*

a definição de políticas públicas, desenvolvida em estudo anterior, “como uma atuação estatal *organizada* e em *ampla escala*, sem forma jurídica preestabelecida, direcionada a determinado *fim* estabelecido pelo poder público. O que confere unidade ao conjunto é a atuação organizada e a finalidade que se pretende alcançar e que nem sempre estará expressamente demonstrada em instrumentos jurídicos”. (RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 143-144, grifo do original).

²⁶⁷ Relacionando o controle de políticas públicas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 141-149.

²⁶⁸ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 237.

²⁶⁹ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161-162.

Estado de Direito Democrático exige que os actores públicos se subordinem âmbitos de direcção onde se integram e pelos quais são politicamente responsáveis. Este aspecto pode, sem dúvida, *influenciar o actor relativamente à implementação de uma determinada política pública*. [...] ²⁷⁰

A rigor, os direitos sociais impõem-se aos poderes políticos e devem funcionar como parâmetros constitucionais de validade das políticas públicas, “[...] e que podem, caso sejam violados, servir para travar uma determinada política ou para conformar constitucionalmente o desenho inicial da política pública”.²⁷¹ Nessa medida, os Tribunais de Contas, ao exercerem a fiscalização das políticas públicas, devem adotar, também, como parâmetro de controle a proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, por força da atribuição de responsável maior pela fiscalização (controle) de políticas públicas, constitucionalmente delineada, os Tribunais de Contas são mais talhados à avaliação dessas atividades em toda a sua integridade.²⁷² Se para o Ministério Público e para o Poder Judiciário, o controle da administração pública e, especificamente, das políticas públicas, é uma dentre inúmeras atribuições constitucionais, para os Tribunais de Contas a atividade de controle é sua razão de ser.

Neste contexto, a *eficácia dirigente* também guarda relação com a análise ora desenvolvida, a respeito dos efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em relação aos órgãos de controle, especialmente os Tribunais de Contas.

Nos termos propostos por Sarlet, essa característica corresponde a uma “ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”, ou ainda a uma “ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais”, sem prejuízo da “existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais de cunho impositivo”.²⁷³

A partir dessa perspectiva, compreende-se que tais mandamentos alcançam o Estado integralmente: os órgãos responsáveis pela delimitação desses direitos (o

²⁷⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional da Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 91, grifo do original.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 236.

²⁷² Neste sentido, Valle diferencia a tutela individual do direito fundamental da tutela relativa ao controle de políticas públicas. Para a autora, essa exige, repudia ou reprograma um quadro normativo de ação, enquanto aquela tem compromisso apenas com aquele que invocou a tutela jurisdicional, que é desenhada a partir das peculiaridades do caso concreto e se pauta pela lógica do débito-crédito (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 141-149).

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 151-152.

legislador, num primeiro momento), os órgãos responsáveis diretos pela materialização de tais direitos, dentro do espaço concedido pela Constituição e pelo legislador ordinário (via de regra, o Estado administrador), como também os órgãos responsáveis pelo controle dessas atividades de implementação, que se dá, via de regra, por meio de políticas públicas.

A atividade estatal de concretização de direitos fundamentais, ao ser objeto de controle, será avaliada, inarredavelmente, a partir do paradigma da Constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais nela assegurados. O controle externo não está imune, portanto, à *eficácia dirigente* dos direitos fundamentais e a ela se submete, não por serem os Tribunais de Contas órgãos responsáveis pela delimitação ou concretização direta desses direitos, mas pela abrangência de suas atribuições constitucionais de fiscalização de toda a atuação administrativa estatal, inclusive as atividades relacionadas à prossecução de políticas públicas de direitos fundamentais. A atuação dos órgãos de controle é potencialmente conformadora de uma atuação estatal mais consentânea com a concretização dos direitos fundamentais. A sua razão de ser, ao desempenhar o controle externo da administração pública, tem por finalidade última contribuir para que os objetivos fundamentais da República sejam alcançados (art. 3º, CR).

A atividade de controle não é um fim em si mesma, mas está subordinada aos fundamentos da República, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CR). Daí que além de paradigma de controle, os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, devem produzir efeitos sobre a forma de atuação dos órgãos de controle, a exigir, em casos de maior relevância, quando em jogo uma grave lesão a direitos fundamentais, uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, cujos contornos e limites serão observados adiante.

Com fundamento na concepção de *garantia institucional* voltada à garantia, realização e promoção da dignidade humana, avalia-se a possibilidade de se defender a inclusão dos órgãos de controle, em especial dos Tribunais de Contas, cuja configuração adotada pelo Constituinte em 1988 – e que será examinada com mais vagar adiante – o insere no contexto de uma fiscalização ampla e proativa das políticas públicas adotadas pela administração, a exemplo da fiscalização operacional e da previsão de um controle de legitimidade e de economicidade, além do tradicional controle de legalidade (art. 70, *caput*, CR).

Conforme mencionado anteriormente, é por meio das políticas públicas que os direitos fundamentais são efetivamente concretizados. Sendo assim, esse “conjunto-

jurídico-normativo” pertinente ao controle externo, embora não seja destinado a realizar um direito fundamental específico, tem papel importante no controle e na avaliação da atuação estatal – e de eventuais omissões – quanto à concretização de diversos direitos fundamentais, em especial daqueles que exigem uma atuação estatal, como ocorre com o direito à educação, na função de direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CR).

Vislumbra-se, portanto, no modelo jurídico constitucional de Tribunal de Contas adotado no Brasil, compreendido a partir da premissa de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º, inc. III, CR) e de que há objetivos fundamentais que sinalizam as metas gerais a serem alcançadas pelo Estado (art. 3º, CR), uma *garantia institucional* não específica, atrelada ao controle da atuação da administração pública em prol da concretização dos direitos fundamentais em geral. Aos órgãos de controle externo, o exercício da fiscalização sobre a atividade administrativa compreende a análise da legalidade, da economicidade e da legitimidade da atividade estatal (art. 70, *caput*, CR), inclusive no tocante ao respeito e à concretização dos direitos fundamentais.

Como consequência dessa perspectiva de *garantia institucional inespecífica*, a formatação jurídica dos Tribunais de Contas – inclusive a interpretação sobre o alcance de suas atribuições – não pode ser alterada com o objetivo de reduzir a sua capacidade de fiscalização e controle sobre as atividades estatais concretizadoras de direitos fundamentais. Eventuais modificações em sua estrutura e atribuições devem alcançar um resultado equivalente em termos de possibilidade de controle efetivo assegurador da observância dos direitos fundamentais por parte dos responsáveis pela efetivação de políticas públicas. A supressão ou o enfraquecimento significativo do controle externo da atividade pública repercutiriam negativamente na capacidade de avaliar e conduzir a atuação estatal pertinente à prossecução de políticas públicas em direitos fundamentais. Nesses casos, a compreensão da atividade de controle como uma *garantia institucional inespecífica*, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em geral, tem o potencial de impedir ou, ao menos, reduzir os efeitos de eventuais medidas restritivas desarrazoadas.

Prosseguindo na análise dos diversos aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cumpre avaliar se na concepção do *dever estatal de proteção* as atividades de controle da administração pública, quando relacionadas à concretização de direitos fundamentais, estariam abrangidas. A possibilidade de se deduzir a partir de tais deveres de proteção posições jurídicas subjetivas, para reconhecer um direito individual subjetivo

a medidas ativas de proteção, é tema controvertido e não será aprofundado aqui.²⁷⁴ Por ora, pretende-se avaliar a possibilidade de se atribuir *deveres de proteção* em face de lesões causadas pelo próprio Estado.

Se tais deveres de proteção devem vincular a atuação do poder público em face de lesões atribuídas a particulares, resultando num “imperativo de tutela”, com maior razão deverá o Estado atuar quando tais violações são detectadas pelo poder público, na qualidade de controlador da administração pública, em relação ao próprio poder público, agora na condição de responsável pela implementação do direito fundamental em causa. Nessa perspectiva, os órgãos de controle externo assumem, também, um *dever de proteção* dos direitos fundamentais que os impelem – enquanto órgãos fiscalizadores da atividade estatal – a atuar em face do responsável direto pela materialização dos direitos fundamentais (poder público como administrador), por meio da implementação de políticas públicas.²⁷⁵

Sampaio destaca que os *deveres de proteção*, em especial os relacionados aos direitos sociais, são concretizados, primordialmente, por meio da prossecução de políticas públicas, cuja relevância cumpre destacar porque, “quando se trata de uma proteção pensada e global de um direito fundamental, e não já a proteção casual do caso concreto [...] se afiguram como o instrumento primeiro de proteção dos bens jusfundamentais”.²⁷⁶

Atuando o Tribunal de Contas como órgão controlador das atividades administrativas relacionadas à implementação de políticas públicas em direitos fundamentais e observando a ocorrência de violações a tais direitos, especialmente nos casos em que há *parâmetros objetivos* de avaliação, como ocorre com o direito à educação,²⁷⁷ é possível defender a obrigatoriedade da fiscalização dessas Cortes, fazendo

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 156.

²⁷⁵ Novais destaca que, embora todos tenham direito ao bem-estar e aos bens sociais protegidos, os deveres estatais de proteção e de promoção são diferenciados conforme a avaliação política legítima que os titulares do poder político exercem em relação aos recursos e disponibilidades estatais e as condições diferentes dos particulares. Para o autor, como decorrência do princípio da igual dignidade de todos em Estado social de Direito, deve existir uma “diferenciação para a equidade”, a repercutir sobre os deveres estatais correlativos dos direitos sociais (deveres de respeitar, de proteger e de promover), especialmente sobre o dever estatal de promoção, cuja concretização deve ocorrer de forma diferenciada, conforme a diferente necessidade de ajuda estatal que cada indivíduo apresente. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 201-202).

²⁷⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 253-254.

²⁷⁷ No plano constitucional, o acesso à educação básica obrigatória e gratuita é assegurado, inclusive como direito público subjetivo, existindo diversas decisões judiciais no âmbito do STJ e do STF no sentido de tutelar esse direito, conforme destacado na seção 1.3. No plano infraconstitucional, as metas do Plano

uso dos instrumentos constitucionalmente colocados a seu dispor, no sentido de proteger ou resguardar os direitos fundamentais.

Tal como o “imperativo de tutela”, tradicionalmente atrelado à função de *dever de proteção* e que exige do Estado uma atuação (tutela) em face do particular que viola direitos fundamentais de outro particular, cumpre aos Tribunais de Contas “tutelar” – compreendida aqui a “tutela” como proteção, dentro dos limites e possibilidades de atuação dessas Cortes, estatuídos na Constituição, e não no sentido de “tutela jurisdicional” – os direitos fundamentais e censurar eventuais ações e omissões estatais violadoras desses direitos, independentemente de, no caso concreto, já estar caracterizada a violação a um direito individual. Aqui o *dever de proteção* surge numa dimensão nitidamente objetiva, pois independe da verificação de qualquer lesão individual e concreta a um direito fundamental.

A implementação de políticas públicas violadoras de direitos fundamentais ou a ausência de políticas públicas necessárias à concretização desses direitos, especialmente quando se trata das parcelas integrantes do mínimo existencial, não estão imunes ao controle externo; ao contrário, devem ser objeto de fiscalização e controle (= *dever de proteção*). A inércia não é, portanto, uma opção.

A ideia de um dever a vincular os poderes estatais em relação à materialização do direito, abrangendo a sua promoção e proteção contra ameaças, deve abarcar, portanto, o controle da atividade administrativa – ou de sua omissão –, naquilo que puder repercutir para a efetividade de qualquer direito fundamental. Isso porque há uma íntima relação entre a adequação de políticas públicas, inclusive quanto à sua eficiência, e um controle tempestivo e eficaz. O raciocínio contrário, no sentido de relegar a atividade de controle a um contexto de irrelevância dentro da teoria dos direitos fundamentais, em especial no que se refere à dimensão objetiva do *dever estatal de proteção*, seria um paradoxo, pois tenderia a reduzir o nível de proteção dos direitos fundamentais que dependem de políticas públicas para se materializarem. Corrobora o raciocínio ora defendido a percepção de Novais, para quem, desde a consagração ou recepção constitucional do direito fundamental, as suas dimensões subjetiva e objetiva constituem “direito objectivamente vinculante de todas as entidades públicas”.²⁷⁸

Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005, de 2014) conferem metas objetivas, inclusive temporais, a serem alcançadas, passíveis de controle pelos órgãos responsáveis.

²⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 56-57.

A compreensão de que a atividade de controle tem o potencial de aperfeiçoar a atuação do poder público, ao fomentar resultados concretos com maior rapidez e eficiência, induz à conclusão de que o Estado-fiscalizador-controlador deve direcionar os seus instrumentos no sentido da efetiva realização de tais direitos, alcançando a avaliação das escolhas, dos resultados alcançados, das omissões e, em especial, do respeito ao mínimo existencial pelo administrador público, tema a ser aprofundado adiante.

Seguindo o raciocínio já apresentado quando da análise das dimensões anteriores, na perspectiva da *dimensão organizacional e procedimental* deve-se, além da regulação da organização ou do procedimento necessários ao exercício do direito fundamental em jogo, analisar essa faceta da perspectiva objetiva em relação ao papel desenvolvido pelos órgãos de controle externo da administração pública.

A repercussão da atuação dos Tribunais de Contas sobre a concretização dos direitos fundamentais a partir da fiscalização e controle que exercem sobre as políticas públicas autoriza concluir que a organização dessas Cortes e seus procedimentos devem ser interpretados e conformados a partir da perspectiva desse relevante papel que desempenham. Os efeitos dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais devem alcançar, portanto, não apenas o exercício da atividade de fiscalização ou controle em si, mas, antes disso, a configuração organizacional dessas Cortes de Contas e dos procedimentos que delimitam o exercício concreto de suas atividades.

Essa perspectiva tem importante repercussão na tese aqui desenvolvida, na medida em que, adiante, será enfrentada a questão da atuação *forte* dos Tribunais de Contas, a partir de uma releitura constitucional do alcance de suas atribuições, condicionada pela premissa de que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais consagrados pela Constituição ocupam espaço central em nosso ordenamento jurídico, alcançando a atuação de todos os órgãos potencialmente responsáveis ou corresponsáveis, em alguma medida, por tornar esses direitos uma realidade concreta.

Outra abordagem interessante relativa aos deveres atrelados a direitos fundamentais corresponde à defesa, por Barcellos, de um *dever jurídico-constitucional de monitoramento* de políticas públicas.²⁷⁹ A autora enxerga no monitoramento um

²⁷⁹ O dever constitucional de monitoramento seria, em linhas gerais, a verificação dos resultados reais de uma política pública implementada, tanto em caráter geral, quanto de forma desagregada, analisando os dados por regiões e grupos humanos. Abrangeria sete etapas: (i) reunião de informações relacionadas ao problema a ser enfrentado e seu dimensionamento; (ii) definição das metas a serem alcançadas, observadas e avaliadas; (iii) análise dos *inputs* (“os recursos financeiros, humanos ou de qualquer outra

“mecanismo essencial” para a realização dos direitos fundamentais, de modo que a existência de “sistemas de monitoramento” constituiria, a seu ver, um *dever geral* de extração constitucional.²⁸⁰

O dever de monitoramento estaria fundamentado em quatro razões, que seriam: (i) o compromisso constitucional dos direitos fundamentais com a realidade, não bastando, portanto, a existência de normas ou de decisões judiciais sobre políticas públicas de direitos fundamentais; (ii) a constatação de que, além de benefícios, as políticas públicas têm um viés de restrição de liberdades e de direitos, ao utilizar recursos que poderiam ser destinados pela sociedade e pelo Estado para outras finalidades, o que se justifica justamente pela promoção dos direitos fundamentais com toda seriedade possível; (iii) o viés contramajoritário e de controle do exercício do poder político, nem sempre interessado em realizar e difundir os resultados do monitoramento de políticas públicas, quando desfavoráveis aos seus interesses; e (iv) a indispensabilidade do monitoramento dos resultados de políticas públicas para o debate público, numa república democrática.²⁸¹

Neste contexto, os Tribunais de Contas, por força direta da Constituição, em razão de suas atribuições constitucionais, adiante analisadas, integram o referido “sistema de monitoramento” defendido por Barcellos, ocupando papel central. Como destinatários diretos desse dever constitucional, são influenciados e condicionados em toda a sua atuação. A centralidade da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico e, por conseguinte, dos direitos fundamentais dela decorrentes, impõe a tais Cortes uma atuação voltada primordialmente à concretização desses direitos, via de regra por meio do controle e fiscalização das políticas públicas de direitos fundamentais, aí abrangido o referido dever de monitoramento.

Por decorrência lógica, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não possuem a mesma relação com a dignidade da pessoa humana, havendo aqueles que dela mais se aproximam,²⁸² pode-se afirmar que essa repercussão sobre a atuação dos

natureza investidos na política pública”); (iv) análise dos *outputs* (“o que efetivamente foi feito por conta da política: os serviços prestados, as atividades desenvolvidas, os bens fornecidos”); (v) análise dos *outcomes* (“impacto real da política pública sobre os direitos fundamentais”); (vi) avaliação dos dados produzidos sobre a realidade; e (vii) revisão da política pública, integral ou parcialmente, se for o caso. (BARCELLOS, Ana Paula. Políticas Públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n° 2, p. 252-265, ago. 2018, p. 255-261).

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 256-261.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 100-118.

Tribunais de Contas deverá oscilar conforme o direito fundamental em questão, dada a sua densidade normativa e sua maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana.²⁸³ Ademais, no que se refere às parcelas integrantes do mínimo existencial, por sua maior proximidade com o referido princípio, tais deveres, que repercutem sobre toda a atuação desses Tribunais, deverão incidir com maior força, justificando, conforme se verá mais adiante, uma atuação *forte*.

Deve-se compreender que as normas de direitos fundamentais alcançam os órgãos de controle externo, essenciais para a fiscalização e o controle da atuação administrativa, condicionando a atuação dos Tribunais de Contas aos ditames do direito fundamental à educação, até mesmo para pautar as relações de prioridade que devem nortear o foco de suas atividades. Afinal, se a discricionariedade dos poderes públicos é limitada pelas previsões constitucionais em matéria de educação e, além disso, “parece consistente concluir que também a liberdade de eleição de prioridades no âmbito do Ministério Público deve sofrer o impacto das mesmas normas constitucionais”,²⁸⁴ não há justificativa para conferir aos Tribunais de Contas um tratamento diferenciado.

Não se afigura razoável, portanto, num contexto de baixa efetividade de normas constitucionais pertinentes a direitos fundamentais, especialmente daqueles integrantes do mínimo existencial, não haver alguma repercussão sobre as atividades desenvolvidas por um órgão capaz de influenciar positivamente na concretização de tais direitos, ao exercer o controle da atividade administrativa, mormente quando o Constituinte lhe conferiu amplos poderes de atuação, em especial para proceder a auditorias e inspeções de caráter operacional (art. 70, *caput*, e 71, IV, CR), propícias à avaliação de políticas públicas, e ampliou o leque do controle para além da legalidade, a abarcar juízos de economicidade e de legitimidade (art. 70, *caput*, CR).

Com razão Andrade, ao alertar que o “fascínio dos direitos fundamentais” conduz, certas vezes, a um “jusfundamentalismo” no qual o rigor da abordagem científico-prática cede à “emocionalidade jurídica”.²⁸⁵ Não é o que se pretende aqui. Ao contrário, entende-se que a perspectiva do controle no contexto da teoria dos direitos fundamentais pode afastar a “tentação de ressubjectivar os efeitos de garantia dos direitos

²⁸³ Sobre o sentido de “densidade normativa” adotado, cf. nota de rodapé nº 113.

²⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 632-633.

²⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 146.

fundamentais”, que tende a conferir um direito subjetivo a cada dever público que possa afetar interesses dos cidadãos.²⁸⁶

Cabe aqui o alerta de Sarlet, de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não representa simplesmente o “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva, mas que “às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva”.²⁸⁷ A atividade de controle permite aperfeiçoar a gestão pública no sentido da materialização dos direitos fundamentais, sem conferir a cada cidadão um direito subjetivo hábil a ser exercido judicialmente – que é uma medida importante, mas cujo uso indiscriminado pode trazer sérias consequências para a concretização de outros direitos fundamentais ou dos mesmos direitos em relação a outros titulares.²⁸⁸ Adotando as palavras de Sarlet, é possível afirmar que a perspectiva

²⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 146.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 150.

²⁸⁸ Diversos estudos apontam os problemas relacionados ao excesso de judicialização em busca da concretização de direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. “Conclui-se, assim, que os recursos financeiros necessários (99,5 bilhões de reais) para implementar essa política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo como conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais). Ou seja, para fornecer apenas quatro medicamentos para tratar duas doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais que o que é atualmente gasto com todo o atendimento feito pelo SUS com internação, diagnóstico, tratamento, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras. Esse simples exemplo, que pode parecer extremo, é bastante ilustrativo do problema da escassez de recursos”. (FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n° 1, p. 223-251, 2009, p. 238). “Em 2006, foram gastos 65 milhões de reais pelo estado de São Paulo com o cumprimento das decisões judiciais para atender a cerca de 3.600 pessoas. O gasto total em medicamentos foi de 1,2 bilhão de reais. No período estudado foram analisadas 2.927 ações, que foram ajuizadas por 565 agentes, dos quais 549 eram advogados particulares (97,2% do total de agentes). Os medicamentos solicitados nas demandas judiciais analisadas foram prescritos por 878 médicos diferentes. Ao analisar o número de ações ajuizadas por advogado, observa-se que 35% das ações foram apresentadas por 1% dos advogados [...]. Os dados das ações com os medicamentos classificados pelo seu fabricante mostram que poucos advogados são responsáveis pela maioria das demandas judiciais desses medicamentos. A observação de que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado pode sugerir uma relação estreita entre o advogado e o fabricante do medicamento”. (CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, v. 44, n° 3, p. 421-429, 2010, p. 421). Embora reconheça a existência de uma preferência pela tutela coletiva na doutrina, que teria a virtude de minimizar os problemas decorrentes da excessiva judicialização individual de direitos sociais, como possíveis violações à isonomia, Sarlet destaca a importância de se preservar a tutela individual, apropriada para a efetiva tutela da dignidade humana concreta do cidadão em diversos casos, e que não poderia ser simplesmente eliminada, porque configuraria uma violação de direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 368-369). Retomaremos ao tema na seção 3.5.

objetiva se agrega às funções tradicionais dos direitos fundamentais como uma espécie de “mais-valia jurídica”, a reforçar a juridicidade de tais normas.²⁸⁹

Não obstante, quando se tratar de casos especiais, em que se admite subjetivar determinada dimensão objetiva de um direito fundamental, defende-se uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, conceito aprofundado adiante. Andrade reconhece a possibilidade de um *dever de proteção* ou de uma *garantia institucional* subjetivarem-se quando a atuação estatal for indispensável à realização ou à salvaguarda de um direito fundamental em seu núcleo essencial, consubstanciando-se num direito subjetivo à proteção estatal, ou no caso de haver uma única forma ou procedimento adequado ao exercício ou garantia do direito.²⁹⁰ Igualmente, quando se refere a uma *garantia institucional*, caso estejam em jogo interesses individualizáveis, referentes ao núcleo essencial da instituição ou de prestações necessárias, proteções indispensáveis ou procedimentos únicos.²⁹¹ Nestes casos, em que subjazem as ideias de necessidade ou de um padrão mínimo necessário à determinação de um direito fundamental, seria admissível, a nosso ver, uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas.

Em termos práticos, ao se avaliar os limites da atuação dos Tribunais de Contas, deve-se ter em conta o papel primordial que podem exercer para a concretização de direitos fundamentais, em especial, no caso, o direito à educação, sem que isso permita, no exercício da atividade de controle, violar outros direitos e garantias fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, ou, ainda, o princípio da separação de poderes. Apenas se pretende que a atuação dos órgãos de controle não seja vista como algo dissociado do contexto das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte de 1988, pois a dimensão objetiva de tais direitos impõe a todos os atores estatais uma conduta condizente com essas diretrizes fundamentais.

É possível afirmar, portanto, a partir da teoria dos direitos fundamentais e à luz da Constituição brasileira, que os Tribunais de Contas não são imunes ou indiferentes às normas de direitos fundamentais. A consagração da dignidade humana como fundamento da República (art. 1º da CR) e a necessidade de se conceber toda a estrutura estatal a partir da imperiosa materialização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inc. I a IV, CR) impõem a (re)leitura das atribuições de todos os atores integrantes do Estado,

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 150.

²⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 147.

²⁹¹ *Ibid.*

notadamente daqueles de envergadura constitucional, como são os Tribunais de Contas, a partir de uma concepção concretizadora dos direitos fundamentais.²⁹²

A concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de suas respectivas facetas fornece os subsídios teóricos necessários para a uma interpretação constitucionalmente adequada do papel que os Tribunais de Contas devem desempenhar no exercício de suas atribuições de controle externo da administração pública. As consequências práticas dessa perspectiva serão apresentadas adiante, quando as atribuições dos Tribunais de Contas no Brasil serão examinadas detidamente. Antes analisaremos o direito fundamental à educação na perspectiva subjetiva, para delimitar o conteúdo do direito público subjetivo previsto no art. 208, § 1º, da CR, e a sua relação com o mínimo existencial. Essa análise é relevante para o trabalho ora desenvolvido, na medida em que, embora já constatada a repercussão da dimensão objetiva do direito fundamental à educação sobre os Tribunais de Contas, tais efeitos, em princípio, terão maior força quando em jogo o mínimo existencial em educação.

2.3.2 A dimensão subjetiva do direito à educação: a delimitação do direito público subjetivo originário à educação e sua relação com o mínimo existencial

Novais destaca que cada uma das posições jurídicas concernentes a direitos fundamentais²⁹³ pode ser considerada tanto a partir de uma “perspectiva *objectivizada* da sua titularidade abstracta pelo conjunto dos cidadãos titulares de direitos fundamentais como de um ponto de vista *subjectivizado* da situação jurídica”.²⁹⁴ Esta última concepção corresponde à figura do titular do direito fundamental numa situação concreta e individual.²⁹⁵

²⁹² Conforme assinala Pansieri, “[...] nenhum órgão poderá praticar atos que não estejam de acordo com a Constituição, pois estão submetidos à *reserva de direitos, liberdades e garantias*, ou seja, nenhuma das *entidades públicas*, na prática de ‘atos normativos típicos (leis, regulamentos), medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fáticas’ estarão *livres* dos Direitos Fundamentais”. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143, grifo do original).

²⁹³ Assim como os deveres do Estado e entidades públicas, decorrentes das normas direitos fundamentais, podem corresponder a deveres de fazer, não fazer ou suportar, para os particulares as posições jurídicas relativas ao bem jurídico protegido poderão assumir várias naturezas, constituindo faculdades de fazer ou não fazer, pretensões a prestações, e poderes ou competências de conformar uma determinada situação jurídica. (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 54).

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 55-56, grifo do autor.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 56.

A análise da perspectiva subjetiva é relevante para a compreensão da questão – que será enfrentada mais adiante – do direito à educação como um direito público subjetivo e a sua repercussão para a ideia do mínimo existencial em educação, em razão de ser relativamente comum associar o mínimo existencial em educação às prestações asseguradas em nossa Constituição como obrigatórias e gratuitas e, portanto, direitos subjetivos originários e definitivos, nos termos do seu art. 208, inc. I, e § 1º.²⁹⁶

Nem sempre um direito público subjetivo corresponderá a um direito fundamental, assim como nem sempre os direitos fundamentais serão positivados apenas na forma de direitos públicos subjetivos. No que se refere ao direito à educação, a sua normatização expressa como direito ocorreu apenas a partir de 1934 e a positivação de parcela desse direito como direito público subjetivo somente no texto de 1988.²⁹⁷

Na Constituição brasileira atual, o direito à educação abarca diversas posições jurídicas fundamentais. Como típica garantia institucional fundamental tem-se a previsão da autonomia universitária, a partir de norma plenamente eficaz e diretamente aplicável.²⁹⁸ Na condição de direito de defesa, assume a feição de direito subjetivo resultante de normas diretamente aplicáveis e de eficácia plena, a exemplo da garantia de igualdade de condições de acesso e permanência na escola, da liberdade de aprender, ensinar e pesquisar e da gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais (art. 206, inc. I, II e IV, CR).²⁹⁹ Como direito fundamental originário a prestações de natureza concreta, podemos extraí-lo do art. 208, inc. I, e §§ 1º e 2º da Constituição.³⁰⁰

²⁹⁶ Neste sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352, 450; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415; SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 65; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 338. Sobre a temática, conferir, ainda, a seção 3.3.

²⁹⁷ Conforme visto anteriormente (seção 1.1), a Constituição imperial de 1824 previa a garantia de acesso ao ensino primário e gratuito, como forma de garantia da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, não como um direito social. A Constituição de 1891, de cunho marcadamente liberal, tampouco previu tal direito. Apenas em 1934 a educação passou a ser positivada expressamente como um direito (art. 149, *caput*), não sendo unânime, contudo, a sua caracterização como um direito público subjetivo, a partir do referido enunciado.

²⁹⁸ SARLET, op. cit., p. 348-349.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 349.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 351-352. Neste sentido, ainda, Cristina Queiroz cita a dogmática jurídica alemã, que confere autonomia aos “direitos originários a prestações”, cujas pretensões se fundam diretamente na constituição, dos “direitos derivados a prestações”, que dependem, quanto ao seu conteúdo e dimensão, de ações estatais ou procedimentos participativos. (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*:

É nesta última função que recai o objeto de estudo no presente trabalho. Perquire-se até onde poderá avançar o controle externo sobre as políticas públicas necessárias à concretização do direito fundamental originário à educação, na função de um autêntico direito subjetivo definitivo do cidadão. Será avaliada, ainda, a possível integração desse direito ao denominado mínimo existencial.

Aqui será analisado o conteúdo do direito público subjetivo à educação, previsto na Constituição brasileira. Num primeiro momento, a temática será situada a partir da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais para, em seguida, enfrentar-se a questão específica do conteúdo do direito público subjetivo à educação após a EC nº 59/2009.

2.3.2.1 Os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos: análise do direito à educação no Brasil

Para Andrade, o direito subjetivo corresponde à ideia de “[...] um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular”.³⁰¹

Seria comumente definido, para Sifuentes, “[...] como o poder de exigir, que o titular do direito exerce em direção àquele com o qual entra em relação jurídica [...]”, e que se torna público a partir do instante em que no outro polo da relação jurídica passa a figurar o Estado, dele exigindo prestações positivas ou negativas.³⁰² Seriam, assim, “[...] direitos atribuídos ao indivíduo em face do Estado, por normas de direito público”.³⁰³ O sujeito ativo seria o administrado, que teria interesse pessoal em exigir a obrigação do poder público, cuja obrigação fundamenta-se em norma de direito público.³⁰⁴ Citando Ruy Cirne Lima, Sifuentes conclui que o direito subjetivo público nasce com a transferência ou o exercício de uma parcela do poder estatal.³⁰⁵ Assim, não se confundem ou se equiparam necessariamente aos direitos fundamentais, existindo direitos públicos

questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183).

³⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 112, grifo do original.

³⁰² SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 69.

³⁰³ *Ibid.*, p. 71.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 72.

subjetivos referentes a outras relações jurídicas, como a situações funcionais de servidores, dos contribuintes etc., sem nenhum traço de jusfundamentalidade.³⁰⁶

Andrade destaca que as características gerais do conceito de direito subjetivo podem ser encontradas nas posições subjetivas em matéria de direitos fundamentais. Todavia, estes – direitos fundamentais subjetivos – não são idênticos aos direitos subjetivos privados, possuindo notas próprias, seja pela qualidade de seus sujeitos passivos típicos, seja pelos diversos conteúdos possíveis, além da diversidade e complexidade de sua estrutura, funções e sujeição aos diversos regimes constitucionais. Para o autor, o conceito de direito subjetivo fundamental corresponde a posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais, sendo estas as notas essenciais que o caracterizam.³⁰⁷

Sarlet adota uma noção ampla de direitos fundamentais como direitos subjetivos, correspondente à possibilidade de o titular de um direito fundamental impor judicialmente seus interesses perante o destinatário, manifestando-se, portanto, numa relação jurídica trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.³⁰⁸ Quanto ao objeto desse direito subjetivo, aponta que se deve levar em conta uma série de fatores, como o caráter não uniforme do espaço de liberdade individual assegurado; as distinções entre o grau de exigibilidade dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais a prestações; e a complexidade das posições jurídicas resultantes dos direitos fundamentais.³⁰⁹ Destarte, assinala Sarlet, os direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos, não se restringem aos clássicos direitos de liberdade, embora em relação a estes sua exigibilidade sobressaia.³¹⁰

Quanto às funções que um direito fundamental, em sua perspectiva subjetiva, poderá contemplar, Sarlet, a partir da lição de Alexy, destaca a possibilidade de eles corresponderem a direitos a qualquer coisa, abrangendo ações positivas e negativas em face do Estado e/ou particulares (direitos de defesa e direitos a prestações); liberdades; e poderes (competências e autorizações), facetas estas que repercutem diretamente na

³⁰⁶ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 73-74.

³⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 113.

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 157-159.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

questão da eficácia e efetividade de tais direitos.³¹¹ Destarte, quando se aduz a existência de um direito fundamental subjetivo refere-se à possibilidade de o seu titular exigir judicialmente poderes, liberdades ou ações negativas ou positivas, outorgados por uma norma de direito fundamental.³¹²

Pereira da Silva reconhece nos direitos fundamentais uma identidade de natureza jurídica duplamente fundamentada. Haveria uma unidade axiológica, por decorrerem todos eles da dignidade da pessoa humana, e uma unidade estrutural, por apresentarem uma configuração uniforme que se desdobra numa *esfera negativa* – a obrigar entidades públicas e privadas a se absterem de agressões, conferindo, portanto, um direito de defesa –, além de uma *esfera positiva*, que obriga entidades públicas e privadas a intervirem na realização desses direitos, seja mediante atuações concretas e determinadas (e, por isso, configuradas como direitos subjetivos), seja por medidas vagas e indeterminadas, quando se confere ao legislador e aos demais poderes uma margem de manobra mais ampla para a concretização do direito fundamental (e, por isso, não podem ser consideradas como direitos subjetivos).³¹³

Para o autor, embora haja uma tendência generalizada na doutrina em considerar que “[...] os direitos fundamentais são direitos subjectivos, na medida de sua dimensão negativa, e são estruturas objetivas da coletividade, na medida de sua dimensão positiva [...]”, a esfera negativa não esgotaria o âmbito da proteção jurídica subjetiva, que também alcança a esfera positiva.³¹⁴ Cita, como exemplos, os casos de normas constitucionais que estabelecem deveres ao poder público quanto à adoção de condutas certas e os deveres genéricos de adoção de uma conduta necessária, pelo poder público, para assegurar a concretização mínima de um direito fundamental.³¹⁵

Em suma, Vasco observa que os direitos fundamentais podem ser considerados direitos subjetivos quando correspondem ao (1) “direito de não agressão, ou liberdade contra agressões públicas”; (2) direito a uma atuação do poder público, cujo conteúdo corresponde a deveres de atuação concretos e determinados, por força de normas constitucionais; (3) direito a um “mínimo” de atuação estatal, nos casos em que as normas

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 157-159.

³¹² *Ibid.*, p. 160.

³¹³ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 67-68.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 68.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 68.

constitucionais estabelecem deveres genéricos, tarefas ou princípios de atuação; e (4) direito a uma proteção estatal contra agressões oriundas de entidades privadas.³¹⁶

A partir da lição de Pereira da Silva, pode-se identificar claramente em nossa Constituição a característica de direito subjetivo, no que se refere ao direito à educação, em várias disposições, como, por exemplo, no direito de acesso e permanência na escola em condições de igualdade (art. 206, I, CR) e na liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CR), correspondentes a direitos de não agressão ou liberdade contra agressões públicas. Vê-se, ainda, no ponto que mais interessa ao presente trabalho, o direito subjetivo à educação básica e gratuita, nos termos do seu art. 208, inc. I e § 1º, por se tratar de uma norma que atribui ao poder público uma conduta certa e determinada, correspondente ao acesso à educação nos referidos níveis de ensino, implicando responsabilidade da autoridade competente o não oferecimento do ensino obrigatório ou a sua oferta irregular (art. 208, § 2º, CR).

Novais adota uma abordagem diferente acerca da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Para o autor, a dimensão subjetiva adquire relevância jurídica prática e autônoma, em relação à dimensão objetiva, quando se reconhece nela pretensões individuais reforçadas pela característica da justiciabilidade.³¹⁷ O autor acentua, portanto, como traço distintivo do caráter subjetivo dos direitos fundamentais a possibilidade de o indivíduo obter judicialmente o cumprimento de um dever estatal, em caso de lesão ao seu direito. Partindo dessa premissa, Novais apresenta reservas contra autores que defendem uma presunção do caráter de direito subjetivo das posições asseguradas por normas de direitos fundamentais, como faz Alexy.³¹⁸

³¹⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 122-123.

³¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 95-96. E ainda: “Como defendemos, é, com efeito, o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado que, do ponto de vista do particular, acrescenta algo àquilo que resultava já da dimensão objectiva do direito fundamental, ou seja, no essencial, à existência do próprio dever imposto ao Estado pela norma de direito fundamental” (Ibid., p. 99).

³¹⁸ Para Novais, a tese da presunção a favor da existência de um direito subjetivo traria problemas de duas ordens. Considerando que a dimensão subjetiva só teria relevância jurídica prática quando correspondesse à possibilidade de justiciabilidade do direito em questão, o primeiro problema seria relacionado à temática da separação dos poderes e da própria eficácia da função estatal, que ficaria sob risco de paralisia, acarretando a própria redução da proteção individual desse direito. O segundo problema decorreria do caráter multipolar das relações de direitos fundamentais, de modo que a presunção em prol da subjetivação não representaria um reforço em face do Estado, mas em face de outros interesses individuais, a ponto de poder comprometer ou anular, numa perspectiva prática, a realização de outro direito individual com uma relação de maior vínculo com o mesmo ou outro direito fundamental. (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 97-98).

Não obstante, Novais reconhece que a característica da acionabilidade judicial não consumiria integralmente a dimensão subjetiva de um determinado direito fundamental, pois a ela corresponderiam, também, espaços de liberdade protegidos, onde o indivíduo titulariza posições jurídico-subjetivas em face do Estado, permitindo ao particular autodeterminar-se na respectiva área juridicamente tutelada, impondo ao Estado a observância dos deveres de abstenção ou respeito.³¹⁹ Então, embora não se esgote neste aspecto, o autor defende que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais só adquire relevância jurídico-prática autônoma e decisiva quando se atribui ao particular a possibilidade de postular judicialmente a observância, pelo Estado, do dever objetivamente estabelecido pelas normas de direitos fundamentais.³²⁰

Para Novais, os princípios da plenitude da tutela judicial dos direitos fundamentais e da aplicabilidade direta e da vinculação de todas as entidades públicas pelos direitos fundamentais,³²¹ elementos verificados nas Constituições modernas, exigem um reexame da relação entre os direitos fundamentais e o legislador ordinário, para reconhecer a relevância do papel da judiciabilidade na relação entre direito fundamental e direito subjetivo.³²² Segundo o autor, estando o legislador já vinculado pelos direitos fundamentais, “a conformação dos direitos fundamentais como como direitos subjectivos públicos é também tarefa do poder judicial”.³²³ Contudo, pondera, as margens de apreciação do legislador e do juiz não seriam equivalentes, porém diferenciadas, conforme a natureza do direito fundamental em jogo, as consequências fáticas e o caráter e a intensidade da lesão produzida.³²⁴

Com efeito, Novais assinala que se a omissão nos deveres decorrentes das normas de direitos fundamentais pelo Estado repercute de forma direta e especial na esfera de proteção do titular do direito, ou ainda quando a norma constitucional fundamental já é devidamente determinada e autossuficiente, a margem de decisão atribuída ao legislador é reduzida e ao magistrado permite-se recorrer ao texto constitucional diretamente, para reconhecer, diante da lacuna legislativa ordinária, a

³¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 99-100.

³²⁰ *Ibid.*, p. 100.

³²¹ Entre nós, tais princípios estão consagrados no art. 5º, inc. XXXV, e no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988. Confira, ainda, a seção 2.1.

³²² NOVAIS, op. cit., p. 113-115.

³²³ *Ibid.*, p. 119.

³²⁴ *Ibid.*, p. 119-120.

existência de um direito subjetivo público ou para anular eventual decisão já tomada pelo legislador sobre a matéria.³²⁵

Em linhas gerais, adotando-se a perspectiva de Novais, é preciso reconhecer que, ao menos no que se refere à parcela do direito fundamental social à educação, positivado em nossa Constituição, a exigência da justiciabilidade para a sua caracterização como um direito subjetivo estaria atendida, tanto pela literalidade do texto, que estabeleceu de forma determinada e autossuficiente um dever estatal correspondente à prestação da educação básica obrigatória e gratuita (art. 208, I, §§ 1º e 2º, CR), quanto pelo próprio reconhecimento no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileiras acerca da possibilidade de judicialização de tais prestações.³²⁶ Isso, obviamente, no que se refere ao direito à educação na vertente positiva (direito à prestação), não restando dúvidas quanto ao reconhecimento de sua perspectiva subjetiva no que se refere à dimensão negativa do direito à educação, anteriormente citada (v.g. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber).

Especificamente na vertente de direitos fundamentais subjetivos a prestações (ação positiva), a possibilidade de se extrair diretamente do texto constitucional uma pretensão jurídica determinada e apta a legitimar o cidadão a buscar – e obter – judicialmente a tutela concreta de um direito social é, talvez, uma das maiores peculiaridades do nosso texto constitucional.

Canotilho, à luz da Constituição portuguesa, cujo regime jurídico dos direitos fundamentais é diferente do nosso, entende que os direitos fundamentais sociais nunca poderiam legitimar pretensões jurídicas originárias, extraídas diretamente dos preceitos constitucionais. Sem rodeios, o autor português afirma em sua obra que “[...] nenhuma das normas constitucionais garantidoras dos *direitos sociais fundamentais* poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjectivos”, de modo que passam a ter conteúdo concreto somente a partir de outras normas de regulação legal, a gerar, portanto, um direito legal social.³²⁷

³²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 120.

³²⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006, p. 76; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 485.969/SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Município de São Bernardo do Campo. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 23 de agosto de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 de setembro de 2006, p. 220.

³²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 480-482, grifo do original.

Para Canotilho, independentemente da justiciabilidade, seria possível caracterizar um direito fundamental como direito subjetivo – neste aspecto, portanto, o autor defende posição diversa daquela apresentada por Novais.³²⁸ Para Canotilho, é preciso ter em mente que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.³²⁹ Assim, para o autor, a regra geral é que os direitos sociais possuem força jurídico-constitucional, mesmo quando não dão ensejo a uma prestação específica, na medida em que dispõem de vinculatividade normativo-constitucional, não sendo meros programas ou diretivas; servem de parâmetro de controle judicial; correspondem a imposições legiferantes, passíveis de controle de inconstitucionalidade por omissão; exigem a concretização das tarefas impostas ao Estado; e não conferem livre disponibilidade ao legislador, embora lhe atribuam uma ampla margem de conformação.³³⁰

Ainda que os direitos sociais nem sempre correspondam a um direito subjetivo definitivo originário, na linha do direito público subjetivo previsto no § 1º do art. 208 da Constituição brasileira, isso não significa que não tenham força jurídica alguma. Essa qualificação – como direito público subjetivo –, em verdade, é uma exceção no ordenamento jurídico constitucional nacional e refere-se apenas a uma parcela do direito à educação, aquela correspondente à educação básica. Os demais direitos fundamentais sociais que não configurem um direito subjetivo definitivo originário poderão, conforme a sua estrutura jurídica, ser compreendidos como “meros” direitos subjetivos – ou como direitos subjetivos derivados ou *prima facie*, apesar das críticas de Novais, referidas anteriormente.³³¹ Isto porque a possibilidade de se exigir imediatamente pela via judicial uma prestação específica não é condição para caracterizar um direito fundamental como um direito subjetivo – sem a qualificação de originário e definitivo.

³²⁸ “Reconhecemos, então, na judiciabilidade, no interesse e por iniciativa do particular, o cerne da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, optando por condicionar à existência dessa característica específica a qualificação da garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental como direito subjectivo em sentido restrito”. (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 103). Ainda a respeito da discussão sobre se somente há direitos subjetivos se estes forem passíveis de tutela jurisdicional, cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 260.

³²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 480-482.

³³⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 482.

³³¹ Cf. nota de rodapé nº 318.

Neste sentido, a partir da obra de Alexy, Sarlet propõe que naquelas situações em que as objeções apresentadas em face dos direitos sociais na função de direitos subjetivos a prestações – *v. g.*, o argumento da separação de poderes – cederem em razão do valor maior da vida ou da dignidade da pessoa humana, seria possível reconhecer, no âmbito do padrão mínimo existencial, um direito subjetivo *definitivo* a prestações e, em relação às prestações que vão além desse mínimo, um direito subjetivo *prima facie*.³³²

Destarte, há que se relativizar a noção de direito subjetivo, na medida em que ela compreende diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais dotadas de força jurídica variada.³³³ Embora sejam admissíveis direitos subjetivos a determinadas posições mesmo sem a atuação do legislador – ao menos no que se refere às condições existenciais mínimas para uma vida digna –, é preciso reconhecer a excepcionalidade da técnica de positivação de direitos fundamentais originários a prestações como direitos subjetivos definitivos, dotados de plena vinculatividade, a permitir impor ao Estado, inclusive judicialmente, o cumprimento de uma determinada prestação, com base numa norma de direito fundamental.³³⁴

Para Sarlet, o art. 205 da Constituição revela uma norma de feição programática e impositiva, mas que não conduz, por si só, à consagração de um direito subjetivo *definitivo*, porquanto de eficácia limitada, estabelecendo apenas os fins genéricos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade. Não obstante, a partir do art. 208 da Constituição reconhece, sim, a existência de um direito subjetivo fundamental *definitivo* no que se refere ao ensino obrigatório e gratuito.³³⁵

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 365-366.

³³³ *Ibid.*, p. 366. Com efeito, destaca Pansieri, “[...] que o nível de subjetividade dos Direitos Fundamentais estará, em muitos casos, ligado ao nível de normatividade que lhe foi atribuído, isto é, que determinará seu grau de exigibilidade, sendo necessário diferenciar perspectivas jurídicas subjetivas e objetivas, podendo inclusive a perspectiva objetiva apresentar subjetividade quando, por exemplo, se suscita judicialmente o controle de constitucionalidade de ato normativo qualquer, faceta inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo”. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64).

³³⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 364-366. “Por outro lado, nas hipóteses em que a Constituição já dá condições jurídicas para a concretização dos direitos a prestações fáticas – o que, reconheça-se, não é o comum dos casos – haverá direito subjetivo à prestação, plenamente justificável, muito embora seja possível a restrição de tal direito, cumpridos determinados requisitos, como a ponderação e a vedação de retrocesso social arbitrário”. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 156).

³³⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 348. “Percebe-se, portanto, que, no âmbito do direito geral à educação (compreendido com um direito em sentido amplo), coexistem diversas posições fundamentais de natureza jurídico-objetiva e subjetiva, ainda que se possa discutir em que medida se trata de direitos originários a prestações ou apenas de direitos derivados, ou seja, de igual acesso às prestações em matéria educacional disponibilizadas pelo Poder Público”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI,

Por essas razões, em relação aos direitos sociais à prestação, defende-se a concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos em sentido amplo para designar as situações em que não é possível a justiciabilidade nem a exequibilidade imediata da prestação específica, embora possuam força jurídico-constitucional, de acordo com a linha defendida por Canotilho, Alexy e Sarlet. Já a noção de direitos fundamentais como direito subjetivo em sentido estrito ou como direito público subjetivo – segundo a terminologia adotada pelo Constituinte (art. 208, § 1º, CR) – corresponde aos casos em que o acesso à prestação, pela via judicial, independe da atuação do legislador, sendo diretamente oponível ao Estado.

As prestações relacionadas ao mínimo existencial, analisadas adiante, e aquelas previstas de forma expressa pela Constituição, como no caso do acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17, seriam exemplos de direitos subjetivos em sentido estrito ou, como a nossa Constituição denomina, direitos públicos subjetivos (art. 208, § 1º, CR). É sobre esta perspectiva do direito subjetivo a prestações, no âmbito do direito à educação, que se tratará a seguir, com o objetivo de delimitar o conteúdo e o alcance do direito público subjetivo à educação em nossa Constituição.

2.3.2.2 O direito público subjetivo à educação na Constituição brasileira e legislação correlata

Conforme assinalado anteriormente, Pontes de Miranda foi um dos maiores defensores da educação como um direito público subjetivo, sendo um crítico do enunciado que a previa apenas como um direito de todos, por sua pouca efetividade, chegando a defender, expressamente, a existência de um direito público subjetivo que pudesse ser judicialmente tutelado, pois, não fosse dessa forma, seria apenas um direito ilusório.³³⁶ Seu ensinamento logrou alcançar êxito apenas na Constituição de 1988, nos termos de seu art. 208, inc. I, § 1º.

Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 649).

³³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. VI. p. 339, 348 e 353; TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 38.

Cumpra destacar, contudo, que a terminologia “direito público subjetivo” não é aceita de forma unânime pela doutrina.³³⁷ Sem tecer qualquer juízo de valor quanto ao mérito da questão, neste trabalho ela será referida para designar o direito subjetivo *definitivo* a prestações no âmbito do direito à educação, especificamente o decorrente do art. 208, inc. I, combinado com o seu § 1º, da Constituição, por ser esta a terminologia adotada pelo Constituinte.³³⁸

Duarte assinala que “o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio”, acionando as normas jurídicas (direito objetivo) para transformá-las em direito subjetivo.³³⁹ Corresponderia a um instrumento judicial que permite o controle da atuação do poder estatal, possibilitando ao particular constranger o Estado judicialmente.³⁴⁰ Para a autora, o referido direito público subjetivo, cuja proteção refere-se a bem de caráter simultaneamente individual e social, “deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à *exigibilidade de políticas públicas*”.³⁴¹ Compreende, portanto, não apenas a provocação em busca da prestação individual concreta, mas também a possibilidade de judicialização no intuito de promover a implementação das políticas públicas necessárias à concretização do referido direito fundamental.

Sarlet defende a existência de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial no âmbito do ensino obrigatório e gratuito.³⁴² Seria um direito fundamental originário e subjetivo à prestação estatal do ensino fundamental.³⁴³ Em

³³⁷ Para Sarlet, a designação “direito público subjetivo” seria anacrônica e superada, além de não corresponder à realidade constitucional pátria, por estar atrelada a uma concepção positivista e estatista dos direitos fundamentais na função de direitos de defesa, própria do liberalismo. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 158).

³³⁸ A referida expressão também se referirá ao direito subjetivo *definitivo* a prestações, no âmbito do direito à educação, resultante da interpretação conferida pelo STF e pelo STJ ao art. 208, inc. IV, da Constituição, em relação à educação infantil, conforme anteriormente referidos (v. seção 1.3).

³³⁹ DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-268.

³⁴⁰ *Ibid.*.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 273, grifo nosso.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655.

³⁴³ Deve-se registrar que antes da EC nº 59/2009 o texto constitucional atribuía ao ensino fundamental o caráter obrigatório e gratuito (art. 208, inc. I), bem como a destinação da contribuição do salário-educação (art. 212, § 5º). Após a reforma, as referidas disposições passaram a se referir à educação básica, que não se confunde com o ensino fundamental. A educação básica é composta pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (art. 21, inc. I, LDB). A respeito da (im)possibilidade da

relação ao ensino médio, o autor defende “a existência de um direito subjetivo (derivado) de igual acesso às vagas já disponibilizadas, sem prejuízo da evolução para um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio”.³⁴⁴

Tal constatação decorre de uma “constelação normativa”, compreendendo as disposições constitucionais dos artigos 208, inc. I, que prevê a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (após a EC nº 59/2009); 208, § 1º, ao declarar que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; 208, § 2º, ao prever que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente; 227, *caput*, que impõe o dever à família, à sociedade e ao Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação; 227, § 3º, inc. I e III, ao estipularem a idade mínima para o trabalho em 14 anos, salvo na condição de menor aprendiz, e a garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; e 229, ao impor, em relação aos pais, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, sem embargo de outras disposições de ordem infraconstitucional, como as da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao preverem a possibilidade de responsabilização civil e penal.³⁴⁵

Com efeito, a aplicabilidade imediata desse direito público subjetivo é reforçada pela legislação infraconstitucional. No art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.394/96 (LDB), com a redação conferida pela Lei nº 12.796/13, há a previsão de ação judicial a ser intentada por qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, gratuitamente e pelo rito sumário,³⁴⁶ com a finalidade de exigir o acesso à educação básica obrigatória, qualificada expressamente como um direito público subjetivo.

inclusão do ensino médio na ideia de direito público subjetivo e de mínimo existencial, estes serão tratados no tópico seguinte.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 350-351.

³⁴⁶ Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015 – NCPC) o rito sumário foi extinto. Deve-se aplicar o rito sumário previsto no Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.869, de 1973 – CPC/73) às ações que já foram ajuizadas, mas ainda não sentenciadas, nos termos do art. 1.046, § 1º, do NCPC. Nos demais casos, aplica-se o procedimento comum do NCPC (art. 1.049, parágrafo único, NCPC).

Há menção ainda ao uso de ação mandamental, que será regida pelas normas da lei do mandado de segurança, contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo de crianças e adolescentes, prevista no art. 212 da Lei nº 8.069/90 (ECA). São legitimados a propor as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos: o Ministério Público (cujos ramos podem atuar em litisconsórcio facultativo); a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo ECA, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária (art. 210, ECA).

Se a ação tiver por objeto cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o ECA prevê a possibilidade de o juiz conceder a tutela específica da obrigação ou ainda de determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 213, ECA), além do cabimento da aplicação de multa diária ao réu independentemente de pedido do autor, exigível após o trânsito em julgado, mas devida desde o dia do descumprimento, revertido ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 213, §§ 2º e 3º, e 214, ECA).

Essas previsões do ECA e da LDB fortalecem a ideia de máxima proteção ao direito à educação obrigatória e gratuita, ao regulamentarem os procedimentos judiciais necessários ao exercício de pretensões individuais e coletivas. Aqui ressoam os aspectos individuais e coletivos do direito à educação, de forma concomitante.³⁴⁷

Com razão, portanto, Sifuentes ao afirmar que houve uma opção do legislador Constituinte em priorizar o ensino fundamental (antes da EC nº 59/2009) no contexto do direito à educação, conferindo apenas a ele a característica da acionabilidade imediata, por força justamente dessa classificação como direito público subjetivo, não havendo dúvidas no texto constitucional quanto ao direito subjetivo de acesso ao ensino obrigatório e gratuito por qualquer brasileiro, oponível ao Estado e sem possibilidade alguma de ter essa solicitação denegada.³⁴⁸

O ensino compulsório e gratuito é compreendido pelo Estado como imprescindível à pessoa para alcançar a plenitude de suas aptidões e, por ser direito

³⁴⁷ Cf. seção 2.2, sobre a titularidade do direito à educação.

³⁴⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 74.

público subjetivo, pode ser exigido diretamente do Estado pelo cidadão.³⁴⁹ A Constituição, ao qualificar determinada etapa do ensino como direito público subjetivo, teria fornecido a esse direito fundamental um *plus* em prol de sua imediatidade, amparando-o com um direito de ação correspondente.³⁵⁰ “Com efeito, o direito à educação básica é uma norma constitucional especial, um direito público subjetivo, que ostenta aplicabilidade imediata”.³⁵¹

Para Sarlet, a configuração jurídica do direito à educação no Brasil permite afastar o limite fático da reserva do possível – quando se aponta a ausência de recursos como óbice à concretização do direito – e o argumento da separação dos poderes, calcado na suposta incompetência dos tribunais para decidir sobre a destinação dos recursos públicos. Com razão, demonstra que o próprio texto constitucional procurou indicar os recursos necessários ao custeio desse direito fundamental em seu art. 212, §§ 3º e 5º, inclusive com prioridade definida em prol do ensino obrigatório. Aos Municípios e Estados atribuiu a competência para atuar de forma prioritária na educação infantil, no ensino fundamental e médio – que compõem a educação básica (art. 21, inc. I, LDB). Conclui, acertadamente, que não se pode argumentar a partir da reserva do possível ou da incompetência dos tribunais, pois “as regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição”.³⁵²

Importante destacar que, além do ensino obrigatório e gratuito, estão inseridos na mesma classificação todos os direitos que dele decorram e o complementam, como a alimentação, material escolar, assistência social e saúde, por decorrência do art. 208, inc. VII, da CR.³⁵³

Ademais, o direito à educação deve ser compreendido como um direito subjetivo à educação de *qualidade* – fundamental para permitir um nível suficiente de formação do indivíduo, capaz de inseri-lo eficazmente na vida profissional, política, social econômica e cultural, e de capacitá-lo para o exercício da cidadania –, a exigir, em sua dimensão objetiva, um dever de atuação estatal e da sociedade no sentido de adotar as medidas

³⁴⁹ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 43.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 62.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 65.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 350-351.

³⁵³ SIFUENTES, *op. cit.*, p. 67.

institucionais e organizacionais necessárias.³⁵⁴ A garantia de acesso à educação básica e gratuita, que corresponde a um dever estatal originário, deve ser compreendida, portanto, como educação com padrão mínimo de qualidade, e não mero o acesso, nos termos dos arts. 206, inc. VII; 211, § 1º; 212, § 3º; e 214, III, da Constituição.

Entretanto, é preciso reconhecer que a definição dos padrões de qualidade na educação depende, necessariamente, de conformação legislativa ordinária, nos termos do art. 214, *caput*, inc. III, da CR. Atualmente, o Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005, de 2014) estabelece os padrões mínimos que devem ser alcançados em cada etapa do ensino ao longo do decênio correspondente.

Enquanto o dever estatal de garantia de acesso à educação básica e gratuita pode ser considerado um direito público subjetivo originário e definitivo, porquanto de extração constitucional direta e de prestação delimitada quanto ao seu objeto, o acesso à educação associado a determinado padrão de qualidade depende da atuação do legislador ordinário, que já atendeu ao ditame constitucional ao editar o referido PNE. A partir da atuação do legislador ordinário, o direito público subjetivo à educação básica e gratuita deve ser compreendido como um dever estatal que abrange não apenas o acesso, mas o acesso à educação com o padrão de qualidade legalmente estabelecido.

Ainda no trato do direito subjetivo originário à educação, concernente ao direito público subjetivo do art. 208, inc. I, da Constituição, é necessário analisar a sua abrangência, em especial para delimitar, a partir da reforma promovida pela EC nº 59/2009, quais etapas da educação escolar estariam albergadas. Trata-se, especialmente, da questão da (im)possibilidade da inclusão do ensino médio em seu âmbito de proteção, tema sobre o qual se discorrerá a seguir.

2.3.2.3 A abrangência do direito público subjetivo à educação no Brasil: a inclusão do ensino médio a partir da EC nº 59/2009 e da Lei nº 12.796/2013

Um aspecto importante relacionado ao conteúdo do direito público subjetivo à educação, decorrente do regime jurídico dos arts. 208, inc. I e IV, §§ 1º e 2º, da Constituição, consiste em definir se, atualmente, o ensino médio poderia ser caracterizado

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655.

como um direito subjetivo definitivo a prestações, a partir da EC nº 59/2009, tal como sempre se considerou em relação ao ensino fundamental, e, assim, exigível judicialmente, sem as restrições impostas pelo princípio da reserva do possível.

Em trabalho desenvolvido antes da EC nº 59/2009, Sifuentes afirma que somente o ensino fundamental, por ser o único direito obrigatório e gratuito, nos termos do art. 208, inc. I, da Constituição, seria um direito público subjetivo, por força do seu art. 208, § 1º, e do disposto no art. 5º da LDB.³⁵⁵ Para Sarlet, à luz dos incisos II e V do art. 208 da Constituição (com a redação anterior à EC nº 59/2009), não estaria consagrado no texto constitucional um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito, muito menos em uma instituição de nível superior.³⁵⁶

Em relação ao ensino médio, porém, diante de sua relevância para o ingresso no mercado de trabalho e aos níveis superiores de ensino, bem como diante das exigências de um mundo complexo e fortemente influenciado pelo uso da tecnologia, Sarlet destaca a sua relevância para o livre desenvolvimento da personalidade e para a garantia de níveis de autonomia significativos.³⁵⁷ Embora a Constituição não preveja expressamente um direito geral de personalidade, na linha do que ocorre na Alemanha, na Espanha e em Portugal, a doutrina e a jurisprudência o vêm extraindo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de fundamento para um direito (implícito) geral de personalidade em nosso ordenamento jurídico.³⁵⁸

Para Sarlet, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem por objeto a proteção contra intervenções na esfera pessoal e consiste, também, num direito de liberdade, “no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções”.³⁵⁹

A partir dessa perspectiva, Sarlet entende que o dever de progressividade em relação ao ensino médio não pode se estender *ad infinitum*. Diante do descumprimento injustificado da meta da progressiva universalização do ensino médio gratuito, assinala

³⁵⁵ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 67.

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352-353; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652.

³⁵⁷ SARLET, op. cit., p. 352-353; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 653.

³⁵⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 438.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 439.

que o reconhecimento de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou em entidade particular, custeada pelo poder público, deve ser considerado seriamente.³⁶⁰

O ensino médio não estava previsto originalmente como integrante da educação obrigatória e gratuita até a EC nº 59/2009, que promoveu uma ampliação do seu conteúdo. Em sua redação anterior, o texto constitucional dispunha que o dever do Estado com a educação seria efetivado mediante a garantia de *ensino fundamental*, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tivessem acesso na idade própria (art. 208, inc. I, da CR, com a redação dada pela EC nº 14/1996). Em sua redação atual, prevê a garantia de *educação básica* obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, da CR, com a redação dada pela EC nº 59/2009).

Em seguida, a partir da Lei nº 12.796/2013, a LDB passou a prever o ensino médio como integrante da educação básica obrigatória e gratuita, afastando a antiga previsão que estabelecia apenas a sua universalização (art. 4º), bem como que o acesso à *educação básica* obrigatória é um *direito público subjetivo*, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo (art. 5º, LDB).

Em seu art. 21, inc. I e II, a LDB dispõe que a educação escolar é composta pela (i) *educação básica*, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, além do (ii) ensino superior.

Diante deste novo cenário jurídico, promovido pela EC nº 59/2009 e consolidado pela Lei nº 13.796/2013, defende-se que a norma do inc. II do art. 208 da Constituição, que prevê a progressiva universalização do ensino médio gratuito, deve ser interpretada em conjunto com o inc. I do art. 208 – que ampliou o ensino obrigatório e gratuito (direito público subjetivo, nos termos do § 2º do art. 208, CR) para toda a educação básica, abrangendo, portanto, o ensino médio – e o art. 6º da EC nº 59/2009, que previu a

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352-353; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 653.

implementação progressiva do referido inc. I do art. 208 (ampliação do ensino obrigatório e gratuito a toda educação básica) até 2016, nos termos do PNE.³⁶¹

A partir dessa perspectiva, deve-se concluir que o prazo para a universalização do ensino médio gratuito expirou, não sendo adequado, em nosso sentir, defender um direito apenas à progressiva universalização do ensino médio em relação aos educandos em idade própria, mas já avançar para inseri-lo no mesmo regime jurídico anteriormente atribuído ao ensino fundamental.

Este entendimento é compartilhado por Barcellos, para quem o decurso do tempo e as alterações legislativas autorizam a concluir que não apenas a educação fundamental, mas aquilo que a Constituição denomina como educação básica obrigatória, configura um direito subjetivo, integrante do mínimo existencial, o que resulta na possibilidade de o indivíduo “exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública onde possa ter acesso à educação básica em seus diferentes níveis”.³⁶²

Quanto à aparente contradição que possa decorrer das disposições dos inc. I e II do art. 208 da Constituição, após a EC nº 59/2009, pelo fato de ter mantido a previsão da progressiva universalização do ensino médio, ao tempo que o qualificou como um direito público subjetivo, a autora explica que esse dever de universalização era direcionado ao poder público, no sentido de que adotasse as políticas públicas necessárias à universalização do ensino médio até 2016, nos termos do art. 6º da referida Emenda.³⁶³

Independentemente desse dever de universalização, a mudança no texto constitucional propiciou, de plano, também, a possibilidade de se buscar em juízo o acesso ao ensino médio, ainda no período em que tal etapa da educação obrigatória não estivesse universalizada.³⁶⁴ De qualquer forma, no presente momento, a discussão resta superada, diante do encerramento do prazo previsto para a universalização do referido dever (em 2016).

³⁶¹ A Meta 3 do PNE previu a universalização do atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos até 2016, além da elevação, até o final do período de vigência do PNE, da taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento). Destarte, até 2016 o atendimento escolar para toda a população em idade própria para frequentar o ensino médio deveria estar universalizado, isto é, acessível a todos os interessados. Obviamente, a universalização do acesso não corresponde necessariamente à efetiva frequência por todos os adolescentes em idade própria, pois isto depende de outros fatores além da disponibilização do próprio acesso pelo poder público, como da efetividade das políticas públicas de apoio e incentivo para aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

³⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 304-307.

³⁶³ *Ibid.*, p. 307-309.

³⁶⁴ *Ibid.*

Outro argumento de reforço trazido por Barcellos, no sentido da inclusão do ensino médio no conceito de direito público subjetivo, a partir da EC nº 59/2009, decorre das iniciativas legislativas voltadas à ampliação do acesso ao ensino superior, conforme a Lei nº 10.172/2001 (antigo Plano Nacional de Educação), que previu como meta a expansão a oferta do ensino superior; da Lei nº 11.096/2005, que criou o Programa Universidade para Todos (Prouni); e do Decreto nº 6.096/2007, que instituiu o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni).³⁶⁵ Para a autora, considerando a ordem de prioridades estabelecida pela Constituição, o investimento, de forma tão relevante, no ensino superior, demonstra que a educação obrigatória, que abrange o ensino médio, deve ser oferecida de forma adequada à população.³⁶⁶

Evidenciado, portanto, que tanto no plano constitucional, quanto no plano infraconstitucional, expirou o prazo estabelecido para a universalização da educação básica dos quatro aos 17 anos, abrangendo, por conseguinte, a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, todas essas etapas do ensino merecem um tratamento idêntico e a submissão ao mesmo regime jurídico de direito público subjetivo dos §§ 1º e 2º do art. 208 da Constituição.

Aliás, a progressividade em relação ao ensino médio está prevista no art. 208 da Constituição desde a sua redação original. Passados mais de 30 anos de Constituição, já era tempo de se considerar o ensino médio como obrigatório e integrante do conteúdo do direito público subjetivo à educação, sob pena de relegar tal possibilidade por uma eternidade.³⁶⁷ O legislador constitucional, ao editar a EC nº 59/2009, apenas delimitou o “prazo fatal” para a consecução dessa progressividade, há tempos defendida no âmbito da doutrina.

À luz do texto constitucional atual, após a EC nº 59/2009, que alterou a fórmula anterior para tornar obrigatório e gratuito não apenas o ensino fundamental, mas toda a educação básica, e vencido o prazo para a sua progressiva implementação (art. 6º da EC nº 59/2009), deve-se reconhecer como *direito público subjetivo definitivo* (direito subjetivo originário a prestações) o acesso à educação infantil na pré-escola, a partir dos

³⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 308-309.

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ “Passados tantos anos da edição da Carta, parece consistente supor – se o texto constitucional haverá de ser levado a sério – que já houve tempo razoável para ultimar-se o objetivo constitucional” (Ibid., p. 307).

quatro anos (art. 30, inc. II, LDB), ao ensino fundamental, aos seis anos (art. 32, LDB), e ao ensino médio (art. 35, LDB), etapas estas que integram a educação básica dos quatro aos 17 anos (art. 208, inc. I, CR; art. 21, inc. I, LDB). A educação infantil em creches, até os três anos, também deve ser considerada direito público subjetivo por força da interpretação conferida pelo STJ e pelo STF ao art. 208, inc. IV, da Constituição, em diversos julgados citados anteriormente.

Esta proposta converge com a definição estabelecida pela Unesco, em encontro realizado em 2007, com o objetivo de definir o termo educação básica para utilização nos futuros documentos do órgão.³⁶⁸ Na ocasião, definiu-se, dentre vários aspectos relevantes, que a educação básica compreenderia noções como o ensino fundamental, elementar e educação primária e secundária, além de ter a duração de, pelo menos, 9 anos, estendendo-se, progressivamente, a 12 anos, sendo gratuita e compulsória.³⁶⁹

Percebe-se, portanto, que as terminologias primária e secundária podem ser equiparadas ao nosso ensino fundamental e médio. Além disso, o tempo mínimo de nove anos, até alcançar os 12 anos, guarda relação com os nove anos exigidos, no Brasil, apenas para o ensino fundamental e que, somado ao tempo correspondente ao ensino médio, alcançaria os 12 anos previstos pelo órgão. Tal conclusão é reforçada quando se observa que, para a Unesco, o período de 12 anos é considerado além (*beyond*) da educação pré-escolar.³⁷⁰ No Brasil, a educação básica consiste em pré-escola (creche e pré-escola), ensino fundamental e ensino médio (art. 21, inc. I, LDB). Tudo isso leva a crer que a educação básica gratuita e compulsória para a Unesco compreende, portanto, o ensino fundamental e o médio, assim como no Brasil, após a EC nº 59/2009.

Por fim, essa concepção ampliada do direito público subjetivo à educação leva em conta a imprescindibilidade da formação básica do indivíduo como condição de possibilidade ao seu pleno desenvolvimento, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (art. 205, CR). Disso resulta a própria fundamentalidade do direito à educação, com repercussão direta sobre a dignidade da pessoa humana, que a República brasileira tem como fundamento (art. 1º, CR). Daí exsurge também um importante questionamento a respeito da essencialidade desse direito para que se possa assegurar ao indivíduo uma vida minimamente digna (mínimo existencial).

³⁶⁸ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 43-45.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 43-45.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 43, rodapé 61.

Independentemente da positivação de parcela desse direito como direito público subjetivo, o patamar mínimo em educação exigível do Estado é tema que suscita diversas questões e tem relação direta com o objeto deste trabalho, na medida em que se avalia a possibilidade de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas nestes casos. Por tal razão, será analisada, a seguir, a relação entre o referido direito público subjetivo à educação e o mínimo existencial em educação.

2.3.2.4 Mínimo existencial e direito público subjetivo: aproximações e diferenças à luz do direito à educação na Constituição brasileira

Questão importante a ser enfrentada consiste na coincidência ou não entre a parcela do direito à educação qualificada como direito público subjetivo e o mínimo existencial em educação. Frequentemente se observa na doutrina os autores conferirem o mesmo conteúdo aos dois institutos sem afirmarem, contudo, que se trata da mesma coisa.³⁷¹

Para Sarlet, “[...] um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial [...]”.³⁷² Não obstante, embora possam, em determinado ordenamento jurídico, possuir idêntico conteúdo, são institutos distintos, tanto assim que Sarlet também reconhece a possibilidade de existirem direitos subjetivos a prestações que ultrapassem a esfera do mínimo existencial.³⁷³

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352, 450; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652; TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46-47; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 285; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-146; SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 65; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 338; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

³⁷² SARLET, op. cit., p. 352; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 653.

³⁷³ SARLET, op. cit., p. 366.

A Constituição pode conferir expressamente a um cidadão a possibilidade de exigir do Estado diretamente uma determinada prestação, estabelecendo todos os critérios necessários à satisfação desse direito, até mesmo judicialmente, independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional, sem, contudo, conferir a esse direito subjetivo originário o caráter de direito fundamental, seja pela ausência de previsão expressa no catálogo (fundamentação formal), seja por não atender aos requisitos materiais de fundamentalidade, não guardando uma relação direta com a proteção da dignidade humana, nem decorrendo dos princípios e regimes adotados em nossa Constituição.

Um exemplo de direito público subjetivo não fundamental é o direito a ser nomeado, após aprovação em concurso público de provas e títulos, de acordo com a ordem de classificação no certame, para cargos da Magistratura e do Ministério Público (arts. 93, inc. I; e 129, § 3º, CR). Nestes casos, seria possível vislumbrar a existência de um direito público subjetivo originário não qualificado como direito fundamental e, portanto, não submetido ao seu regime especial de proteção – seria admissível, *v.g.*, vir a ser suprimido integralmente do texto constitucional por uma emenda.³⁷⁴

Tais casos não são tão comuns, pois quando o Constituinte estabelece um direito subjetivo originário o faz por ver nisso algo necessário para a proteção de um determinado bem jurídico ou valor caro ao indivíduo e à sociedade – tal como ocorrera no Brasil com a educação básica – e, portanto, dotado, em algum aspecto, de fundamentalidade material. Caso contrário, seria natural deixar ao legislador o papel de delimitar os contornos desse direito, como usualmente o faz. A técnica de instituir na própria Constituição direitos subjetivos originários é adotada pelo Constituinte de forma excepcional,³⁷⁵ não se conhecendo no direito constitucional comparado a previsão de um direito social subjetivo originário nos moldes adotados em nossa Constituição em seu art. 208, inc. I, § 1º.³⁷⁶

³⁷⁴ Em alguns países tais cargos são ocupados a partir de outros critérios, como a eleição. Destarte, não seria, em princípio, inconstitucional – embora, quiçá, não fosse recomendável, diante de nossa cultura ainda marcada pelos traços do patrimonialismo – permitir ao chefe do Poder Executivo ou ao Parlamento a indicação a determinados postos a partir de uma lista de candidatos considerados aptos ao exercício do cargo por terem sido aprovados em concurso público, como, aliás, ocorre, em certa medida, nas promoções por merecimento nos Tribunais judiciais e no provimento dos cargos de ministro e de conselheiro dos Tribunais de Contas destinados aos egressos da Auditoria e do Ministério Público de Contas, bem como ocorria, no regime constitucional anterior, em relação ao cargo de juiz federal (cf. art. 123, *caput*, da EC nº 1/1969).

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 364-366.

³⁷⁶ Cf. seção 1.2.

Embora as noções de direito público subjetivo e de mínimo existencial sejam diferentes, eventualmente poderão abranger a mesma parcela de um direito, embora não necessariamente. Como visto, para considerar como direito público subjetivo um determinado direito fundamental social à prestação, é necessário que, a partir de uma norma constitucional,³⁷⁷ já se possa extrair diretamente o direito a uma prestação específica que, caso negada pelo Estado, poderá vir a ser alcançada judicialmente, tal como ocorre no caso do art. 208, inc. I, §§ 1º e 2º, da Constituição.

O mínimo existencial não necessita de positivação pelo Constituinte. A própria noção desse mínimo conflitaria com a necessidade de uma expressa positivação acerca de seu conteúdo. O seu desenvolvimento, a rigor, decorre justamente da insuficiência do texto constitucional em proteger determinadas posições mínimas necessárias à proteção da dignidade da pessoa humana, que ocupa lugar central nos ordenamentos jurídicos modernos.

Quando se argumenta que determinada prestação integra o mínimo existencial busca-se, via de regra, fundamentar a existência de um direito subjetivo oponível ao Estado e, desta forma, justificar a possibilidade de obter judicialmente o bem pretendido, sem as restrições usualmente impostas a partir do argumento da reserva do possível e da separação de poderes – como amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência brasileira em relação à educação infantil e ao ensino fundamental, bem como em relação a algumas prestações do direito à saúde.

Sem embargo, nada impede que o Constituinte venha a delimitar os contornos do que compreende como prestação mínima a ser fornecida pelo Estado em relação a determinado direito fundamental. Seria paradoxal negar ao Constituinte a possibilidade de fazê-lo, pois estar-se-ia vedando a possibilidade de conferir uma proteção jurídica reforçada à dignidade humana, a partir da incorporação de um conteúdo explícito ao mínimo existencial, cuja existência e substância não são tratadas de forma incontroversa no âmbito doutrinário e até jurisprudencial.

Além disso, o conteúdo do mínimo existencial varia para cada sociedade, conforme sua cultura, história, condições estruturais e econômicas.³⁷⁸ Daí a relevância de

³⁷⁷ Entendemos que também haverá um direito público subjetivo associado a um direito fundamental quando, a despeito de uma previsão constitucional genérica, o legislador ordinário já atuou e delimitou precisamente os contornos da prestação a ser fornecida pelo Estado.

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366-367; BITENCCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114, 119; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no*

uma delimitação pelo próprio Constituinte, apesar de essa definição ser objeto de questionamentos, quando, eventualmente, as parcelas consideradas essenciais para uma vida minimamente digna, em determinado contexto, não forem contempladas.

Desta forma, entende-se que o Constituinte, ao estabelecer a existência de um direito público subjetivo em educação, nada mais fez do que adotar uma técnica jurídica para conferir especial reforço àquela parcela do direito à educação que compreende como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho. Seria um patamar de partida, abaixo do qual os referidos aspectos, essenciais à dignidade individual, não seriam alcançados minimamente e, por conseguinte, o indivíduo não lograria obter condições mínimas para desenvolver-se plenamente como pessoa, exercer a cidadania e qualificar-se para o trabalho dignamente.

Necessário, portanto, aprofundar a questão do direito à educação a partir da perspectiva do mínimo existencial, bem como a sua relação com o direito público subjetivo previsto no art. 208, inc. I, e § 1º, da Constituição, tema abordado no segundo capítulo deste trabalho, com o objetivo de identificar a origem e o significado do mínimo existencial, em geral, e, especificamente, em relação ao direito à educação, bem como as parcelas integrantes desse mínimo existencial e as consequências de se admitir determinada prestação como integrante do mínimo existencial e/ou do direito público subjetivo à educação. Essa análise será essencial para a avaliação dos limites da atuação dos Tribunais de Contas quando estiver em jogo o mínimo existencial em educação.

Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301, nota de rodapé nº 301, 360; CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania.* 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 259-260.

CAPÍTULO 3 – O MÍNIMO EXISTENCIAL EM EDUCAÇÃO NO BRASIL

Neste trabalho são investigados os limites da atuação dos Tribunais de Contas a partir da perspectiva do mínimo existencial em educação. A hipótese de partida consiste em admitir uma atuação *forte* – cujos contornos serão analisados no próximo Capítulo deste trabalho – nos casos em que estiver em jogo a parcela do direito à educação integrante do referido mínimo.

Inicialmente, foi necessário compreender os contornos desse direito no plano constitucional brasileiro e no Direito Comparado, para em seguida identificar os problemas relacionados à concretização da educação no Brasil. Em seguida, a abordagem relativa ao direito à educação na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, em especial às suas dimensões objetiva e subjetiva, também se justificou, pois esse exame permitiu identificar como os direitos fundamentais podem repercutir sobre a atuação dos Tribunais de Contas. Agora é chegado o momento de identificar o que estaria abrangido na concepção do mínimo existencial em educação e as consequências exercidas sobre a atividade de controle.

Independentemente do que se entende efetivamente como parcela integrante do mínimo existencial em educação, o que se busca delimitar é até onde a atuação dos Tribunais de Contas poderia avançar quando se trata de fiscalização relacionada a prestações consideradas essenciais para a vida ou a existência digna do indivíduo. A questão do conteúdo do mínimo existencial em educação será enfrentada com a exposição da concepção por nós defendida. Definida essa perspectiva – do que se entende por mínimo existencial em educação no Brasil –, passaremos, no Capítulo seguinte, ao exame do regime jurídico dos Tribunais de Contas no Brasil. A tese será desenvolvida no Capítulo final do trabalho, com o exame dos limites da atuação dos Tribunais de Contas, quando em jogo o mínimo existencial em educação.

A abordagem do tema neste Capítulo será iniciada pela origem do mínimo existencial, na doutrina e jurisprudência alemãs, com o objetivo de compreender o desenvolvimento desse instituto em seu nascedouro, para, em seguida, analisar como essa teoria vem sendo entendida e aplicada no Brasil. Em seguida, será enfrentada a questão do conteúdo desse mínimo existencial em educação, temática relacionada com a questão do direito público subjetivo, anteriormente estudada. O passo seguinte corresponderá ao

exame da eficácia do mínimo existencial, especialmente ante o óbice da reserva do possível, comumente levantado como barreira contra a realização dos direitos sociais. Ao final deste Capítulo, analisa-se como o controle judicial do mínimo existencial em educação pode ocorrer, suas críticas e possíveis alternativas ao problema do “judicialismo”, a fim de traçar um paralelo entre a atuação do Poder Judiciário nestes casos e a proposta de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas em situações análogas.

3.1 A origem do mínimo existencial: a doutrina e a jurisprudência alemã do *existenzminimum*

Diferentemente do que ocorre em diversos países, como no Brasil, na Espanha e em Portugal, na Alemanha os direitos sociais não contam com previsão expressa no texto constitucional.³⁷⁹ A rigor, destaca Alexy, “[...] a Constituição [alemã], a partir de seu texto e da história de sua elaboração, tem caráter de uma Constituição de um Estado de Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa”.³⁸⁰ Dessa característica surgiu a necessidade de se elaborar uma construção dogmática que viesse a permitir reconhecer, em certos casos, a existência de direitos sociais, como ocorreu, num primeiro momento, com o direito à assistência social.³⁸¹

³⁷⁹ Para Alexy, na Constituição alemã existiria a formulação explícita de um direito fundamental social como direito subjetivo apenas em relação ao direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade, nos termos de seu art. 6.4. Sem embargo, admite a possibilidade de se encontrar no texto constitucional “uma série pontos de apoio, formulados de forma *objetiva*, para uma interpretação orientada a direitos a prestações”, tais como a obrigação de todos os poderes estatais de protegerem a dignidade humana (art. 1.1 e 2), a cláusula do Estado Social (arts. 20.1 e 28.1.1), as normas de proteção ao matrimônio e à família (art. 6.1) e o mandamento de equiparação de filhos ilegítimos (art. 6.5). (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 434-435, 500, grifo nosso). Neste sentido, Sarlet também destaca que, apesar de não serem considerados direitos sociais por muitos autores, na Lei Fundamental de Bonn há a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, além de uma exigência de atuação estatal positiva no sentido de compensar as desigualdades fáticas entre as mulheres e os portadores de necessidades especiais. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 20).

³⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 435.

³⁸¹ “A teoria engenhosa que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional”. (KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 60). Neste sentido, cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114-115. Não se desconhece que, em outros países, a temática também fora desenvolvida no âmbito doutrinário e

Segundo Sarlet, a construção teórica do direito a um mínimo existencial tem origem na doutrina alemã a partir da obra de Otto Bachoff, posteriormente desenvolvida na jurisprudência germânica a partir de decisões do Tribunal Federal Administrativo (TFA) e do Tribunal Constitucional Federal.³⁸²

Para Alexy, duas decisões do TCF, de 1951³⁸³ e de 1975,³⁸⁴ pressupõem a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, acompanhando, nesse sentido, a jurisprudência reiterada do TFA³⁸⁵ e a opinião majoritária da doutrina alemã.³⁸⁶ Seria, a seu ver, um “direito fundamental social não-escrito”, fundado em norma *atribuída* a partir da interpretação de um dispositivo de direito fundamental.³⁸⁷ Não obstante a relevância do reconhecimento desse direito diante de uma Constituição que não o garante

jurisprudencial. Em Portugal, por exemplo, é emblemático o julgamento do acórdão nº 509/2002, que reconheceu expressamente a existência do “direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional – anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. *In: Jurisprudência Constitucional*, nº 1, p. 4-29, jan./mar. 2004, p. 4). Botelho menciona a existência de três fases da jurisprudência portuguesa: no acórdão nº 479/1983, a garantia do mínimo foi mencionada de passagem, como instrumento interpretativo; na década de 90, o direito ao mínimo passou a ser explicitado em sua dimensão negativa; até o acórdão nº 509/2002, “sobre o rendimento social de reinserção, marca um explícito reconhecimento de uma *dimensão objetiva* ou *positiva* do direito a uma existência condigna, admitindo expressamente o ‘direito a exigir do Estado’ o mínimo de existência condigna, em especial mediante prestações”. (BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 339-341). Bitencourt Neto, em trabalho dedicado ao mínimo existencial, realiza estudo comparativo das Constituições brasileira e portuguesa, para concluir pela consagração de tal direito em ambas, citando diversas outras decisões do Tribunal Constitucional português. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-98). Não obstante, para os fins deste trabalho, priorizou-se, em relação ao direito comparado, a análise da jurisprudência alemã, tanto por seu papel original no desenvolvimento do tema, como pela destacada influência que exerceu no Brasil, locus principal de nossa análise, em embargo de, incidentalmente, serem mencionadas a doutrina e a jurisprudência de outros países.

³⁸² O TFA reconheceu, a partir do postulado da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade e no direito à vida um direito subjetivo a um auxílio estatal material, voltado à manutenção das condições de existência do indivíduo. Posteriormente, o TCF reconheceu, em diversos julgados, uma garantia estatal do mínimo existencial, cuja principal manifestação seria a do direito à assistência social. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 20-21).

³⁸³ BVerfGE 1, 97.

³⁸⁴ BVerfGE 40, 21.

³⁸⁵ BVerwGE 1, 59; 5, 27; 27, 58; 52, 339.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 436-437.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 437. Alguns autores traduzem a *zugeordnete Grundrechtsnorm* como norma de direito fundamental *atribuída* (como faz Virgílio Afonso da Silva, em ALEXY, op. cit., p. 11), enquanto outros preferem a terminologia normas *adscritas* (como faz Bitencourt Neto, em BITENCOURT NETO, op. cit., p. 164-168). Utilizam-se aqui as duas expressões como equivalentes, para caracterizar as normas de direito fundamental que não estão estabelecidas expressamente no texto constitucional, mas que são atribuídas (ou adscritas) a normas diretamente estabelecidas no texto constitucional, a partir de uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. (ALEXY, op. cit., 2011, p. 75).

expressamente, o autor adverte que seria equivocado extrair automaticamente outros direitos a prestações além daqueles já reconhecidos no âmbito do TCF.³⁸⁸

No âmbito doutrinário e jurisprudencial alemão, a fundamentação do mínimo existencial decorreu, em linhas gerais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito geral de liberdade, do direito à vida e do princípio do Estado Social de Direito, baseado na ideia de garantia de condições mínimas para uma existência digna.³⁸⁹

Em relação ao conteúdo desse mínimo existencial, para Sarlet, a jurisprudência e a doutrina alemãs apontam que sua delimitação depende do padrão socioeconômico vigente, suscetível a variações decorrentes da esfera econômica e financeira, como também quanto às expectativas e necessidades do momento.³⁹⁰ Na Alemanha reconhece-se que seu conteúdo não pode ser reduzido a um mínimo vital ou de sobrevivência, mas desdobra-se num mínimo fisiológico ou essencial, fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, e num *mínimo existencial sociocultural*, para além dessa proteção básica, concernente a um mínimo de inserção na sociedade, como decorrência dos princípios do Estado Social e da igualdade.³⁹¹

Para Sarlet, a referida divisão entre mínimo existencial fisiológico e mínimo sociocultural deve ser vista com cautela, para não incorrer no risco de redução do mínimo existencial a um mínimo meramente vital, limitado às condições imprescindíveis para a sobrevivência física.³⁹² Segundo o autor, o objeto e o conteúdo do mínimo existencial

³⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 437.

³⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 19-21; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 61; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 334. “Em Portugal, poderia retirar-se do princípio da dignidade da pessoa humana vertido no artigo 1º da CRP, enquanto afloramento da ideia de Estado de Direito Democrático (artigo 2º da CRP), um direito a um mínimo de existência condigna, entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Ainda que a nossa Constituição não preveja no seu texto o direito a uma existência condigna, faz alusão a esta ideia, na parte final da al. a) do nº 1 do artigo 59º, quando se consagra o direito à paridade retributiva ‘de forma a garantir uma existência condigna’”. (BOTELHO, op. cit., p. 333-334).

³⁹⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 21.

³⁹¹ Ibid., p. 22-23.

³⁹² Ibid., p. 23-24.

devem ter em conta a noção de dignidade humana,³⁹³ que somente está assegurada quando se garante nem mais nem menos do que o necessário a uma vida saudável.³⁹⁴

Embora se reconheça no mínimo existencial tanto direitos negativos como positivos a um mínimo para uma sobrevivência condigna, Sarlet destaca que a doutrina e a jurisprudência alemãs adotam como premissa que há várias possibilidades de materialização dessa obrigação, competindo, primordialmente, ao legislador a função de delimitar os contornos da prestação devida.³⁹⁵ Aos tribunais caberia um juízo relativo à omissão ou desvio de finalidade por parte do Legislativo, que, em sua atuação, deve resguardar um padrão mínimo que assegure as condições materiais necessárias a uma existência digna.³⁹⁶

Krell assinala que poucos constitucionalistas alemães não rejeitam a possibilidade de concessão de prestações positivas ou a intervenção em políticas públicas pelo Judiciário, que não seria legitimado democraticamente para tal, nem tecnicamente aparelhado, sem embargo de quase todos os autores, inclusive os de viés mais conservador, aceitarem e defenderem que o “mínimo social” deve ser garantido mediante intervenção do Estado Social.³⁹⁷

Alexy é um desses poucos autores alemães que admite a possibilidade de o Poder Judiciário vir a conceder prestações materiais definitivas, decorrentes de direitos

³⁹³ Sarlet define como “dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73). Merece destaque que Sarlet não reconhece a existência de um direito fundamental à dignidade, mas vê no enunciado do art. 1º, inc. III, da CR um princípio e regra (e valor) fundamental que também fundamenta posições jurídico-subjetivas, ou seja, direitos, garantias e deveres fundamentais. (Ibid., p. 83-84).

³⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 23-24. “O direito a um mínimo de existência condigna é um dos exemplos de direitos fundamentais de ‘tipo híbrido’, pois reúne características normalmente associadas tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais. Assim, o direito a um mínimo de existência assume um caráter bipolar, pois é tanto um direito de defesa (abstenção) contra o Estado – fundamento de restrições legislativas a outros direitos fundamentais – como um direito a prestações positivas.” (BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 335).

³⁹⁵ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 23.

³⁹⁶ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 23.

³⁹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 60-61.

fundamentais sociais, a despeito da ausência de normas explícitas. Para o autor, o principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais estaria baseado em duas teses relacionadas à liberdade.³⁹⁸

A primeira tese corresponde à constatação de que a liberdade *jurídica* não teria valor algum sem a liberdade *fática* (real), para escolher entre as alternativas possíveis.³⁹⁹ A segunda consiste em reconhecer que numa moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não estaria ao alcance individual, mas dependeria especialmente de atividades estatais.⁴⁰⁰ Embora concorde com tais teses, Alexy destaca que elas não seriam suficientes para afastar a possibilidade de se admitir que a liberdade fática seria algo almejado pela Constituição, mas possível de ser relegado ao processo político; assim, as liberdades *jurídicas* ficariam asseguradas pelos direitos fundamentais, e as liberdades *fáticas*, pelo processo político.⁴⁰¹

Alexy defende que há outras razões a justificarem não apenas a relevância constitucional da liberdade *fática*, mas a necessidade de deixá-la “a salvo” do processo político e, portanto, protegida por direitos fundamentais.⁴⁰² A primeira razão consiste na importância da liberdade *fática* para o indivíduo, indicando, como exemplos disso, ser indispensável não viver abaixo do mínimo existencial, não ser condenado a um desemprego no longo prazo ou ser excluído da vida cultural de seu tempo. A segunda refere-se ao fato de o Tribunal Constitucional Federal alemão ter reconhecido a centralidade do livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no sistema de valores decorrentes do catálogo de direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental de Bonn. Dessa forma, os direitos fundamentais, tendo como objetivo o livre desenvolvimento da personalidade humana, exigem que os pressupostos para o exercício das liberdades jurídicas estejam garantidos, ou seja, a liberdade ou poder de agir *fático*.⁴⁰³

Alexy propõe um modelo que considera todos os argumentos favoráveis e contrários à consagração direitos fundamentais sociais.⁴⁰⁴ Desenvolve seu raciocínio a

³⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 503-505.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 505.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 505-507.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 505-507.

⁴⁰⁴ Quantos aos óbices ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais, Alexy aponta dois tipos de argumentos. O argumento *formal* destaca um dilema, pois eventual caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais deslocaria a competência das políticas sociais do Parlamento para o Judiciário, enquanto a não-vinculação resultaria na violação da cláusula de vinculação do art. 1.3 da Lei

partir de uma ideia-guia adaptada aos direitos sociais, segundo a qual seriam asseguradas a todos as posições relativas a direitos a prestações, qualificadas como direitos fundamentais sociais, que, “do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁴⁰⁵

O modelo proposto por Alexy corresponde a um sopesamento entre princípios: de um lado, o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de diversos outros princípios materiais.⁴⁰⁶ O seu modelo não elenca quais direitos fundamentais sociais definitivos seriam efetivamente atribuídos ao indivíduo, atividade essa atribuída à dogmática, fornecendo apenas uma resposta geral por meio da indicação de condições que devem ser satisfeitas para que tal direito definitivo possa ser reconhecido. Sem embargo, para o autor, essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos “direitos fundamentais sociais mínimos”, dentre os quais, exemplifica os direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação *fundamental e média*, à educação *profissionalizante* e a um patamar mínimo de assistência médica.⁴⁰⁷

A partir dos critérios teórico-estruturais utilizados por Alexy para avaliar as normas de “direitos fundamentais sociais”,⁴⁰⁸ o direito ao mínimo existencial possui o maior grau de proteção possível (grau 1), sendo considerado norma vinculante que outorga direitos subjetivos *definitivos* a prestações, não alcançado sequer pelo óbice relativo à “reserva do possível”.⁴⁰⁹ No caso do direito a ser admitido em curso

fundamental de Bonn. Nessa argumentação se coloca também a questão do caráter indeterminado de grande parte dos objetos dos direitos fundamentais e a impossibilidade de se alcançar, pelos instrumentos jurídicos próprios, uma delimitação exata de seu conteúdo e estrutura, decisão essa que seria uma tarefa da política, restringindo, a partir dos princípios da separação dos poderes e da democracia, a definição dos conteúdos dos direitos fundamentais sociais ao legislador, diretamente legitimado. A esse dilema soma-se, ainda, o fato de tais direitos envolverem grandes custos financeiros e a incompatibilidade com a Constituição ao se atribuir parte considerável da política orçamentária ao tribunal constitucional. O argumento *substancial* corresponde à alegação de que os direitos fundamentais sociais, embora fundamentados na liberdade, seriam incompatíveis com normas constitucionais materiais que garantem direitos de liberdade, citando, nesse sentido, diversas possíveis colisões entre os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 507-511).

⁴⁰⁵ Ibid., p. 446, 511-512.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 512.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Para o autor, sob a designação de “direitos fundamentais sociais” estão abrangidos os direitos expressamente garantidos pela Constituição e aqueles atribuídos por meio de interpretação (Ibid., p. 499-500).

⁴⁰⁹ Os critérios são: normas que garantem direitos *subjetivos* ou que obrigam o Estado apenas de forma *objetiva*; normas *vinculantes*, cuja violação admite análise pelo TCF, e *não-vinculantes*, que são

universitário de sua escolha, previsto no artigo 12.1 da Lei Fundamental de Bonn,⁴¹⁰ Alexy destaca ter o TCF decidido tratar-se de direito subordinado à “reserva do possível”, classificado, portanto, como um direito subjetivo *prima facie* vinculante, dotado de elevado grau de proteção (grau 2), mas de proteção menor do que a conferida ao mínimo existencial.

Retomando a perspectiva jurisprudencial alemã, dois julgados relevantes para a compreensão da concepção do *existenzminimum* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão merecem uma análise mais detida: o caso *Hartz IV*, de 2010, e o caso *Asylbewerberleistungsgesetz*, de 2012.⁴¹¹ No caso *Hartz IV* estava em discussão a possibilidade de revogação de normas que garantiam o direito a benefícios de assistência social em caso de desemprego. O TCF analisou a questão a partir das normas dos artigos 1.1 e 20.1 da Lei Fundamental alemã,⁴¹² que estabelecem, respectivamente, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, cujo respeito e proteção são obrigação de todo poder público, e o princípio do Estado Social.⁴¹³

Para o Tribunal Constitucional Federal alemão, nos termos da fundamentação assentada no caso *Hertz IV*, o mínimo existencial decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado social, como um dever objetivo direcionado ao legislador, para assegurar a todos um mínimo existencial, não apenas como um direito de resistência, mas também positivamente, autônomo, indisponível e que necessita ser cumprido, embora sua concretização e constante atualização devam ser realizadas pelo legislador, a

enunciados meramente programáticos; e normas que fundamentam direitos e deveres *definitivos* (regras) ou *prima facie* (princípios). (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499-503).

⁴¹⁰ “Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão] (1) *Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem*. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. (2) Ninguém poderá ser obrigado a determinado trabalho, salvo no âmbito de uma tradicional e geral prestação de serviços públicos obrigatórios, igual para todos. (3) Trabalhos forçados só são admissíveis no caso de penas privativas de liberdade impostas por sentença judicial”. (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradução Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018. p. 22, grifo nosso).

⁴¹¹ LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Charlottesville, VA, v. 6, n° 1, p. 23-48, 1 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-01/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

⁴¹² “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. [...] Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social” (ALEMANHA, *op. Cit.*, p. 18, 31).

⁴¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39-40; LEIJTEN, *op. cit.*, p. 30-32.

quem compete definir as prestações a partir do estágio de desenvolvimento da comunidade político-social e pelas condições vitais existentes.⁴¹⁴

Apesar de o TCF reconhecer no mínimo existencial uma “pretensão jurídica prestacional ordenada pela Constituição”, entende que a prestação devida não deriva diretamente da Constituição e depende, sempre, de concretização por parte do legislador, a partir da avaliação das “concepções sociais a respeito do que seja imprescindível a uma existência digna do ser humano, da concreta situação de vida dos necessitados de ajuda, assim como dos respectivos recursos econômicos e técnicos disponíveis”, por meio de prestações pecuniárias, materiais ou de serviço.⁴¹⁵ O TCF reconhece, portanto, uma margem de liberdade de conformação do legislador, decorrente do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático, considerando que “a constituição de pretensões à prestação pecuniária acarreta também efeitos financeiros vultosos para os orçamentos públicos”, de modo que “tais decisões são reservadas apenas ao legislador”.⁴¹⁶

A prestação decorrente do mínimo existencial, nos termos do caso *Hertz IV*, “alcança somente aqueles meios que sejam absolutamente indispensáveis à manutenção de uma existência digna”, abrangendo, contudo, tanto a “existência física da pessoa; isto é, alimentação, vestuário, orçamento doméstico, habitação, calefação, higiene e saúde”, como também “a segurança da possibilidade de cuidar de relações interpessoais e de um montante mínimo de participação da vida social, cultural e política, pois o ser humano como pessoa existe necessariamente em contextos sociais”.⁴¹⁷

O “controle comedido” admitido pelo próprio Tribunal Constitucional Federal alemão é de cunho procedimental, abrangendo a demonstração dos fundamentos que levaram o legislador a alcançar determinado montante, por meio de “um processo transparente e racional de acordo com a demanda fática, isto é, orientado pela realidade”.⁴¹⁸ Para a Corte, a Lei Fundamental não admite uma quantificação da pretensão, cingindo-se o controle material a avaliar se as prestações são, evidentemente, insuficientes ou não.⁴¹⁹

Com efeito, “a proteção de direito fundamental estende-se ao procedimento para a investigação do mínimo existencial, porque um controle do resultado, com base no

⁴¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 42-43.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 42.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 44.

parâmetro desse direito fundamental, somente é possível de maneira restrita”.⁴²⁰ No caso concreto, por não terem sido observados os parâmetros estabelecidos, a Corte conferiu prazo ao legislador para, a partir de determinadas balizas procedimentais, refazer o procedimento de cálculo, sem, contudo, indicar concreta e objetivamente a prestação devida.⁴²¹

Para Leijten, ao combinar os artigos 1.1 e 20.1 da Lei Fundamental, o TCF assegurou um direito individual ao mínimo existencial digno, indo além de um mero dever para o Estado, a fim de reconhecer um direito individual de exigir o mínimo existencial judicialmente.⁴²²

O outro relevante julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito da temática do mínimo existencial ocorreu em 2012 e corresponde ao caso dos benefícios pagos a asilados, estabelecido por uma lei de 1993 (*Asylbewerberleistungsgesetz*).⁴²³ Na ocasião, o TCF entendeu que quando as pessoas não possuem meios materiais suficientes para garantir uma vida digna, o Estado é obrigado a assegurar as condições materiais e a prover suas necessidades.⁴²⁴ Para a Corte, haveria um direito subjetivo a uma ação estatal, pois o direito fundamental protege a dignidade

⁴²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 41. A Corte estabeleceu quatro critérios a serem observados pelo Legislativo: (1) abranger e descrever o objetivo de assegurar uma existência em conformidade com o disposto nos artigos 1.1 e 20.1; (2) selecionar, conforme sua margem de liberdade, um procedimento de cálculo concebido especialmente para a avaliação do mínimo existencial; (3) apurar os fatos necessários de forma completa e correta; e (4) permanecer dentro dos limites do que seja justificável em relação ao método escolhido e seus princípios estruturais, em todas as fases do processo de cálculo. No caso Hartz IV, a Corte entendeu que o quarto critério, que corresponde à consistência, não fora preenchido por não terem sido consideradas integralmente algumas despesas no cálculo do mínimo existencial, além de algumas deduções terem sido estimadas aleatoriamente. Em razão da liberdade assegurada ao legislador, a Corte não definiu o valor correto do benefício nem anulou as respectivas disposições legislativas, mas fixou um prazo para as adaptações necessárias dos benefícios a partir de um novo procedimento que assegure a subsistência mínima. (LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Charlottesville, VA, v. 6, n° 1, p. 23-48, 1 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-01/>>. Acesso em: 11 abr. 2017. p. 30-32). Cf. ainda DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 39-40.

⁴²² LEIJTEN, op. cit., p. 30-32.

⁴²³ Eram benefícios que não estavam submetidos ao mesmo regime dos benefícios em geral, sendo destinados a pessoas que se achavam na Alemanha por um período curto e significativamente menor do que os pagos aos demais. Essas regras passaram a ser aplicadas também àqueles que estavam na Alemanha por período de tempo significativo por questões humanitárias, como os refugiados de guerra, que passaram a receber benefícios menores por até quatro anos. Os benefícios questionados não eram reajustados desde 1993. (LEIJTEN, op. cit., p. 32-35).

⁴²⁴ LEIJTEN, op. cit., p. 32-35.

de cada indivíduo e as circunstâncias de dificuldade econômica somente poderiam ser garantidas mediante suporte material.⁴²⁵

O Tribunal destacou que o direito ao mínimo existencial se aplica indistintamente a alemães e estrangeiros, por força das obrigações de direito internacional assumidas pela Alemanha.⁴²⁶ Caso o Legislativo, ao proteger o mínimo existencial, utilizasse métodos diferenciados de cálculo para grupos diversos, deveria justificar objetivamente. Além disso, independentemente da liberdade assegurada ao Legislativo, o mínimo existencial deveria ser adequado e compatível com a realidade.⁴²⁷

No caso concreto, assim como ocorreu em *Hartz IV*, o Tribunal não decretou a nulidade da legislação, mas determinou um período de transição, obrigando o Legislativo a estabelecer novas regras para estabelecer benefícios em conformidade com a Constituição.⁴²⁸ Para a Corte, compete ao Legislativo estabelecer o formato do *existenzminimum*, podendo alcançar formas diversas dos benefícios pecuniários, de modo que o TCF não estabelece um montante mínimo em sentido quantitativo, mas pode avaliar se ele é “evidentemente insuficiente”.⁴²⁹ Ademais, é possível analisar se o Legislativo cumpriu seu papel de forma justificável e se os requisitos processuais relacionados ao método de cálculo e aos princípios de racionalidade, transparência e consistência foram alcançados.

A análise da concepção do mínimo existencial a partir da jurisprudência e doutrina alemãs permite perceber, de plano, uma diferença em relação àquela adotada no Brasil, que será aprofundada na próxima seção. Sem embargo, convém assinalar de plano que na Alemanha o desenvolvimento do mínimo existencial está associado à necessidade de se reconhecer a existência de direitos sociais, diante de uma Constituição “clássica”, isto é, que não prevê um rol expresso de direitos de tal natureza. Embora o TCF adentre na temática relacionada ao conteúdo do mínimo existencial, ao indicar que ele não pode ser restrito ao mínimo vital, o controle exercido pelo Judiciário é de caráter meramente

⁴²⁵ LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Charlottesville, VA, v. 6, n° 1, p. 23-48, 1 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-01/>>. Acesso em: 11 abr. 2017. p. 32-35.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Concluiu-se que o benefício fora mal calculado e determinado de uma forma “evidentemente insuficiente”, não considerando a inflação desse a sua previsão em 1993, além de serem um terço menores do que aqueles deferidos sobre as regras gerais. Demais disso, considerou-se que as razões de política migratória não seriam suficientes para justificar a limitação dos benefícios àqueles que buscam asilo (Ibid.).

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Ibid.

procedimental, não sendo admissível, a partir da jurisprudência alemã, concluir pela possibilidade de uma justiciabilidade ampla, no sentido de autorizar que o Poder Judiciário conceda diretamente prestações materiais específicas ao titular do direito fundamental (eficácia simétrica ou positiva, para Barcellos e Barroso), embora tal possibilidade seja reconhecida por autores como Alexy. Ao revés, a Corte alemã reconhece a primazia do Legislativo para a definição, por meio de lei, das prestações devidas, assinalando prazo para a atuação do legislador em caso de inobservância do patamar mínimo exigido.

No Brasil, de forma parcialmente diferente, a ideia do mínimo existencial é muito associada à possibilidade de o Poder Judiciário conferir diretamente prestações específicas aos titulares do direito fundamental, notadamente nos casos do direito à saúde e à educação, independentemente de atuação do legislador. Há, portanto, uma justiciabilidade ampla no que se refere a essas parcelas integrantes do mínimo existencial, semelhante à proposta de Alexy, segundo a qual o mínimo existencial, por sua relevância para assegurar a liberdade fática, deveria estar a salvo das maiorias parlamentares simples, assegurando um direito definitivo a prestações.

Todavia, frise-se, essa justiciabilidade ampla, no Brasil, verifica-se em relação àquelas parcelas do mínimo existencial já amplamente reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência como integrantes do seu conteúdo, tais como as relacionadas à saúde básica, à educação infantil e ao ensino fundamental. Isso não significa afirmar que a definição do conteúdo do mínimo existencial seja atribuição do Poder Judiciário ou que no Brasil ocorra com frequência a atuação judicial em relação ao mínimo existencial correspondente a outros direitos sociais, como aos direitos à moradia ou à alimentação (art. 6º, *caput*, CR).

Ao contrário, Sarlet assinala que, em termos gerais e no Direito Comparado, embora o legislador não tenha em relação à matéria ampla margem de disposição, compete a ele definir com primazia o conteúdo das prestações sociais, mesmo as integrantes do mínimo existencial, cabendo ao Judiciário, em caráter excepcional, a competência de controle e intervenção, nos moldes preconizados pela jurisprudência alemã no caso *Hartz IV*.⁴³⁰

Naturalmente, não seria adequado exercer um juízo comparativo crítico rigoroso entre a concepção de mínimo existencial adotada pelo TCF e a concepção brasileira, que

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 377.

vem admitindo uma justiciabilidade maior em relação ao mínimo existencial em saúde e em educação, muitas vezes independentemente de qualquer interposição legislativa ou de prazo para que o Poder Legislativo supra a sua omissão, por se tratar de contextos substancialmente diferentes. No Brasil, a Constituição prevê expressamente direitos sociais e, no caso da educação básica, reconhece até a existência de um direito público subjetivo,⁴³¹ algo totalmente estranho ao ordenamento jurídico constitucional alemão.⁴³² Além disso, a atuação do TCF se dá num contexto onde as necessidades básicas da população estão razoavelmente atendidas, sendo possível reconhecer que a sociedade alemã já alcançou um patamar de Estado de bem-estar social ainda distante da realidade de parcela considerável da sociedade brasileira, de modo que é razoável supor que o TCF não precise, com tanta frequência, lidar com questões relacionadas a necessidades prementes do indivíduo, como o acesso à saúde e à educação básicas.⁴³³

⁴³¹ Cf. seção 2.3.2.

⁴³² Cf. as disposições da Lei Fundamental de Bonn acerca do direito à educação: “*Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência]* [...] (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição. [...] *Artigo 6 [Matrimônio – Família – Filhos]* (1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal. (2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública. [...] *Artigo 7 [Ensino]* (1) Todo o ensino é submetido à fiscalização do Estado. (2) Os encarregados da educação têm o direito de decidir sobre a participação da criança nas aulas de religião. (3) O ensino de religião é matéria ordinária nas escolas públicas, com exceção das escolas laicas. Sem prejuízo do direito de fiscalização do Estado, o ensino de religião será ministrado de acordo com os princípios fundamentais das comunidades religiosas. Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a dar aulas de religião. (4) É garantido o direito de instituir escolas particulares. Escolas particulares destinadas a substituir escolas públicas dependem da autorização do Estado e estão submetidas à legislação estadual. A autorização terá de ser concedida, se as escolas particulares não tiverem um nível inferior às escolas públicas, quanto aos seus programas de ensino e às instalações, assim como quanto à formação científica do seu corpo docente, e se não fomentar uma discriminação dos alunos segundo a situação econômica dos pais. A autorização terá de ser negada, se a situação econômica e jurídica do corpo docente não estiver suficientemente assegurada. (5) Uma escola particular de ensino primário só será autorizada, se a administração do ensino reconhecer um interesse pedagógico especial ou, por requerimento dos encarregados da educação dos menores, caso se trate de escola coletiva, confessional ou filosófica, e não existir na localidade uma escola primária pública deste tipo. (6) Ficam abolidas as escolas pré-primárias. [...] *Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]* (1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. [...] *Artigo 91 b [Planejamento do ensino – Fomento da pesquisa]* (1) Em casos de importância supra-regional, a Federação e os Estados podem cooperar, com base em convênios, no fomento de: 1. instituições e projetos de pesquisa científica extra-universitária; 2. projetos científicos e de pesquisa nas universidades; 3. estruturas de pesquisa nas universidades, incluindo grandes equipamentos. Os convênios segundo o §1, alínea 2, requerem a aprovação de todos os Estados. (2) A Federação e os Estados podem cooperar, com base em convênios, para determinar a capacidade de desempenho do sistema educacional no âmbito de uma comparação internacional, bem como nos relatórios e recomendações concernentes. (3) A distribuição dos custos será regulamentada no convênio (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradução Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> >. Acesso em: 3 nov. 2018. p. 19, 20, 22, 84, grifo nosso).

⁴³³ Neste sentido, “não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada às circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige muita

Outro fator relevante consiste no próprio respeito às decisões da Corte alemã, ao estabelecerem prazo para atuação do Poder Legislativo, algo que no Brasil não ocorre com a frequência devida.⁴³⁴ É difícil, portanto, realizar um prognóstico de como se daria o desenvolvimento da interpretação constitucional do TCF à luz de uma Constituição analítica como a nossa, que estabelece expressamente diversos direitos sociais de elevada densidade normativa, num contexto onde as necessidades básicas de grande parte da população não são atendidas e em que o descumprimento de decisões judiciais não chega a surpreender, ensejando, por vezes, uma atuação judicial de viés mais interventivo.

De toda sorte, embora não seja o caso de aprofundar demasiadamente a temática, é preciso reconhecer que diversos aspectos do desenvolvimento da dogmática alemã do mínimo existencial podem ser úteis ao estudo do tema no Brasil, apesar de todas as particularidades que por aqui se encontram. O primeiro ponto relevante consiste no conteúdo do direito ao mínimo existencial, que, na Alemanha, deve abranger não apenas o mínimo vital, mas também um mínimo de prestações socioculturais, concepção essa também adotada no Brasil, em linhas gerais, como veremos. A sua caracterização como um dever de agir dirigido ao Estado, inafastável e que reforça a sua dimensão objetiva, é aspecto importante a ser considerado na avaliação do tema no Brasil, especialmente pela necessidade de se conferir ao mínimo existencial uma maior eficácia diante de nossa realidade social.

sensibilidade. O mundo ‘em desenvolvimento’ ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”. (KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 54); “De fato, os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens necessários à sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva”. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 49).

⁴³⁴ O STF relaciona, em seu portal na *internet*, as decisões em que a Corte declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda está pendente de disciplina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissão inconstitucional*, Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> >. Acesso em: 6 nov. 2018). Até 22 de março de 2018, eram 30 mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade, sobre variados temas, como a aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da CR, o direito de greve no serviço público, a edição de lei complementar sobre a criação de novos municípios, aviso prévio proporcional e a criação de cargos para Tribunal de Contas, conforme modelo federal. A decisão mais antiga ocorreu em 19 de agosto de 1992, no mandado de injunção nº 369, de relatoria do Min. Sidney Sanches, sobre a regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, inc. XXI, da CR.

Também a importância do respeito ao princípio democrático, na perspectiva alemã, deve conduzir, no Brasil, a uma reflexão maior, para que a sua eventual restrição ocorra apenas em situações excepcionais, privilegiando-se, como regra geral, um controle de viés procedimental que impulse os próprios órgãos legitimados a atuarem, sob determinadas balizas, em vez de um controle substitutivo da vontade dos órgãos constitucionalmente legitimados (controle direto sobre o resultado final esperado das políticas públicas⁴³⁵).

Feitas essas considerações e sem a pretensão de exaurir o tema, passa-se ao exame do mínimo existencial, a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

3.2 O mínimo existencial no Brasil

Bitencourt Neto assinala que mesmo em países cujas Constituições possuam inúmeras disposições consagradoras de direitos fundamentais sociais a prestações, como em Portugal e no Brasil, é possível identificar a consagração de um “direito ao mínimo para uma existência digna”, a partir de pontos de identidade de fundamentação comuns, como a colocação da dignidade da pessoa humana como alicerce e base para os direitos fundamentais e para a organização e funcionamento do Estado, a consagração de um Estado de Direito democrático e social, além de um amplo rol de direitos sociais a prestações.⁴³⁶

No Brasil, a temática do mínimo existencial foi desenvolvida inicialmente por Torres.⁴³⁷ Em seu trabalho, Torres reconhece a existência de um “direito às condições mínimas de existência humana digna”, que deve ficar a salvo de intervenções estatais e,

⁴³⁵ Na classificação adotada por Barcellos, o controle do resultado final esperado das políticas públicas “representa exatamente a possibilidade de exigir diretamente tais bens: o resultado final esperado pelas políticas públicas em matéria de direitos fundamentais [v.g. acesso ao ensino fundamental]. Nesse caso, portanto, poderia o juiz determinar de forma específica o oferecimento de tais serviços à população”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 117). Para Valle, a tutela individual do direito fundamental é diferente do controle de políticas públicas (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 143-149).

⁴³⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 58-62, 115-116.

⁴³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 19.

ainda, exige prestações positivas do Estado.⁴³⁸ Para o autor, o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, estando compreendido em diversos princípios constitucionais, como no princípio da igualdade – na perspectiva de uma proteção contra a pobreza absoluta, relacionada à liberdade, e não contra a pobreza relativa, atrelada a questões de justiça, que orientam a política orçamentária⁴³⁹ –, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em outras classificações constitucionais relativas aos direitos fundamentais.⁴⁴⁰

Torres acentua que o fundamento do direito ao mínimo existencial estaria nas “condições para o exercício da liberdade”, liberdade *real, positiva* ou liberdade *para*.⁴⁴¹ A sua concepção do mínimo existencial é, portanto, vinculada à necessidade de se preservar as condições para o exercício da liberdade e não ao ideal de justiça redistributiva. Por isso atribui ao mínimo existencial as características básicas dos direitos de liberdade, admitindo, em relação aos direitos políticos, econômicos e sociais – que não seriam, a seu ver, direitos originariamente fundamentais⁴⁴² –, a possibilidade de adquirirem o *status* dos direitos integrantes do mínimo existencial, quanto à parcela mínima sem a qual o homem não sobreviveria, alcançando os direitos à alimentação, saúde e educação.⁴⁴³ Não obstante, o autor diferencia a problemática do mínimo existencial – que, como visto, associa aos direitos da liberdade – dos direitos sociais, os quais considera despojados de um *status negativus*, incapazes de gerar, por si sós, pretensões positivas em face do Estado, sem eficácia *erga omnes* e subordinados à ideia de justiça social.⁴⁴⁴

Também em Alexy há o desenvolvimento da noção de “direitos fundamentais sociais mínimos” a partir da necessidade de se preservar uma liberdade fática, sem a qual

⁴³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989; TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

⁴³⁹ Para o autor, há uma distinção entre *pobreza absoluta*, que deve ser combatida pelo Estado, e *pobreza relativa*, pertinente a questões de produção econômica ou de redistribuição de bens, a ser enfrentada conforme as possibilidades sociais e orçamentárias. A delimitação de uma e de outra, contudo, é variável no tempo e no espaço. (TORRES, 1989, p. 30; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 263).

⁴⁴⁰ TORRES, 1989, p. 29-32.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁴² Para o autor, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 372; TORRES, 2009, p. 41). Torres entende que a tendência de assimilar os direitos sociais aos direitos fundamentais teria viés autoritário e socializante (TORRES, 1989, p. 34).

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 33-34.

os direitos de liberdade não teriam valor algum.⁴⁴⁵ Ocorre que em Alexy todo o raciocínio é desenvolvido no sentido de reconhecer não apenas um direito ao mínimo existencial, mas, principalmente, para admitir a existência de direitos fundamentais sociais a prestações (*prima facie* e definitivos), a partir da Constituição alemã, diferentemente do que se observa em Torres, para quem os direitos sociais não seriam direitos fundamentais, a não ser no que se refere à parcela correspondente ao mínimo existencial.

Como visto, por meio de um modelo baseado em sopesamento, Alexy considera, de um lado, o princípio da liberdade fática, e, de outro, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de diversos outros princípios materiais, para reconhecer a existência de direitos fundamentais sociais.⁴⁴⁶ Para o autor, de forma sintética, no que se refere aos direitos a prestações, uma posição poderá ser considerada definitivamente garantida se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se os princípios da separação dos poderes e democrático, abrangendo a questão da competência orçamentária do Legislativo, além dos princípios materiais colidentes no caso, notadamente os que forem relacionados à liberdade jurídica de terceiros, forem afetados de forma relativamente pequena pela referida posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.⁴⁴⁷

Alexy considera que as referidas condições já estão necessariamente satisfeitas em relação aos *direitos sociais mínimos*, tais como pelos direitos ao *mínimo existencial*, a uma moradia simples, à *educação fundamental e média*, à *educação profissionalizante* e a um patamar mínimo de assistência médica.⁴⁴⁸ Em outras palavras, o mínimo existencial seria apenas uma parcela dos direitos fundamentais sociais que, de forma manifesta, já atende às condições de sopesamento necessárias ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais definitivos, sem prejuízo, portanto, de que outros direitos fundamentais sociais possam vir a sê-lo.

Essa visão, defendida por Alexy, assemelha-se à proposta de Barcellos, para quem o mínimo existencial é fruto de um processo de ponderação prévio e de um consenso social.⁴⁴⁹ Para a autora, o núcleo da dignidade da pessoa humana, que é o

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 503-505.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 512.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 244-248, 301, nota de rodapé nº 520.

mínimo existencial, representaria uma *regra* – assim como os direitos sociais fundamentais mínimos de Alexy⁴⁵⁰ –, enquanto aquilo que ultrapassar esse núcleo configuraria um princípio – atuando de forma semelhante aos direitos *prima facie*, em Alexy⁴⁵¹ –, realizável na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em outras palavras, para além do mínimo existencial postula-se, nas palavras de Bitencourt, a realização de um “médio de existência” a ser concretizado pelo regime ordinário dos direitos fundamentais, na medida das possibilidades de cada tempo e lugar.⁴⁵²

Retomando a análise a partir de Torres, para o autor o mínimo existencial é protegido tanto no aspecto negativo (*status negativus*), contra eventual intervenção estatal, a resguardar o poder de autodeterminação individual, compreendendo a liberdade de ação ou omissão (v.g. pela concessão de imunidades fiscais), como, também, positivamente, por prestações estatais (*status positivus*).⁴⁵³ De acordo com o autor, a proteção positiva do mínimo existencial, como “condição da liberdade”, enseja prestações positivas de natureza assistencial, de carácter subsidiário – pois somente obrigam o Estado quando o sistema previdenciário público ou privado falham e deixam o indivíduo sem condições indispensáveis à sobrevivência.⁴⁵⁴ Tais prestações podem ser realizadas pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, gratuitamente, como a prestação jurisdicional, a *educação primária*, a saúde pública etc.; por subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais; e pela entrega de bens públicos em casos de calamidades ou por meio de programas assistenciais, independentemente de qualquer pagamento.⁴⁵⁵

Torres esclarece que não se deve confundir o *status positivus libertatis*, relativo ao mínimo existencial, voltado à garantia de condições de liberdade e à personalidade do cidadão, com o *status positivus socialis*. Esse, destaca o autor, refere-se às prestações voltadas à proteção de direitos econômicos, sociais e da seguridade social, abrangendo a

⁴⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 512.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 90-91, 514-516.

⁴⁵² BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Org.). *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 162.

⁴⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 35-39.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 39-40; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 264.

prestação de serviços públicos inessenciais, como a *educação secundária e superior*, a saúde, a moradia etc. e prestações financeiras aos mais fracos (subvenções sociais), condicionados à situação econômica e à riqueza nacional do país, não sendo obrigatórios, porque derivados da ideia de justiça.⁴⁵⁶ Com efeito, “o *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, afirma-se de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária”.⁴⁵⁷

Conforme assinalado anteriormente, a construção do mínimo existencial no Brasil deve considerar o nosso contexto jurídico e social. Diferentemente dos países europeus onde a temática desenvolveu-se inicialmente, aqui a promessa de um Estado Social ainda está longe de ser cumprida. Além disso, nossa Constituição, que estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), representa uma tomada de posição democrática no sentido do alcance de determinados objetivos fundamentais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e II, CR), que não podem ser ignorados. Há, ainda, o reconhecimento de um vasto rol de direitos sociais, dentre os quais alguns possuem elevada densidade normativa, a ponto de serem reconhecidos expressamente como direitos públicos subjetivos (art. 208, I e § 1º, CR).⁴⁵⁸

Nesse sentido, Sarlet também defende que a garantia e o direito fundamental ao mínimo existencial não dependem de expressa previsão constitucional como condição para o seu reconhecimento, por decorrerem da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.⁴⁵⁹ Analisando a questão a partir do ordenamento jurídico brasileiro, defende que, a despeito da ausência de previsão expressa, um direito geral à garantia do mínimo existencial pode ser extraído de diversos enunciados constitucionais, como da menção a

⁴⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 39-41.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 41, grifo do original.

⁴⁵⁸ Com efeito, “a ordem jurídica brasileira como um todo, tendo a Constituição de 1988 como centro, não é um sistema axiologicamente neutro. Ao contrário, se podem existir variadas concepções sobre o direito, o constituinte originário expressou sua opção por uma delas, sobretudo na forma dos princípios fundamentais que escolheu, o que, por evidente, tem repercussão na interpretação dos enunciados normativos em geral”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 100-101).

⁴⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 25.

uma existência digna, dentre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, *caput*, CR); e da previsão de um extenso rol de direitos sociais específicos.⁴⁶⁰

A partir da teoria de Alexy, Bitencourt Neto defende a natureza do direito ao mínimo para uma existência digna como um direito fundamental adscrito – isto é, não extraído diretamente de disposições constitucionais expressas, mas fundamentado a partir delas – e autônomo, decorrente de três normas fundamentais diretamente estatuídas da Constituição: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social.⁴⁶¹

Cordeiro também defende que, no contexto brasileiro, apesar da ausência de norma constitucional expressa, é possível reconhecer um direito fundamental autônomo ao mínimo existencial, decorrente da abertura do catálogo estipulada em seu art. 5, § 2º, da CR, destacando diversas passagens do texto constitucional que dão suporte a esse entendimento, como a proclamação, em seu preâmbulo, da garantia do exercício dos direitos sociais e individuais; a consagração da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado (art. 1º, II e III, CR); a garantia a todos de uma existência digna como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*, CR); a estipulação da erradicação da pobreza como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, CR); o extenso rol de direitos de direitos sociais específicos; e a previsão de diversas hipóteses de imunidade tributária.⁴⁶² Para a autora, a prodigalidade do Constituinte em assegurar tantos direitos sociais propicia o reconhecimento de um direito específico e autônomo – ao mínimo existencial – que reúna todas as prestações que mais diretamente integram a cidadania social.⁴⁶³

⁴⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 25; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366.

⁴⁶¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99-116, 164-168; BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Org.). *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164.

⁴⁶² CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 243-244.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 253-254. Neste sentido, da relevância em se considerar o mínimo existencial um direito autônomo, cf. SARLET, op. cit., 2015, p. 332.

Para Sarlet, é possível identificar direitos subjetivos a prestação independentemente ou para além da concretização do legislador, que abrangem não apenas as condições existenciais mínimas (existência física), mas as necessárias a assegurar um certo grau de autonomia ao cidadão, por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que exerce uma função demarcatória do padrão mínimo em termos de direitos sociais.⁴⁶⁴ Com razão, assinala que “manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência”.⁴⁶⁵

Para o autor, o modelo ponderativo de Alexy é o que melhor atende à problemática de conciliar a contraposição de valores conflitantes e atentar para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto, de modo que sempre que os argumentos da reserva de competência do Legislativo, da separação dos poderes e as demais objeções oponíveis cederem diante do direito à vida, do princípio da dignidade humana e demais bens constitucionais colidentes, sejam fundamentais ou não, prevalecendo o direito social prestacional, estar-se-á na esfera de um mínimo existencial, que corresponde a um direito subjetivo *definitivo* a prestações; para além desse mínimo, haverá apenas um direito subjetivo *prima facie*.

Relevante notar que o autor não afasta, mesmo no âmbito do mínimo existencial, a possibilidade de alguma ponderação, pois a determinação desse mínimo existencial “não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos etc.) [...]”.⁴⁶⁶ Ressalta que mesmo quando se trata do mínimo existencial, o problema da dimensão fática da reserva do possível deve ser considerado, pois o pedido deve ser logicamente possível e sustentado na efetiva possibilidade material.⁴⁶⁷

Com Sarlet, cumpre ressaltar ainda que os diversos direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro, embora possam abarcar algumas dimensões do mínimo

⁴⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 364-365.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 365.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 367. Barcellos, inclusive, reconhece a possibilidade excepcional de ponderação de regras. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301, nota de rodapé nº 520).

existencial, não se reduzem a ele – ao mínimo existencial.⁴⁶⁸ O mínimo existencial teria a natureza de um direito-garantia autônomo, que serve de baliza para a interpretação dos demais direitos sociais.⁴⁶⁹ Importante, igualmente, não confundir o núcleo essencial dos direitos fundamentais com o mínimo existencial. Como assevera Sarlet, nem todos os direitos fundamentais extraem sua fundamentação diretamente da dignidade da pessoa humana.⁴⁷⁰ Além disso, em relação àqueles direitos que extraem sua fundamentação diretamente da dignidade, não se pode afirmar que tal conteúdo em dignidade corresponda sempre ao seu núcleo essencial.⁴⁷¹

Os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem sempre terão, portanto, um conteúdo que seja reconduzível diretamente à dignidade humana, mas nem por isso deixarão de ter um núcleo essencial, compreendido esse como “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”.⁴⁷²

Entretanto, em relação ao direito fundamental ao mínimo existencial, é preciso reconhecer a crítica de Bitencourt Neto, para quem “não há que se falar em ‘mínimo do mínimo’; o direito ao mínimo para uma existência digna é reserva de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que ou será respeitado ou será ofendido”.⁴⁷³ Não cabe, portanto, em relação ao mínimo existencial, falar em gradações, pois, com razão o

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 25; CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 254-256.

⁴⁶⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25; SARLET, op. cit., p. 332; CORDEIRO, op. cit., p. 253-254.

⁴⁷⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25-26; CORDEIRO, op. cit., p. 254-256. Neste sentido, Sarmento dá o exemplo do 13º salário, que, a seu ver, embora positivado na Constituição como direito social não teria qualquer relação com as condições básicas para a vida com dignidade. (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217).

⁴⁷¹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25-26.

⁴⁷² SARLET, op. cit., p. 420. “[...] nem todos os direitos fundamentais (pelo menos na constituição de 1988) apresentam um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial, pelo menos no sentido de uma proibição de abolição efetiva ou tendencial por parte do poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF) e/ou de uma vedação de restrições que afetem aspectos nucleares do direito fundamental em causa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143-144). Sobre a garantia do conteúdo essencial, cf. nota de rodapé nº 72.

⁴⁷³ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

autor, ou será respeitado ou ofendido, de modo que, para além do mínimo existencial, o regime jurídico passa a ser o regime regular dos direitos fundamentais sociais.⁴⁷⁴

Por tais razões, defende-se que a norma que consubstancia o direito ao mínimo existencial tem a natureza de *regra* e não de princípio, assim compreendida como o resultado de um processo ponderativo, na linha sustentada por Alexy.⁴⁷⁵ Concorde-se, portanto, com Bitencourt Neto, para quem o direito ao mínimo a uma existência digna corresponde a uma reserva de eficácia direta do princípio da dignidade humana.⁴⁷⁶ Eventual omissão ou insuficiência normativa não impedem a sua concretização, na medida em que, “se tal princípio é a estrutura de amarração do Direito, sua eficácia deve ser sempre plena, o que se garante, em último caso, por um direito implícito, de aplicação direta”.⁴⁷⁷ Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, atribui ao mínimo existencial a qualidade de núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, que opera como *regra*.⁴⁷⁸

Para Virgílio Afonso da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana deve seguir “os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo”, reconhecendo, entretanto, a possibilidade de exceções, isto é, situações em que o conteúdo essencial da dignidade não admitiria relativizações por meio

⁴⁷⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96. Em sentido contrário, defendendo o mínimo existencial como um direito que tem seu próprio núcleo essencial, a ser determinado no caso concreto, sujeito às contingências da reserva do possível, cf. CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 256-258.

⁴⁷⁵ Adota-se, neste trabalho, a concepção de princípios e regras adotada por Alexy. Para o autor, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91). Para uma visão alternativa em relação à distinção entre princípios e regras, além do uso da espécie normativa denominada “postulados”, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴⁷⁶ BITENCOURT NETO, op. cit., p. 96, 100-101.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁷⁸ “Partindo-se da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381).

de sopesamentos, afastando, excepcionalmente, a ideia de conteúdo essencial relativo, quando a própria Constituição define, por meio de *regras*, condutas absolutamente vedadas.⁴⁷⁹ Tal concepção, defendida por Virgílio Afonso da Silva, permite supor que, embora se trate de princípio, a dignidade humana, em casos excepcionais, atua como *regra*, entendimento semelhante ao defendido por Barcellos, para quem a dignidade humana atua ora como *regra* (em relação ao seu núcleo) e ora como *princípio* (em relação ao que extravasar o núcleo).⁴⁸⁰

Para Barcellos, o conteúdo do núcleo essencial da dignidade é determinável a partir de um consenso social,⁴⁸¹ abrangendo as prestações materiais necessárias à satisfação desse núcleo da dignidade, denominado de mínimo existencial.⁴⁸² É preciso reconhecer, contudo, que para Virgílio Afonso da Silva essa possibilidade de a dignidade atuar como regra é excepcional e somente ocorre nos casos em que a Constituição, expressamente, aponta determinada conduta como vedada. Para o autor, “o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”.⁴⁸³

Leivas critica a concepção de mínimo existencial como *regra*, por defender que se poderia partir apenas de regras constitucionais estatuídas diretamente do texto constitucional, a exemplo da regra que trata do direito público subjetivo à educação, enquanto as demais regras somente poderiam ser fruto de um processo de ponderação.⁴⁸⁴ Desta forma, defende que, observadas as condições econômicas e sociais do Brasil atual, seria possível reconhecer a existência de direitos definitivos ao mínimo existencial, dada

⁴⁷⁹ Com efeito, assinala: “Para evitar todos esses problemas e, além disso, manter a coerência com os pressupostos deste trabalho, parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria constituição, em normas com estrutura de *regra*, defina condutas *absolutamente* vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. [...]” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 201-202, grifo do autor). Neste sentido, identificando um núcleo essencial do princípio da dignidade humana que atua como regra – e não mais como princípio –, citando, inclusive, o exemplo do art. 5º, inc. III, da Constituição, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154-156.

⁴⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243-244.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 244-246.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 272-273.

⁴⁸³ SILVA, op. cit., p. 205.

⁴⁸⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133.

a presente relação entre a importância de satisfação do mínimo e o grau de afetação dos princípios colidentes; contudo, assevera, tal equação poderia ser modificada diante de circunstâncias excepcionais, que impedissem o reconhecimento do direito *prima facie* ao mínimo existencial como um direito definitivo.⁴⁸⁵ Em sentido parecido, Cordeiro também defende a existência de um direito *prima facie* ao mínimo existencial, que somente se torna definitivo a partir da concretização pelo legislador (e administrador), com primazia, ou pelo juiz, no caso concreto, em caso de omissão do legislador.

Todavia, ao menos na formulação proposta por Alexy e Barcellos, e defendida neste trabalho, o mínimo existencial é uma *regra* fruto de um processo de ponderação que considera as circunstâncias fáticas presentes num determinado momento histórico, aplicável em todos os casos em que o mesmo contexto fático se acha presente.⁴⁸⁶ A ocorrência de circunstâncias fáticas excepcionais que ensejem uma reavaliação do mínimo existencial não transmuda a sua natureza de regra para princípio; simplesmente resultará na elaboração de uma *nova ponderação*, onde as novas circunstâncias fáticas serão consideradas e terá como resultado uma nova regra do mínimo existencial, aplicável para aquele determinado contexto.

A regra do mínimo existencial proposta por Alexy e Barcellos será aplicável se presentes as circunstâncias fáticas de normalidade institucional, política, econômica, social etc. que resultaram na prevalência do princípio da liberdade fática sobre os princípios da separação dos poderes, democrático, da competência orçamentária do Legislativo e demais princípios colidentes. Em situações de anormalidade (v.g. guerra, calamidade pública ou até uma crise econômica severa), os pressupostos fáticos para a aplicação da regra poderão deixar de existir e uma nova regra deve ser produzida como fruto de um novo processo de ponderação, que levará em conta o novo contexto fático, de modo a, se for o caso, redimensionar as parcelas asseguradas pelo mínimo existencial. Tal redimensionamento poderá ocorrer no sentido de ampliação desse mínimo existencial, quando o contexto assim permitir (v.g. se compararmos as condições econômicas da(s) Alemanha(s) logo após a Segunda Guerra com as condições atuais). Em uma situação de guerra declarada e prolongada, talvez seja possível concluir que o

⁴⁸⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133-134.

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301, nota de rodapé nº 520.

mínimo existencial em educação se resume ao direito à alfabetização; num contexto de normalidade, provavelmente não.

Conforme lição de Alexy, ao tratar das colisões entre princípios – no caso, de um lado, os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática e, de outro, os princípios da separação dos poderes, democrático, da competência orçamentária do legislador e princípios materiais que correspondam a interesses de terceiros⁴⁸⁷ –, a solução se dá pelo estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada entre os princípios*, de acordo com as circunstâncias do *caso concreto*, fixando-se as *condições* sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro.⁴⁸⁸ Conforme assevera Alexy, “sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”.⁴⁸⁹ Em outros termos, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o *suporte fático* de uma *regra* que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.⁴⁹⁰

Em suma, diante das posições apresentadas, entende-se que a existência de um direito e garantia ao mínimo existencial é inerente à Constituição brasileira e consiste numa norma decorrente (atribuída) dos princípios da dignidade da pessoa humana (que pressupõe o direito à vida), do Estado Social e do direito à liberdade, compreendida aqui a liberdade fática. O mínimo existencial resulta de um processo de ponderação em que se levam em consideração, além dos referidos princípios e outros bens constitucionalmente relevantes, todos os óbices comumente apontados em face dos direitos sociais prestacionais, analisando as circunstâncias do caso concreto, atuando como *regra* e reserva de eficácia da dignidade humana. Não obstante, em relação a algumas prestações, já é possível antever como resultado desse processo ponderativo a sua inclusão no mínimo existencial, como ocorre com alguma parcela do direito à educação. Tal natureza – de reserva de eficácia material – enseja a conclusão de que se trata de uma *regra* que confere direitos *definitivos* a prestações, a ela não se aplicando, portanto, os limites da reserva do

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133.

⁴⁸⁸ ALEXY, op. cit., p. 96.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 96.

⁴⁹⁰ Trata-se da formulação menos técnica da “lei da colisão”, cuja formulada original é esta: “Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R”. (Ibid., p. 99).

possível, conforme se verá adiante, após analisar, a seguir, o conteúdo do mínimo existencial em educação.⁴⁹¹

3.3 O conteúdo do mínimo existencial em educação

A doutrina nacional reconhece que o conteúdo do mínimo existencial é condicionado por diversos fatores, como o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada sociedade, variáveis ao longo do tempo e do espaço.⁴⁹² Se é correto afirmar não existir um rol taxativo universal e completo de prestações integrantes do mínimo existencial, é igualmente apropriado reconhecer a existência de alguns consensos sobre a temática. O primeiro consenso perceptível consiste em não reduzir o mínimo existencial ao denominado mínimo vital, isto é, apenas às prestações imprescindíveis à mera sobrevivência física. Um mínimo de prestações socioculturais também é exigido a título de mínimo existencial. Daí decorre um segundo consenso, segundo o qual alguma parcela do direito à educação deve ser incluída no mínimo existencial sociocultural.

Neste sentido, embora não seja possível estabelecer de forma apriorística e taxativa um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que exigiria uma

⁴⁹¹ Importante destacar que, para os propósitos deste trabalho, ainda que alguma dúvida persista sobre a natureza de princípio ou regra do mínimo existencial, não há divergências quanto ao fato de que o mínimo existencial em educação especificamente decorre de uma regra, nos termos do art. 208, I e IV, § 1º, da CR, conforme reconhecido por Leivas, que atribui ao mínimo existencial a qualidade de princípio. Vejamos: “Um exemplo de direito fundamental social com natureza de regra e que também integra o mínimo existencial é o direito à educação fundamental, que a nossa Constituição qualifica como *direito subjetivo público*”. (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133, grifo do original.). Neste sentido, ainda: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 241.

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366-367; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114, 119; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63; BARCELLOS, op. cit., p. 301, nota de rodapé nº 520, 360; CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 259-260. Para Torres, o mínimo existencial não teria um conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, até mesmo algum originariamente não-fundamental (como os direitos sociais, na doutrina de Torres), em sua dimensão essencial e inalienável, sendo difícil delimitá-lo em relação ao denominado máximo de utilidade, que estaria ligado a uma ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social, fora, portanto, daquele mínimo. (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 29).

análise conforme as necessidades de cada pessoa e de sua família, Sarlet reconhece a possibilidade de se inventariar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam de roteiro e guia ao intérprete e aos órgãos competentes para a concretização da garantia do mínimo existencial.⁴⁹³ Enfim, para o autor, o mínimo existencial deve ser compreendido como “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”.⁴⁹⁴

No que se refere ao objeto desta análise – o mínimo existencial em educação –, Sarlet aponta que a dimensão sociocultural da dignidade constitui elemento nuclear que deve ser respeitado e promovido, fundamentando a inclusão no mínimo existencial de determinadas prestações de direitos culturais, como, por exemplo, a *educação infantil* e o *ensino fundamental*, considerados direitos subjetivos originários a prestações em matéria educacional.⁴⁹⁵ Sarmento, igualmente, defende que o mínimo existencial não se esgota na garantia das necessidades físicas do ser humano, pois deve assegurar também a sua dignidade, daí a razão de abranger o acesso à *educação* (creche, pré-escola, ensino fundamental e médio).⁴⁹⁶

No mesmo sentido, Krell defende que o “padrão mínimo social” para a sobrevivência deve incluir sempre “um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à *educação de primeiro grau* e a garantia de uma moradia”, destacando, contudo, que o conteúdo concreto do mínimo variará de país para país.⁴⁹⁷ Barroso, por sua vez, sugere existir um consenso razoável no sentido de que a regra do mínimo existencial inclui, ao menos, os direitos a uma renda mínima, saúde básica, *educação básica*, acesso à justiça, além de necessidades elementares como alimentação, água, vestuário e abrigo.⁴⁹⁸

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 26-27.

⁴⁹⁴ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25.

⁴⁹⁵ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 24-25, grifo nosso; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652-653; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352.

⁴⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 216-219.

⁴⁹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63, grifo nosso.

⁴⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 85, grifo nosso; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381.

Conforme já referido anteriormente, em relação ao conteúdo do mínimo existencial em educação, Torres considera como integrante do denominado *status positivus libertatis* apenas a educação *primária*, relegando a educação secundária e o ensino superior ao *status positivus socialis*, que, ao contrário daquele, se concretizaria apenas sob a “reserva do possível” ou na conformidade da autorização orçamentária.⁴⁹⁹

Bitencourt Neto, por sua vez, defende que o conteúdo do mínimo existencial deve ser definido em função das necessidades extraídas de um padrão de vida mais ou menos consolidado na sociedade, a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana, utilizando-se parâmetros extraídos da Constituição, chegando a algumas bases indicativas do que seria atualmente considerado como indispensável a uma existência digna: os direitos à alimentação, moradia, *ensino fundamental*, saúde básica, vestuário e o acesso à justiça.⁵⁰⁰ A resposta precisa, contudo, somente poderia ser definida, segundo o autor, no caso concreto, conforme a necessidade específica do indivíduo.⁵⁰¹

Para Cordeiro, o mínimo existencial compreende um conjunto de prestações materiais que asseguram as condições necessárias a fim de que o indivíduo tenha uma vida digna como pessoa ética e desenvolva-se como cidadão, assim considerado o membro normal e plenamente cooperativo da sociedade democrática, durante toda sua vida, além de agente capaz de assumir responsabilidades pelos seus próprios fins.⁵⁰² Embora entenda não ser possível delimitar *a priori* o seu conteúdo, a autora reconhece existir um razoável consenso quanto ao mínimo existencial abarcar aspectos do direito à saúde, à *educação*, à assistência aos desamparados (abrangendo alimentação, vestuário, abrigo e renda mínima), à seguridade social e acesso à justiça, destacando, contudo, a existência de divergências num plano anterior, mais abstrato, pertinente à justificação,

⁴⁹⁹ “A mesma coisa aconteceu com a educação: apenas o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, constituindo direito público subjetivo (art. 208, I e § 1º), isto é, integrando-se ao catálogo dos direitos fundamentais e do mínimo existencial; [...]”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-416). Cf., ainda, TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 40-41.

⁵⁰⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117-124.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 258.

fundamentação e vocação constitucional do mínimo, e, no plano mais concreto, a respeito do quanto de cada um dos mencionados direitos é efetivamente devido.⁵⁰³

Para Alexy, conforme visto anteriormente, é possível reconhecer a existência de “direitos fundamentais sociais mínimos” a partir da Constituição alemã, reconhecida pela ausência de um rol de direitos fundamentais sociais, a partir do preenchimento de algumas condições.⁵⁰⁴ O autor chega a admitir um mínimo existencial em educação mais amplo, aparentemente, do que as versões nacionais anteriormente citadas. Corresponderiam aos “direitos fundamentais mínimos”, segundo a doutrina de Alexy, os direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à *educação fundamental e média*, à *educação profissionalizante* e a um patamar mínimo de assistência médica.⁵⁰⁵

Barcellos, de forma semelhante à proposta de Alexy, apresenta o conteúdo do mínimo existencial como fruto de um processo de ponderação prévio, a dispensar um novo processo ponderativo.⁵⁰⁶ Sua proposta de concretização do mínimo existencial, a partir da Constituição de 1988, é composta por quatro elementos, que correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, sendo três materiais e um instrumental: *educação básica* (não apenas durante a idade escolar, mas também aos que não tiveram acesso em idade própria⁵⁰⁷), *saúde básica*, *assistência aos desamparados* (envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo) e o acesso à Justiça (indispensável para a eficácia jurídica simétrica ou positiva), aos quais reconhece eficácia jurídica positiva e o *status* de direito subjetivo exigível judicialmente.⁵⁰⁸

Do exposto, especificamente em relação ao conteúdo do mínimo existencial, verifica-se um acordo entre os autores quanto a alguma parcela do direito fundamental à educação estar protegida pelo referido mínimo. Divergem, contudo, quanto às etapas da educação que deverão ser consideradas integrantes, se apenas o ensino fundamental, de

⁵⁰³ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 261 e nota de rodapé nº 788.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 512, grifo nosso.

⁵⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301, nota de rodapé nº 520.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 351-352.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 302-303. Tecendo algumas críticas à proposta, por considerá-la insuficiente, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 218-219.

primeiro grau ou primário, ou se, também, o ensino médio, de segundo grau ou secundário, além do profissionalizante.

Percebe-se, ainda, uma tendência entre os autores nacionais em limitar a fundamentação apenas ao texto constitucional para indicar qual etapa da educação deve ser considerada como integrante do mínimo existencial, sem analisar o *conteúdo* dos diversos níveis escolares (educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e educação superior⁵⁰⁹) e a sua relevância para a dignidade humana do indivíduo, em especial para o desenvolvimento de sua personalidade, sua preparação para o exercício da cidadania e preparação para o trabalho (art. 205, CR), ainda que em seus aspectos essenciais.⁵¹⁰

A análise do conteúdo se apresenta ainda mais relevante quando a própria legislação disciplinadora das diretrizes e bases da educação nacional confere ao ensino médio um papel fundamental para o desenvolvimento desses aspectos (personalidade, cidadania e trabalho). A comparação do objetivo do ensino fundamental com as finalidades do ensino médio permite constatar que somente na etapa final da educação básica (= ensino médio) o ensino passa a se voltar à preparação do indivíduo para o trabalho, a cidadania e o seu aprimoramento como pessoa humana no sentido da formação ética e do desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (desenvolvimento da personalidade), nos termos dos artigos 32 e 35 da LDB.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Nos termos do art. 21 da LDB, a educação escolar compõe-se de educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, e, também, pela educação superior.

⁵¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352, 450; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652; TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46-47; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 285; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-146; SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 65; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 338; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

⁵¹¹ “Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006) I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

Aspectos essenciais para a formação do indivíduo não são alcançados, portanto, na etapa do ensino fundamental, mas apenas a partir do ensino médio, que completa a educação *básica* do cidadão. Esse raciocínio serviria para justificar, mesmo antes da EC nº 59/2009, que promoveu uma ampliação do direito público subjetivo à educação, conforme visto anteriormente,⁵¹² a inclusão do ensino médio como parcela integrante do mínimo existencial no Brasil. A essa primeira razão para a inclusão do ensino médio no conteúdo do mínimo existencial em educação denominamos de *argumento substancial*.⁵¹³

Entretanto, para a doutrina, a delimitação do conteúdo do mínimo existencial em educação sempre esteve atrelada àquilo que a Constituição definia originalmente como direito público subjetivo (antes da EC nº 59/2008), ou seja, ao ensino fundamental, além da inclusão, por construção jurisprudencial, da educação infantil.⁵¹⁴ A essa fundamentação do mínimo existencial em educação denominamos de *argumento formal*.

Sempre foi relativamente comum essa associação do mínimo existencial em educação às prestações asseguradas em nossa Constituição como obrigatórias e gratuitas e, portanto, direitos subjetivos originários e definitivos, nos termos do seu art. 208, inc. I e II, e § 1º.⁵¹⁵ A rigor, essa visão da questão do mínimo existencial a partir da forma como

[...] Art. 35. O *ensino médio*, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como *finalidades*: I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II - a *preparação básica para o trabalho e a cidadania* do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III - o *aprimoramento* do educando como pessoa humana, incluindo a *formação ética* e o *desenvolvimento da autonomia intelectual* e do pensamento crítico; IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina” (grifo nosso).

⁵¹² Cf. seção 2.3.2.3.

⁵¹³ A inclusão do ensino médio no mínimo existencial a partir do argumento substancial é consentânea com a concepção de mínimo existencial adotada por Cordeiro. Para a autora, “[...] o direito ao (e garantia do) mínimo existencial, enquanto elemento constitucional essencial e parte indissociável da *cidadania integral*, compreende aquele conjunto de prestações materiais que asseguram as condições necessárias a que o indivíduo, além de levar uma vida digna como *pessoa ética, desenvolva-se como cidadão*, isto é, seja um membro normal e plenamente cooperativo da sociedade democrática por toda a vida e agente capaz de assumir responsabilidades pelos seus próprios fins”. (CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 258, grifo nosso).

⁵¹⁴ Cf. seção 1.3 e nota de rodapé nº 111.

⁵¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352, 450; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652; TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46-47; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 285; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-146; SIFUENTES,

o direito à educação encontrava-se positivado em nossa Constituição não é equivocada, mas natural, diante do fato, já assinalado, de que o conteúdo do mínimo existencial é variável e deve observar as peculiaridades econômicas, sociais, culturais e, por certo, o próprio ordenamento jurídico de cada sociedade.

Como bem assinala Bitencourt Neto, a prestação decorrente do mínimo existencial deve ser determinada em conformidade com alguma necessidade específica do indivíduo que ameace a sua dignidade, observando-se as diferentes competências do legislador, para efetuar as escolhas políticas, e do juiz, para assegurar a plena eficácia desse direito.⁵¹⁶ Para o autor, “é possível, portanto, a *identificação de um conteúdo do direito ao mínimo existencial, a partir de disposições constitucionais jusfundamentais* e da identificação de necessidades concretas extraídas de um padrão de vida mais ou menos consolidado em dada sociedade [...]”.⁵¹⁷ Para a delimitação do conteúdo do mínimo existencial, mormente em Constituições analíticas em termos de definição de direitos sociais, como a brasileira, devem ser consideradas as disposições sobre direitos fundamentais adotadas pelo próprio legislador Constituinte e, posteriormente, pelo legislador ordinário.⁵¹⁸

Não é irrelevante, portanto, para fins de delimitação do conteúdo do mínimo existencial em educação, a consagração do ensino fundamental como direito público subjetivo em nossa Constituição, em sua redação original. Tanto assim que, repita-se, a doutrina brasileira, de forma praticamente unânime, considera o ensino fundamental parte integrante do mínimo existencial em educação, sem tecer muitas considerações a respeito das razões que justificariam essa escolha, além da própria previsão do art. 208, inc. I, § 1º, da Constituição, em sua redação original.⁵¹⁹ Não se observa, entretanto, uma

Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 65; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 338; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

⁵¹⁶ BITENCOURT NETO, op. cit., p. 122-123.

⁵¹⁷ Ibid., p. 121, grifo nosso.

⁵¹⁸ “Assim, é que em Constituições que se limitam a enunciar princípios gerais como o da dignidade da pessoa humana, ou o da igualdade de fato, se podem identificar direitos a prestações materiais mínimas para uma existência digna adscritos a tais disposições gerais e, de outra parte, em Constituições analíticas quanto a direitos fundamentais, incluídos direitos sociais a prestações, se pode assegurar eficácia plena a posições decorrentes de tais direitos fundamentais, considerados como um todo, incluídas posições relativas a direitos a prestações materiais”. (Ibid., p. 120-121).

⁵¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352, 450; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 652; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito*

argumentação substancial de que o ensino fundamental corresponderia àquilo de essencial para o indivíduo em termos de realização de uma vida digna, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, da cláusula do Estado Social ou, ainda, para assegurar uma liberdade *fática*, rechaçando expressamente a possibilidade de inclusão das outras etapas de ensino, em razão de seu conteúdo extrapolar aquilo que seria basilar para o indivíduo.

Adotando o mesmo parâmetro para fins de delimitação do conteúdo do mínimo existencial em educação – a forma de positivação do direito à educação no texto constitucional, especificamente da parcela referente ao direito público subjetivo (*argumento formal*) –, há razões fortes para se considerar a alteração propiciada pela EC nº 59/2009 – que estendeu o ensino obrigatório e gratuito para toda a educação básica, dos quatro aos 17 anos (pré-escola, ensino fundamental e ensino médio) – como um possível redimensionamento do mínimo existencial em educação operado pelo próprio legislador constitucional.⁵²⁰ Essa argumentação *formal* seria condizente também com o *argumento substancial*, anteriormente apresentado, representando um reconhecimento pelo legislador constitucional de que a primeira “versão” do mínimo não seria mais suficiente no atual estágio da sociedade brasileira.

Afinal, é assente a afirmação na doutrina de que o mínimo existencial não é algo imutável ao longo do tempo, mas variável conforme as condições econômicas, sociais, culturais de uma sociedade, no sentido de uma progressividade que busca a construção de uma sociedade de bem-estar.⁵²¹ Nesse sentido, Barcellos, em relação ao conteúdo do

Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415; SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 65; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 338; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

⁵²⁰ Acerca da inclusão do ensino médio na concepção de direito público subjetivo, cf. seção 2.3.2.3.

⁵²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366-367; BITENCOURT NETO, op. cit., p. 114, 119-120; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63; CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 259-260.

mínimo existencial, destaca seu caráter histórico e não absoluto, passível de alterações diante de novas circunstâncias fáticas ou jurídicas.⁵²²

Outro aspecto que reforça o *argumento formal*, no sentido da caracterização da educação básica como integrante do conteúdo do mínimo existencial em educação, resulta do fato de que, em termos de eficácia, a educação básica, ao passar a ser considerada um direito público subjetivo (art. 208, I, §§ 1º e 2º, CR c/c art. 6º da EC nº 59/2009), obteve a mesma proteção atribuída às prestações consideradas como integrantes do mínimo existencial – justiciabilidade direta de prestações materiais e inaplicabilidade dos limites da reserva do possível.⁵²³

Desta forma, ainda que a educação básica como um todo não fosse considerada como integrante do mínimo existencial, a sua qualificação constitucional como direito público subjetivo submete-a ao mesmo regime das parcelas integrantes do referido mínimo. Essa força jurídica equivalente reforça a tese, ora defendida, de que as parcelas do direito à educação qualificadas pelo Constituinte como direito público subjetivo são integrantes do mínimo existencial por decisão do próprio legislador constitucional, que tem a competência primeira para a delimitação de seu conteúdo.

Estando essa reserva de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana devidamente assegurada,⁵²⁴ isto é, não sendo o caso de uma proteção deficiente daquilo que se considera idealmente inserido na concepção de mínimo existencial, mas, ao contrário, de uma aplicação desse mínimo por força da evolução natural da sociedade brasileira, a descaracterização da educação básica como integrante do mínimo existencial demandaria razões fortes, que não se observam no presente caso.⁵²⁵ Ao contrário, a

⁵²² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301, nota de rodapé nº 520, 360.

⁵²³ Acerca do regime jurídico do direito público subjetivo à educação, cf. seção 2.3.2.2.

⁵²⁴ Para Bitencourt Neto, o direito ao mínimo para uma existência digna é uma reserva de eficácia direta ou uma reserva de eficácia material do princípio da dignidade da pessoa humana (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101, 115, 128, 134, 167, 174).

⁵²⁵ Seria a hipótese de uma excessiva ampliação do mínimo existencial de modo a abarcar, por exemplo, o direito de acesso ao ensino superior em qualquer curso pretendido pelo indivíduo. Uma tal previsão, ainda que em sede constitucional, certamente suscitaria questionamentos quanto ao excesso da “promessa” diante das limitações fáticas do Estado brasileiro, na medida em que toda a construção do mínimo existencial por aqui desenvolvida vem reconhecendo a impossibilidade de se aduzir restrições orçamentárias e financeiras ou a ausência de interposição legislativa nestes casos. Na Alemanha, onde as condições econômicas e sociais são muito mais avançadas do que a nossa realidade apresenta neste momento, até se reconheceu o direito de acesso ao ensino superior da escolha do interessado, mas não como um direito originário a prestações, posto que sujeito ao limite da reserva do possível, no conhecido caso *numerus clausus*. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 356-357; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 437-439). Bitencourt Neto questiona, inclusive, se o núcleo

ampliação do mínimo existencial em educação para abarcar não apenas a educação infantil e o ensino fundamental, mas também o ensino médio, além de se ajustar ao *argumento substancial*, antes referido, sempre foi defendida no âmbito da doutrina como um direito à progressividade,⁵²⁶ que não deve, portanto, eternizar-se, caso contrário seria mera retórica para afastar a possibilidade da expansão do conteúdo do direito público subjetivo ou do mínimo existencial em educação.

Importante lembrar o enunciado do direito geral a prestações, desenvolvido por Alexy, segundo o qual, “em virtude de normas de direitos fundamentais, todos se encontram em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁵²⁷ A partir dessa concepção, e de tudo o exposto até o presente momento, é o caso de questionar se, em relação ao direito à educação, seria condizente com a Constituição brasileira relegar a concretização do acesso à *educação básica* à vontade da maioria parlamentar simples, em nome de uma aplicação incondicional da separação dos poderes e do princípio democrático, ou se, ao contrário, está-se diante de um consenso social e jurídico que a insere no mínimo existencial em educação, num patamar superior, portanto, imune a eventuais dissabores do dia a dia da gestão pública e da atividade legislativa, ensejando, por conseguinte, um dever permanente e inafastável de efetiva materialização. A resposta parece evidente, pois a concretização da *educação básica* (= mínimo em educação) não é uma opção, senão um dever imanente ao modelo de Estado Democrático de Direito consubstanciado na Constituição de 1988.

Outro aspecto relevante quanto ao conteúdo do mínimo existencial em educação consiste em definir se se deve considerar ou não nele abrangido o direito à educação básica em relação a quem não teve acesso ao serviço na época própria. Para Barcellos,

essencial do direito de acesso ao ensino superior seria indispensável para assegurar o mínimo para uma existência digna. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168).

⁵²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-615; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 208-209; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352-353; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 655.

⁵²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450.

“[...] aqueles que não tiveram acesso à educação não deixam de ter *direito* a esse serviço, do ponto de vista jurídico, pela circunstância de não terem ido a juízo postulá-lo individualmente”.⁵²⁸

A Constituição, em sua redação original, previa, em seu art. 208, inc. I, o “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Após a EC nº 14/1996, foi retirada a menção à obrigatoriedade em relação aos que não haviam tido acesso ao ensino fundamental na época própria, estabelecendo o “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Com a EC nº 59/2009, ficou assentado, de forma mais evidente, que o ensino obrigatório e gratuito corresponde apenas à educação básica dos quatro aos 17 anos de idade, mantendo somente a gratuidade (e não a obrigatoriedade) aos que não tiveram acesso em época própria, ao prever a “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

Percebe-se, portanto, não existir mais a *obrigatoriedade* do ensino após os 17 anos, embora seja facultado o acesso gratuito. Ocorre que a Constituição estabelece como direito público subjetivo apenas “o acesso ao ensino *obrigatório* e gratuito” (art. 208, § 1º, CR), de modo que, numa interpretação literal, poder-se-ia concluir que o direito público subjetivo à educação cessaria após os 17 anos. Tal interpretação, contudo, geraria um paradoxo, pois o decurso do tempo sem acesso à educação não supre, por si só, a necessidade do serviço para os fins de pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho. Ao contrário, a imprescindibilidade da educação básica para as finalidades do art. 205 da CR é atemporal e conduz à conclusão de que o indivíduo deve ter assegurado o direito de acesso a qualquer tempo, de forma gratuita, apenas não existindo mais a possibilidade de obrigá-lo a frequentar a escola após a maioridade.

Desta forma, concorda-se com o posicionamento de Barcellos quanto a considerar a existência de um direito subjetivo individual ao acesso à educação básica a todos, independentemente de estarem ou não em idade escolar, devendo ser considerada, inclusive, como parcela integrante do mínimo existencial. Entretanto, diante de seu caráter *facultativo* após a maioridade do indivíduo, a concretização desse direito, mormente pela via judicial, especialmente em sede de demandas coletivas ou abstratas,

⁵²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 351-352, grifo do original.

deve ficar condicionada à existência do interesse individual do cidadão em obter tal serviço, diferentemente do que ocorre quando se trata da educação básica na época própria, ocasião em que a educação é *obrigatória*, sendo correlato ao direito de acesso à educação o dever do Estado e dos pais ou responsáveis, ou seja, da família, em zelar pela frequência dos menores ao curso, nos termos dos arts. 205, 208, § 3º, e 227, *caput*, da Constituição.

Por fim, cumpre assentar que, nos mesmos termos apontados anteriormente, ao discorrer sobre o direito público subjetivo à educação,⁵²⁹ em relação ao mínimo existencial também se deve considerar como necessário para a realização do ideal de propiciar as condições materiais para uma vida digna não apenas o acesso (formal) à educação, mas o acesso à educação que propicie ao indivíduo obter o seu pleno desenvolvimento como pessoa, estar preparado para exercer a cidadania e qualificar-se para o trabalho. Em outras palavras, é necessário que o mínimo existencial em educação consista na promoção do acesso à educação (aspecto formal) com qualidade mínima (aspecto material), sem a qual haverá uma mera aparência de concretização do direito.⁵³⁰

O padrão mínimo de qualidade em educação acha-se previsto na Constituição, nos termos dos artigos 206, inc. VII, 211, § 1º, 212, § 3º, e 214, inc. III. A definição dos padrões de qualidade na educação depende, todavia, de conformação legislativa ordinária, nos termos do art. 214, *caput*, inc. III, da CR. O Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005, de 2014) estabelece os padrões mínimos que devem ser alcançados em cada etapa do ensino ao longo do decênio correspondente.

Do exposto, sem prejuízo das diferenças entre o controle do aspecto formal (acesso) e material (qualidade) do mínimo existencial em educação, conforme se abordará posteriormente, reconhece-se que o mínimo existencial em educação no Brasil corresponde ao acesso à educação básica gratuita com o padrão mínimo de qualidade constitucionalmente previsto e já legalmente delimitado, a todos, independentemente de estarem ou não em idade escolar.

⁵²⁹ Cf. seção 2.3.2.

⁵³⁰ Ilustrando a proposta de forma exemplificativa, não bastaria colocar todas as crianças e jovens em idade escolar de uma determinada comunidade dentro de um ginásio ou de um galpão, designar um cidadão qualquer para a função de professor e apor uma placa na porta indicando que ali há uma “escola”, para escusar-se do dever de concretização do mínimo existencial.

3.4 A eficácia do mínimo existencial e a reserva do possível

A problemática da escassez dos recursos para a concretização dos direitos não é específica dos denominados direitos fundamentais sociais. Holmes e Sunstein há muito já demonstraram que tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais exigem recursos públicos, chegando a questionar se, de fato, em relação aos custos, poderia haver uma distinção entre direitos positivos e negativos.⁵³¹

Todavia, há de se atribuir certa razão ao argumento de que entre direitos da liberdade e os direitos sociais existem diferenças em termos de custos, a exigir um tratamento diferenciado.⁵³² Com efeito, os gastos com a manutenção de instituições políticas ou com o Judiciário não podem ser atribuídos apenas a uma espécie de direitos, mas servem a todos direitos civis, políticos, sociais e econômicos, diferentemente do que se observa, por exemplo, quando há uma determinação judicial que obrigue o Estado a fornecer medicamentos de alto custo.⁵³³ Portanto, em termos de alocação de recursos, existem diferenças entre decisões que visem a promoção de direitos civis e políticos em

⁵³¹ “A more adequate approach to rights has a disarmingly simple premise: private liberties have public costs. This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom of speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion, and indeed of the full panoply of rights characteristic of the American tradition. From the perspective of public finance, all rights are licenses for individuals to pursue their joint and separate purposes by taking advantage of collective assets, which include a share of those private assets accumulated under the community’s protection. [...] That all rights require political officials to tax and spend suggests the speciousness of the overused distinction between positive and negative rights”. (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000, p. 220-221). Neste sentido, Abramovich e Courtis também questionam a diferenciação entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais de outro, ao argumento de que aqueles resultariam apenas em obrigações negativas ou de abstenção, enquanto os últimos exigiriam obrigações positivas que, quase sempre, exigem recursos públicos. Para os autores, a estrutura dos direitos civis e políticos caracteriza-se como um complexo de obrigações estatais negativas e positivas, assim como, no caso dos direitos econômicos, sociais e culturais há, além de sua faceta prestacional mais visível, a existência simultânea de obrigações de não fazer, tais como as obrigações estatais de não causar danos à saúde, de não piorar a educação ou de não destruir o meio ambiente. (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 29-34). Barcellos, igualmente, defende que “a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem um custo zero”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 280). Neste sentido, ainda, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 227.

⁵³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 294; SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593-594.

⁵³³ SILVA, op. cit., p. 593-594.

relação a decisões que tratem de realizar ou garantir direitos sociais.⁵³⁴ Reforça tal argumento a constatação de que o “fator custo” dos direitos fundamentais em geral não costuma ser apontado como um empecilho à efetivação pela via jurisdicional de direitos subjetivos “negativos”.⁵³⁵ Essa peculiaridade dos direitos sociais costuma suscitar questionamentos sobre a possibilidade de se exigir do Estado, pela via judicial, o atendimento de alguma prestação material.

A questão das limitações do Estado para fazer frente às pretensões individuais relacionadas a prestações positivas é associada, na doutrina, à conhecida decisão *numerus clausus*, do Tribunal Constitucional Federal alemão.⁵³⁶ Em 1972, o TCF, no julgamento de dois controles concretos, apreciou regulamentos sobre a admissão (vestibular) para medicina humana nas Universidades de Hamburgo e da Baviera.⁵³⁷ Em linhas gerais, estava em discussão a possibilidade de limitação de um número absoluto de vagas (*numerus clausus*) ante ao direito à livre escolha da profissão e do lugar de aprendizagem (art. 12.1.1, Lei Fundamental⁵³⁸), o princípio da igualdade e o princípio do Estado Social.⁵³⁹ Ao final, o TCF entendeu ser possível impor limitações absolutas à admissão de calouros para um curso específico, se forem determinadas nos limites do estritamente necessário, após o uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis e se houver critérios racionais para a escolha e a distribuição dos candidatos, previstos em lei.⁵⁴⁰

Interessante notar ter sido reconhecido pela Corte que o direito de liberdade de escolha de profissão não se resume a sua vertente negativa, pois “os direitos fundamentais

⁵³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593-594.

⁵³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 294; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 27-28.

⁵³⁶ *BVerfGE* 33, 303.

⁵³⁷ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656.

⁵³⁸ “Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão] (1) *Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem*. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei”. (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradução Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> >. Acesso em: 3 nov. 2018, p. 22, grifo nosso).

⁵³⁹ MARTINS, op. cit., p. 657.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 658.

não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado”.⁵⁴¹ Com efeito, “a proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público”.⁵⁴² O TCF considerou, em suas razões, a relação intrínseca entre o direito de liberdade e as condições fáticas necessárias ao seu exercício, porquanto “[...] a livre escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo”.⁵⁴³

O TCF reconheceu, no caso, que a capacidade disponível não era suficiente a abarcar todos aqueles qualificados ao ensino superior.⁵⁴⁴ Assim, embora tenha constatado que o aumento excessivo do número de pessoas recusadas, para muito além da metade dos candidatos, pudesse tornar inócuo o direito constitucional de admissão no curso de livre escolha, tais direitos de participação em benefícios estatais se encontravam sob a *reserva do possível*, “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”.⁵⁴⁵ Essa avaliação é de competência primeira do legislador, que, ao administrar o orçamento, deve considerar os outros interesses da coletividade, para decidir sobre a extensão e as prioridades de expansão do ensino superior, devendo considerar, para tanto, não apenas a necessidade – o que poderia provocar um direcionamento profissional constitucionalmente vedado –, mas, também, a tendência de demanda por vagas.⁵⁴⁶

A livre autodeterminação individual não obriga o Estado a prover a cada candidato, em qualquer momento, a desejada vaga no ensino superior de sua escolha, pois “[...] em longo prazo [a liberdade pessoal] não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado social”.⁵⁴⁷ Para o TCF, fazer com que os recursos públicos limitados beneficiem somente uma parcela privilegiada da sociedade população, sem considerar outros importantes interesses

⁵⁴¹ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 660.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 661.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 662.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 663.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 663.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 663-664.

coletivos, ensejaria a violação do mandamento constitucional de justiça social, cuja concretização se dá no princípio da igualdade.⁵⁴⁸

A doutrina alemã da reserva do possível considera, portanto, que, embora se possa extrair de direitos de liberdade prestações positivas – como o dever estatal de providenciar a expansão de vagas no ensino superior, conforme critérios que considerem a liberdade individual de escolha –, não significa que tais pretensões correspondam a direitos subjetivos *definitivos*.⁵⁴⁹ Para o TCF, a pretensão de participação em benefícios materiais estatais, ainda que amparada sob um direito de liberdade, é condicionada à reserva do possível daquilo que razoavelmente se pode exigir da sociedade, competindo primacialmente ao legislador a avaliação e a decisão sobre se e quando tal prestação deverá ser materializada, gerindo e compatibilizando, por meio da administração do orçamento, os diversos interesses da coletividade.⁵⁵⁰

No Brasil, a temática recebeu influências da doutrina e da jurisprudência alemãs.⁵⁵¹ Inicialmente, a utilização da reserva do possível serviu de escudo para resguardar o Estado omissivo quanto à concretização de direitos sociais, ao argumento de

⁵⁴⁸ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 664.

⁵⁴⁹ Sarlet destaca ter sido atribuído à decisão um efeito didático, por ter resultado em medidas concretas relacionadas à ampliação da capacidade então existente na esfera do ensino superior, bem como por ter funcionado como um apelo às instâncias políticas no sentido de promoverem concretamente a realização do direito de acesso ao ensino superior, numa dimensão jurídico-objetiva. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 356-357). Para Dimoulis e Martins, contudo, na decisão *numerus clausus* “tratava-se de uma redução de posição jurídica individual provocada por mudança legislativa, e não de problema de direitos sociais” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98).

⁵⁵⁰ Seria, a partir da doutrina de Alexy, um direito subjetivo *prima facie* vinculante, porquanto sujeito à reserva do possível, sujeito a um grau de proteção forte (grau 2), porém não tão intenso quanto a proteção relativa ao mínimo existencial (grau 1), que corresponde a um direito subjetivo *definitivo* vinculante a prestações. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 501-502, 515).

⁵⁵¹ Embora se trate de critério comumente aceito pela doutrina brasileira, ao analisar a exigibilidade de direitos sociais prestacionais, variando a sua aplicação a depender das concepções de direitos sociais e de reserva do possível adotadas pelo intérprete, cumpre destacar que para Dimoulis e Martins, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, a reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais. Em linhas gerais, sustentam que o “possível” não seria uma grandeza aferível objetivamente. Além disso, a análise do Judiciário a respeito da inconstitucionalidade de opções orçamentárias e políticas de outros Poderes somente poderia ocorrer diante de algum critério, sendo o critério racional a verificação da observância da ordem de prioridades (absoluta ou relativa) estabelecida pela Constituição; sendo raras as normas que preveem tais critérios, asseveram que, em regra, não há fundamento para o Judiciário realizar comparações entre políticas públicas e aferir se a realização de determinado direito é possível. Por fim, sustentam a inaplicabilidade da reserva do possível ao argumento de que não caberia ao Judiciário mediar a capacidade financeira e as prioridades políticas definidas por outros Poderes para atender demandas fundadas em direitos sociais, mas apenas verificar a inconstitucionalidade por omissão. (DIMOULIS; MARTINS, *op. cit.*, p. 98-100).

que o Judiciário não seria legitimado a atuar na seara dos gastos orçamentários.⁵⁵² Tal posicionamento recebeu fortes críticas por parte da doutrina, que via em tal concepção da reserva do possível uma “transferência mal refletida” de conceito estrangeiro, concebido num contexto social e econômico totalmente diverso daquele verificado em países em desenvolvimento como o Brasil, onde o Estado Social jamais se consolidou e problemas como educação e saúde ainda são desafios que, aparentemente, decorrem da (falta de) vontade política e de organização administrativa.⁵⁵³

Posteriormente, seja no âmbito doutrinário, seja na jurisprudência brasileira, aquela concepção inicial da reserva do possível passou a ser vista com reservas, especialmente nos casos relativos ao mínimo existencial, em que tal óbice foi superado.⁵⁵⁴

Em linhas gerais, “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.⁵⁵⁵ Abrange duas situações, a denominada reserva do possível *fática*, pertinente à inexistência de recursos, e a reserva do possível *jurídica*, relacionada à ausência de autorização orçamentária para a realização de um gasto específico, ou ainda, à possibilidade jurídica de disposição por parte do Estado.⁵⁵⁶ Além desses dois aspectos, Sarlet e Sarmiento apontam uma terceira faceta da reserva do possível, na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, referente à questão da proporcionalidade dessa prestação, especialmente sobre sua exigibilidade e

⁵⁵² KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 52.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 51-57.

⁵⁵⁴ Cf. o Ag. no RE 273.834, relativo ao fornecimento de medicamento para aids, e o RE 436.996, sobre o direito à educação infantil em TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 75. Cf., ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 372; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 32.

⁵⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277.

⁵⁵⁶ SARLET, op. cit., p. 295-296; BARCELLOS, op. cit., p. 278; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 230; KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível: e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78-87.

razoabilidade.⁵⁵⁷ Em suma, seria um “[...] limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações [...]”.⁵⁵⁸

Discussões relacionadas à escassez de recursos públicos, necessidades quase ilimitadas e sobre quem deve decidir acerca da alocação de tais recursos, merecem uma abordagem diferenciada no tocante à necessidade de assegurar o mínimo existencial.⁵⁵⁹ Não se afirma, contudo, que a simples menção ao mínimo existencial faça surgir os recursos necessários à sua realização – tal como o toque do rei Midas.⁵⁶⁰ Entretanto, nesta seara da garantia das condições mínimas a uma vida digna, o problema da escassez e o argumento da reserva do possível ganham contornos próprios, como reconhece, em grande medida, a doutrina nacional.

Seguindo a teoria de Alexy, formulada à luz da Constituição alemã – que, reiteradamente, não conferiu ao direito à educação, nem de longe, densidade normativa semelhante à atribuída em nossa Constituição –, é possível afirmar que o direito à educação *básica*, no Brasil, decorre uma norma vinculante que outorga direitos subjetivos *definitivos* a prestações, não alcançado, sequer, pela reserva do possível.⁵⁶¹

Em Alexy, a fundamentação para afastar os limites da reserva do possível das parcelas acobertadas pelo mínimo existencial decorre do fato de que esse mínimo é fruto de um processo de sopesamento no qual já foram considerados diversos óbices, tais como aqueles relacionados aos princípios da separação de poderes, democrático e a questão da

⁵⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 296; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 30; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 230. Kelbert denomina essa terceira faceta de dimensão negativa, que atua como uma proteção contra o esvaziamento de outras prestações, impedindo que a satisfação de uma prestação comprometa a satisfação de outra (KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível: e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87-89).

⁵⁵⁸ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 180.

⁵⁵⁹ Quanto à escassez, Sarlet destaca, a partir da lição de Ana Carolina Lopes Olsen, o seu caráter artificial, resultado de uma construção humana de modo que “a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa do objeto da regulação jurídica”. (SARLET, op. cit., p. 297).

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 363.

⁵⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499-503, 512. Sobre o direito à educação na Lei Fundamental de Bonn, cf. nota de rodapé nº 432. Sobre o direito à educação na Constituição brasileira, cf. seção 1.1.8.

competência orçamentária do Legislativo.⁵⁶² Desta forma, não se trata da aplicação ou não dos limites da reserva do possível, pois tal análise já fora realizada *previamente*, sendo o direito a prestações garantido de forma *definitiva* precisamente porque prevaleceram as razões que justificavam a prevalência do princípio da liberdade fática.

De forma semelhante, Barcellos justifica a não submissão das parcelas do mínimo existencial aos limites da reserva do possível justamente porque tal óbice já fora levado em conta anteriormente.⁵⁶³ Por meio de um processo de ponderação, foram considerados os efeitos pretendidos pelos enunciados normativos pertinentes aos aspectos materiais da dignidade humana, o sistema constitucional, notadamente os subsistemas da separação de poderes e do princípio majoritário, além das limitações e possibilidades financeiras do Estado brasileiro atual, inclusive o volume da arrecadação tributária levada a cabo pelos entes federativos.⁵⁶⁴ Trata-se de uma proposta – de delimitação do mínimo existencial – que abrange elementos jurídicos e circunstâncias fáticas relacionadas à capacidade financeira estatal.⁵⁶⁵

Tal abordagem serve de justificativa para o Judiciário dispensar, no exame de cada caso concreto, a (re)avaliação do argumento da reserva do possível, adotando a presunção de que, ao menos para as necessidades decorrentes do mínimo existencial, o poder público dispõe dos recursos necessários.⁵⁶⁶ Eventual alegação da reserva do possível em casos envolvendo o mínimo existencial configuraria, para a autora, uma confissão de conduta inconstitucional praticada pela autoridade pública anteriormente, por não ter observado a ordem de prioridade de recursos estabelecida pela Constituição no momento da elaboração do orçamento, salvo situações que fujam da normalidade, como o caso de guerras ou calamidades públicas.⁵⁶⁷

⁵⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512.

⁵⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 288.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 288-289.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 289-290. Com efeito, destaca Barcellos, “a natureza de regra atribuída ao mínimo existencial tem exatamente o propósito de retirar os bens que o compõem da ponderação frequente, própria aos princípios. Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a um novo processo ponderativo. É verdade que situações absolutamente excepcionais sempre podem impor-se e exigir uma flexibilização também da regra do mínimo existencial (e.g., hipóteses de guerra), mas a teoria geral, que se pretende seja empregada pelo aplicador no normal das circunstâncias, não deve ser constituída com base na excepcionalidade desviante”. (*Ibid.*, p. 301, nota de rodapé nº 520, grifo nosso).

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 290.

De forma a resguardar o necessário ao respeito da dignidade humana, “o direito ao mínimo existencial possibilita a execução jurisdicional direta de posições relativas a direitos a prestações fáticas, independentemente de intervenção legislativa”,⁵⁶⁸ da mesma forma que “[...] nas hipóteses em que a Constituição já dá condições jurídicas para a concretização dos direitos a prestações fáticas – o que, reconheça-se, não é o comum dos casos – haverá direito subjetivo à prestação, plenamente justiciável [...]”.⁵⁶⁹ Com efeito, “[...] a dimensão das prestações minimamente necessárias para uma existência digna compõe um *direito subjetivo público, plenamente justiciável [...]*”.⁵⁷⁰ Isto se dá porque, segundo Bitencourt Neto, todas as posições ativas retiradas do *direito ao mínimo existencial* correspondem a *direitos subjetivos públicos*, compreendidos assim como direitos imediatamente justiciáveis.⁵⁷¹

Tal como se observa no caso do *direito público subjetivo à educação*, o direito ao *mínimo existencial* (educação básica) não se subordina aos limites da reserva do materialmente possível, dada a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, a impor a sua concretização mínima (reserva de eficácia material) a fim de promover as condições necessárias a uma existência digna.⁵⁷² Isso porque, “no caso do direito ao mínimo para uma existência digna, o direito individual, por ser ligado diretamente ao núcleo da dignidade da pessoa humana, tem mais peso que a liberdade de conformação orçamentária e financeira do legislador”.⁵⁷³

De fato, assinala Bitencourt Neto, os direitos sociais relacionados diretamente à garantia de meios mínimos de subsistência devem ser considerados parâmetros vinculantes da definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial, de modo que tais prestações têm aplicabilidade direta e, via de regra, não se subordinam à reserva do caixa financeiro do Estado, quando em jogo um risco para a existência humana digna.⁵⁷⁴ Além disso, o direito ao mínimo para uma existência digna permite a plena justiciabilidade desse direito subjetivo público, mesmo diante da ausência de norma legal

⁵⁶⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 157-158, grifo nosso.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 173-174.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 130-131. Conforme assinalado anteriormente, o direito público subjetivo à educação restringe-se à educação básica. Sobre a delimitação desse conceito, cf. seções 2.3.2.2 e 2.3.2.3. Acerca da relação entre o direito público subjetivo em educação e o mínimo existencial em educação, cf. seções 2.3.2.4 e 3.3.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 131-132.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 98.

regulamentadora, estrutura administrativa criada ou recursos públicos destinados no orçamento.⁵⁷⁵

No mesmo sentido, Sarlet reconhece a inaplicabilidade da ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível) ou da ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação de recursos públicos, quando em jogo o “direito fundamental originário (e subjetivo) à prestação estatal do *ensino fundamental* em estabelecimentos oficiais”, integrante do mínimo existencial.⁵⁷⁶

Kelbert, embora reconheça a existência de dissenso na doutrina quanto à possibilidade de os limites da reserva do possível virem a restringir o mínimo existencial, assevera que a reserva do possível não pode ser alegada quando em jogo a necessidade de se preservar a vida e a dignidade da pessoa, recusando a possibilidade de vir a alcançar o conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna.⁵⁷⁷

Torres defende que o mínimo existencial, na qualidade de um direito subjetivo, pode ser oponível ao poder público, que tem a obrigação de entregar a prestação devida, exista ou não lei ou regulamento, mediante controle judicial em caso de ação ou omissão estatal violadora, reconhecendo que o *ensino primário gratuito* deve ser assegurado pelo Poder Judiciário.⁵⁷⁸ Para o autor, “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”.⁵⁷⁹

Partindo da classificação de Sarlet sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais e diante das características da norma decorrente do mínimo existencial em educação, acima delineadas – justiciabilidade plena, caracterizada pela possibilidade de aplicação judicial direta, independentemente de atuação do legislador e, em regra, sem subordinar-se aos limites da reserva do possível –, pode-se afirmar que se trata de uma

⁵⁷⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

⁵⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 651-652, grifo nosso; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 351, grifo nosso.

⁵⁷⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível: e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105-106, 131.

⁵⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46-47; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-416.

⁵⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 74, grifo do autor.

norma constitucional de *alta densidade normativa*, a qual, por estar dotada de suficiente normatividade, encontra-se apta a gerar seus efeitos essenciais diretamente e sem qualquer intervenção do legislador ordinário.⁵⁸⁰

Se adotada a tradicional classificação de José Afonso da Silva, a norma do mínimo existencial em educação configura uma norma constitucional de *eficácia plena*, caracterizada pelo fato de produzir ou ter a possibilidade de produzir, desde a entrada em vigor da Constituição, todos os seus efeitos essenciais, relativos aos interesses, comportamentos e situações que o Constituinte, direta e normativamente, quis regular. Trata-se de espécie normativa caracterizada pela aplicabilidade imediata, pois dotada de todos os meios e elementos necessários à sua exequibilidade (autoaplicável), bastando a existência apenas do aparato judicial para serem aplicadas.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ Sarlet desenvolve a concepção de eficácia jurídica no sentido de aptidão para gerar efeitos. (SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 258-259). José Afonso da Silva utiliza o conceito de eficácia jurídica de forma a designar a capacidade de a norma produzir efeitos. Para o autor, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais são conceitos interligados. A eficácia consistiria na capacidade para gerar efeitos jurídicos, que ocorre quando a norma reúne todos os requisitos necessários para sua aplicação a casos concretos. A aplicabilidade seria a possibilidade de aplicação da norma, que, para tanto – ser aplicada –, depende da produção de efeitos pela norma – ou seja, da eficácia. (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60). Sarlet destaca o mérito de Pontes de Miranda ao ressaltar com maior precisão a distinção entre eficácia e aplicabilidade como critério de classificação das normas constitucionais em “normas bastantes em si mesmas” e “normas incompletas”. (SARLET, op. cit., p. 252). Barcellos associa a eficácia jurídica de uma norma ao conteúdo dos efeitos que produz, isto é, aquilo que é exigível, inclusive judicialmente. Com efeito, assinala que “eficácia jurídica é um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 75). Em sentido parecido, Barroso afirma que “a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 377). Sarlet classifica as normas constitucionais segundo a eficácia jurídica (como aptidão para gerar efeitos) em normas de *alta e baixa densidade normativa*, sendo as últimas aquelas “[...] que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais [...]”, sem embargo de destacar que todas as normas constitucionais possuem uma normatividade mínima e, por conseguinte, um certo grau de eficácia jurídica (SARLET, op. cit., p. 260-261). Considerando apenas as (diversas) terminologias já adotadas pela doutrina nacional, Sarlet prefere a classificação binária de Meirelles Teixeira, que classifica em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, ou reduzida. (Ibid., p. 261). Conforme assinalado anteriormente, o fato de se reconhecer essa maior densidade normativa quanto à parcela do direito à educação qualificada como direito público subjetivo não implica atribuir a esse direito alguma espécie de hierarquia superior em relação aos demais direitos fundamentais consagrados na Constituição (cf. seção 2.1).

⁵⁸¹ SILVA, op. cit., p. 101-102. Além das normas constitucionais de eficácia plena, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais como sendo de eficácia contida e de eficácia limitada. As normas de eficácia *contida* são aquelas espécies “em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”. (Ibid., p. 116). As normas de eficácia *limitada* são de dois tipos: as normas constitucionais de princípio institutivo e as normas constitucionais de princípio programático, “em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao

Uma particular consideração deve ser apontada em relação ao mínimo existencial em educação na vertente do direito à educação com padrão de *qualidade*. Não há dúvidas de que o “mero” direito de *acesso* à educação básica corresponde a uma norma constitucional de *alta densidade normativa* ou de *eficácia plena*, pois a normatividade extraída dos enunciados do art. 208, inciso I, §§ 1º e 2º, da Constituição, permite concluir pela existência de uma densidade (alta) suficiente a autorizar o deferimento do direito diretamente pelo Poder Judiciário, independentemente de qualquer atuação legislativa prévia.

Em relação ao acesso à educação básica com padrão mínimo de *qualidade*, contudo, a situação é diferente, pois, como visto, é necessária a interposição legislativa para definir qual o padrão mínimo de qualidade aceitável, não existindo nos enunciados constitucionais sobre o tema uma delimitação precisa de seu conteúdo (arts. 206, VII; 209, II; 211, § 1º; 212, § 3º; e 214, III, CR). A definição do padrão mínimo de qualidade em educação deve ser estabelecida pelo legislador a partir das condições sociais, econômicas, culturais e estruturais de nossa sociedade, sem prejuízo de eventual controle judicial tanto em relação à eventual omissão, diante desse dever de regulamentar, como de uma regulamentação manifestamente insatisfatória, a ensejar uma proteção insuficiente do direito à educação.

Embora o mínimo existencial em educação abranja não apenas o *acesso*, mas o acesso com *qualidade*, as normas que impõem a prestação com um padrão mínimo de

legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçadas em princípio ou esquema” (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 262). Para Pansieri, “[...] todos os Direitos e Garantias Fundamentais têm aplicabilidade imediata e *eficácia plena*, o que poderá ser diverso entre os Direitos Fundamentais é a afetação dessa eficácia contra o Estado e contra Terceiros, que por sua vez poderá ter dimensão negativa (exigindo uma abstenção do Estado e de particulares) ou dimensão positiva (exigindo do Estado ou de particulares uma atuação na forma prestacional) jurídica ou fática”. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16, grifo nosso, e 108-109). A classificação sugerida por José Afonso da Silva é criticada por Virgílio Afonso da Silva, ao argumento de que todos os direitos fundamentais são restringíveis, não aceitando a classificação que diferencia normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, baseada justamente na possibilidade (contida) ou não (plena) de restrições. Além disso, para o autor não subsistiria a classificação entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, fundada na ideia de que há normas que, para produzirem todos seus efeitos, independem das necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais (plena), bem como na crença de que é possível adotar uma distinção estrita entre eficácia e efetividade. Para Virgílio, todas as normas de direitos fundamentais são de eficácia limitada, entendendo ser um mito considerar que as normas de eficácia plena não precisariam de nenhum agir para desenvolver sua eficácia. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 252-256). Para as críticas à crítica de Virgílio Afonso da Silva, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 261-264.

qualidade devem ser classificadas como normas constitucionais de *baixa densidade* (Sarlet) ou de eficácia *limitada* (José Afonso da Silva). Atualmente, considerando a existência de regulamentação a definir certos padrões de qualidade a serem observados pelo poder público, nos termos do Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 13.005/2014), a eficácia jurídica da norma constitucional já tem condições para operar plenamente em relação aos seu efeito principal: impor um padrão de qualidade no ensino.

Analisando a questão da eficácia jurídica a partir do prisma do conteúdo dessa eficácia, Barcellos defende que o mínimo existencial teria uma *eficácia jurídica simétrica ou positiva*, que corresponde à fórmula que atribui um direito subjetivo àquele que seria beneficiado pela norma jurídica, se os efeitos nela previstos tivessem ocorrido, a fim de permitir que exija judicialmente o cumprimento desses exatos efeitos.⁵⁸² Nesses casos, há uma identidade entre o conteúdo de eficácia jurídica da norma – compreendida como aquilo que pode ser exigido judicialmente – e os efeitos pretendidos pela norma; daí o uso do termo “simetria”.⁵⁸³

Como não poderia deixar de ser, tal eficácia exige como pressuposto para seu adequado funcionamento a precisa identificação dos efeitos pretendidos.⁵⁸⁴ Por ser a eficácia com maior capacidade de produzir o efeito original da norma, a autora defende que a eficácia jurídica positiva ou simétrica, num Estado de Direito, deve ser associada como regra geral aos enunciados normativos, salvo se houver razões consistentes em contrário.⁵⁸⁵

Importante salientar que a eficácia jurídica simétrica ou positiva é a eficácia padrão das *regras*, independentemente de existir previsão expressa ou não no texto, mas também vem sendo reconhecida como uma eficácia jurídica possível de ser atribuída aos *princípios*.⁵⁸⁶ É o que ocorre com o *princípio* da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo básico corresponde, para Barcellos, ao mínimo existencial e que assume o caráter de *regra*.⁵⁸⁷ Por tal razão, a autora defende que o *mínimo existencial* tem *eficácia jurídica positiva ou simétrica*; já a parcela que ultrapassar esse núcleo do princípio da dignidade deverá respeitar o espaço da política e das deliberações majoritárias, a partir

⁵⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 75-78. Sobre a eficácia jurídica positiva ou simétrica, cf., também, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 377-378.

⁵⁸³ BARCELLOS, op. cit., p. 77, nota de rodapé nº 124.

⁵⁸⁴ BARROSO, op. cit., p. 377-378.

⁵⁸⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 78; BARROSO, op. cit., p. 377-378.

⁵⁸⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 108-113; BARROSO, op. cit., p. 377-378.

⁵⁸⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 368.

do desenvolvimento das outras eficácias jurídicas atribuídas aos princípios (eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso).⁵⁸⁸

A possibilidade de obter judicialmente o direito de *acesso* ao ensino, mediante a determinação de matrícula em alguma unidade pública ou privada, corresponderia a uma eficácia simétrica ou positiva da *regra* que prevê o direito à educação básica (art. 208, I, § 1º, CR). Por outra via, a norma que prevê a *responsabilização* da autoridade que não oferece ou oferece irregularmente o ensino, nos termos do art. 208, § 2º, da Constituição, corresponderia a um efeito diverso do pretendido pela norma, correspondendo a uma *eficácia jurídica de penalidade*.⁵⁸⁹

Neste trabalho defende-se que o *mínimo existencial*, reserva de eficácia da dignidade humana, resulta de um processo ponderativo em que os óbices relativos à reserva do possível já foram considerados e afastados, nos termos propostos por Alexy e por Barcellos, ao menos quanto a algumas prestações.⁵⁹⁰ Dentre as prestações que já se consideram integrantes do mínimo existencial e, portanto, configuram um direito definitivo a prestações, está, conforme dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à *educação básica de qualidade*, que tem a natureza de *regra*. Desta forma, as razões que conduzem à educação básica de qualidade a ser considerada um direito prestacional devem prevalecer ante os óbices comumente apontados em face desse direito, tal como o limite da reserva do possível. A *regra* do mínimo existencial em educação tem, portanto, uma *eficácia jurídica simétrica ou positiva*.

⁵⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 368-369. Barcellos elenca, de forma não exaustiva, diversas modalidades de eficácia jurídica: a perfeitamente simétrica ou positiva, nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa do retrocesso, penalidade, interpretativa, além de outras. (Ibid., p. 75-107). Tratando do art. 5º, § 1º, da CR, Bitencourt Neto assinala que nem todas as disposições jusfundamentais são imediata e plenamente exequíveis, embora, independentemente de intervenção legislativa, gerem algumas formas de eficácia imediata, tais como a eficácia negativa contra atuações estatais contrárias à norma; dever de legislar; justificação para a declaração de inconstitucionalidade por omissão; justificação para impetração de mandado de injunção; possibilidade de responsabilização estatal em caso de omissão quanto a medidas indispensáveis à realização dos direitos fundamentais; guias de interpretação; força irradiante; justificação para a restrição de direitos de liberdade; e eficácia derogatória. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 154-155; BITENCOURT NETO, Eurico. *Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial*. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Org.). *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 158-159).

⁵⁸⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 76, 93-96. Outra eficácia jurídica atípica ou inominada relacionada ao direito fundamental à educação corresponde à possibilidade de intervenção federal ou estadual no caso de um Estado, o Distrito Federal ou um Município deixar de aplicar o mínimo de recursos exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do art. 212, *caput*, da Constituição (arts. 34, VII, “e”; 35, III, CR). (Ibid., p. 222).

⁵⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512; BARCELLOS, op. cit., p. 274-290, 301, nota de rodapé nº 520.

Alexy responde às diversas objeções ao modelo proposto. Em relação aos enormes efeitos financeiros, destaca que o princípio da competência orçamentária do legislador não seria ilimitado ou absoluto, admitindo que “direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”, citando o caso de uma decisão do TCF que teria ampliado o rol dos beneficiários da assistência social quanto ao auxílio-moradia, para evitar um tratamento desigual, produzindo efeitos financeiros.⁵⁹¹ Quanto ao argumento de que o reconhecimento da existência de direitos definitivos afastaria a flexibilidade dos gastos públicos, necessária para enfrentar crises econômicas, o autor destaca que nem todos os direitos sociais são exigíveis como direitos fundamentais sociais mínimos; é possível, mediante sopesamento, reconhecer em diferentes circunstâncias direitos definitivos distintos; e é imprescindível conferir justamente em tempos de crise uma proteção, ainda que mínima, aos direitos sociais.⁵⁹²

Não obstante, como sugere Sarlet, é preciso considerar que, em casos excepcionalíssimos, o limite fático da reserva do possível poderá se impor à realidade, inclusive para se questionar a ideia de que o mínimo existencial seria intangível.⁵⁹³ O mesmo alerta é feito por Sarmento, que defende a aplicação da reserva do possível *fática* mesmo ao mínimo existencial, embora reconheça uma *forte prioridade* das prestações concernentes ao mínimo em relação às demais despesas estatais,⁵⁹⁴ e por Cordeiro, que assevera a sujeição do mínimo existencial às contingências da reserva do possível.⁵⁹⁵

Nessa situação, contudo, entende-se que não seria correto falar em limitação do mínimo existencial pelo limite fático da reserva do possível, mas numa *reformulação do processo ponderativo* que deverá se ajustar ao novo contexto verificado, para delimitar esse mínimo existencial em conformidade com a nova situação econômica ou social de uma determinada sociedade.⁵⁹⁶ Por exemplo, numa situação de guerra prolongada ou

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 513.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 512-513.

⁵⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366-367.

⁵⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 231-233.

⁵⁹⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 257-258.

⁵⁹⁶ “Além disso, há circunstâncias excepcionais, que, ou não podem ser imputadas diretamente ao Estado, ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, dadas as circunstâncias e na sua pendência, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais, como em hipóteses de graves

epidemia de proporções consideráveis, os limites fáticos da reserva do possível poderão exigir um redimensionamento desse mínimo existencial.⁵⁹⁷ Em condições de normalidade social, política e econômica, ao revés, o mínimo existencial deve ser respeitado, porquanto já considerado por ocasião da formulação de seu conteúdo.⁵⁹⁸

3.5 O controle judicial do mínimo existencial em educação: possibilidades, críticas e alternativas ao “judicialismo”

Assumida a premissa de que as parcelas integrantes do mínimo existencial em educação admitem um controle judicial direto, por serem imunes aos argumentos relacionados à violação da separação dos poderes, da prevalência das deliberações majoritárias ou da reserva do possível (em situações de normalidade), no sentido de viabilizar a concretização material do direito negado pelo Estado, cumpre analisar quais medidas estariam ao alcance do Poder Judiciário.

Embora neste trabalho o enfoque não seja propriamente a concretização do direito à educação a partir de uma perspectiva judicial, é importante, ainda que sem aprofundar o tema, avaliar algumas possíveis soluções que possam servir ao Poder Judiciário, para, num plano seguinte, avaliar a temática na perspectiva dos Tribunais de Contas.

Neste aspecto, Barcellos defende que as normas que asseguram direitos integrantes do mínimo existencial possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, autorizando, portanto, a concessão judicial de todos os efeitos jurídicos que deveriam ter sido materializados – por força da norma de direito fundamental –, mas não o foram.⁵⁹⁹

Então, por exemplo, prevendo a norma constitucional que o Estado tem o dever de garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade,

calamidades”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 366-367).

⁵⁹⁷ “Na realidade, além da presunção (*e salvo situações inteiramente desviantes, e.g., de guerra, calamidade pública etc.*), a objeção da reserva do possível suscitada em face de pretensões contidas nesse mínimo revelaria a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 290, grifo nosso).

⁵⁹⁸ Sobre a questão da reformulação do mínimo existencial, por força de mudanças do contexto fático, por meio de um novo processo de ponderação, cf. seção 3.2.

⁵⁹⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 75-78, 292.

assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, o efeito esperado desta norma consiste, justamente, na disponibilização do efetivo acesso ao serviço pelo cidadão titular do direito. Negado o acesso, pela omissão estatal, surge a possibilidade de se obter judicialmente – por força da eficácia jurídica positiva ou simétrica do mínimo existencial – a tutela específica pretendida, para se concretizar o acesso à educação no nível pretendido.⁶⁰⁰

Neste caso não se cogita, portanto, na mera conversão em perdas e danos com a respectiva condenação estatal ao pagamento de indenização, pela própria natureza essencial da educação para o pleno desenvolvimento do indivíduo, seu preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho (art. 205, CR). Ademais, como converter em pecúnia a perda sofrida por quem não teve acesso à educação devida? Dificilmente seria possível calcular os efeitos negativos para o indivíduo que foi privado de seu desenvolvimento integral, do exercício de uma cidadania plena e de uma qualificação mínima para o cada vez mais exigente mercado de trabalho, em toda a sua vida. A indenização somente poderia se justificar pelos danos sofridos diante da omissão estatal em prestar o serviço na época própria, sem afastar, contudo, o dever estatal de garantir a oferta gratuita para todos, inclusive os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I, parte final, CR).⁶⁰¹

A eficácia jurídica positiva ou simétrica do direito fundamental à educação tem por consequência o direito a uma *tutela jurisdicional específica* que assegure ao indivíduo o mesmo resultado – ou o mais próximo disso – que teria caso o Estado não tivesse sido omissor. Dentre as soluções possíveis temos as tutelas mandamentais,⁶⁰² no sentido de o Estado-juiz determinar ao Estado-administrador a imediata matrícula do indivíduo na

⁶⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 377.

⁶⁰¹ Neste sentido, Sarlet e Barroso admitem a “[...] insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto – como bem reconhece o autor – não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 351-352).

⁶⁰² “Sentença mandamental é, na conhecida construção de Pontes de Miranda, ‘aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda’ – sendo inerente às sentenças mandamentais o que o próprio criador do conceito chama de premência de obedecer. Elas se caracterizam por autênticas injunções, ou comandos endereçados ao espírito do obrigado, para que cumpra, sob pena determinadas sanções. São sentenças mandamentais, como tais tratadas pelo Código de Processo Civil, aquelas que impõem o cumprimento de uma obrigação específica (fazer, não fazer, entregar coisa); o inadimplemento das obrigações impostas em sentença mandamental é tratado de modo mais enérgico que o de outras, caracterizando-se como verdadeira desobediência, ou atentado à jurisdição [...]”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256).

rede pública de ensino, ou, caso não exista, na rede privada, de modo a afastar a lesão ao direito fundamental, sem prejuízo de determinar, ainda, a adoção de medidas mais amplas, relacionadas à própria estruturação de uma política pública em educação que resulte na ampliação ou na prestação do serviço público em educação exigido.⁶⁰³

É possível, destarte, determinar a construção de escolas públicas ou a efetivação da matrícula, à custa do Estado, em escolas privadas, em regime próximo ao da concessão de “bolsas de estudo”, com a possibilidade de o juiz determinar o empenho dos valores devidos, usando a previsão orçamentária relativa aos gastos com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, ou mediante compensação do valor das mensalidades com diversos tributos.

Pertinente a observação feita por Ranieri em relação ao entendimento do STJ – e nesse particular, inovador em relação às decisões do STF – no sentido de que não seria permitido ao Estado repassar o encargo ao particular.⁶⁰⁴ De fato, o STJ assentou, por ocasião do julgamento do recurso especial nº 753.565/MS, que não seria lícito ao Estado obrigar a matrícula de uma criança em estabelecimento de ensino privado.⁶⁰⁵ Deve-se

⁶⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 351-352; BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 86. Barcellos sustenta que, além da responsabilização da autoridade competente e da intervenção federal (eficácia jurídica atípica), seria possível ao particular postular e obter judicialmente uma determinação dirigida ao poder público no sentido de obrigá-lo a custear a educação do interessado em instituição de ensino privada de padrão e custo similar ao da rede pública, até que a Administração possa prestar o serviço diretamente, com fundamento no art. 213, § 2º 1º, da CR. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 309-310, 315-316). Bitencourt Neto assevera, igualmente, que, “na ausência completa de aparatos institucionalizados que satisfaçam o direito a prestações – que, reconheça-se, é hipótese raríssima, em vista do caráter essencial das prestações –, caberia até mesmo a determinação para que se fizesse uso de serviços privados, às expensas do Estado, que deve utilizar, da forma mais adequada possível e atendendo ao grau de urgência de cada caso, os meios formais de que dispõe a alocação de recursos públicos e a contratação com particulares”. (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 124). Para Torres, o mínimo existencial, na qualidade de um direito subjetivo, pode ser oponível ao poder público, que tem a obrigação de entregar a prestação devida, exista ou não lei ou regulamento, mediante controle judicial em caso de ação ou omissão estatal violadora, reconhecendo que o ensino primário gratuito deve ser assegurado pelo Poder Judiciário. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46-47; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-416).

⁶⁰⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009, p. 345.

⁶⁰⁵ “O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre

ponderar, contudo, que a educação não é um dever exclusivo do Estado, mas também da sociedade, que deve colaborar (art. 205, CR), especialmente quando se trata de crianças, adolescente e jovens (art. 227, CR).⁶⁰⁶

Desta forma, numa situação excepcional e transitória, não se deve afastar, de plano, a possibilidade de impor ao particular a matrícula às custas do Estado – num regime aproximado ao da concessão de “bolsas de estudo” (v. art. 213, § 1º, CR), mas em caráter compulsório –, como forma de afastar rapidamente a lesão ao direito, sem embargo de determinar ao Estado a adoção de medidas necessárias à regularização da situação.⁶⁰⁷

Como forma de contornar eventual inadimplemento estatal e para não gerar prejuízo indevido ao particular, que não deve arcar, sozinho, com os custos desse direito, deve-se cogitar, ainda, a possibilidade de, judicialmente, autorizar a compensação do valor da mensalidade com tributos municipais, estaduais e federais, conforme a ordem de prioridade estabelecida no texto constitucional, em seu art. 211, §§ 1º, 2º e 3º.⁶⁰⁸ Esta

bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão no Recurso Especial nº 753.565/MS. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de março de 2007. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 de maio de 2007, p. 290).

⁶⁰⁶ Neste sentido, confira-se a seção 2.2, relacionada à titularidade do direito à educação.

⁶⁰⁷ Defendendo a possibilidade de aplicação do referido dispositivo constitucional, Barcellos destaca que a exigência de lei prévia se dirige ao Executivo e não ao Judiciário. Quanto à escolha da instituição de ensino particular, recomenda a cautela de atentar para os princípios da razoabilidade e da isonomia, de modo que a escolha recaia sobre instituição de mesmo padrão e custo em relação à rede pública, além da possibilidade de utilizar por analogia o NCPC, quanto à disciplina da obrigação de fazer executada por terceiro e custeada pelo devedor. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 310-313).

⁶⁰⁸ Para evitar prejuízos ao particular, caso se adote a formula tradicional do precatório para o pagamento da escola privada, Barcellos defende tanto a possibilidade de considerar que tais gastos estariam naturalmente acobertados pela previsão orçamentária relativa às despesas com educação, sendo permitido ao juiz determinar seu empenho imediato, como também a utilização do mecanismo da *compensação* do valor devido à escola com eventuais débitos tributários, nos termos dos arts. 156 e 170 do CTN. (Ibid., p. 316-318). Recentemente, a Lei nº 13.655, de 2018, alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657, de 1942), para inserir disposições relativas à segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Em seu art. 27, a LINDB passou a prever que “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”. Sem aprofundar a análise dessa possibilidade, por não ser esse o escopo do trabalho, vislumbra-se a possibilidade de, no mesmo processo em que se imponha o dever de matricular a criança ou o adolescente numa instituição de ensino particular, estabelecer, de plano, a *compensação* pelos prejuízos resultantes dessa decisão. Para Almeida, a referida norma “permitirá que a autoridade julgadora de processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, possa, já no curso do mesmo processo, propiciar compensação pelas perdas anormais ou pelos ganhos indevidos, que alguma parte processual tenha, por causa do próprio modo de ser do processo”, com a vantagem de que “no mesmo processo já se resolva essa pendência, sem que se abra um segundo processo para discutir eventual compensação por fatos havidos no curso do primeiro”. (ALMEIDA, Fernando Menezes de. Artigo 29. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões*

solução vai ao encontro da operatividade do princípio da subsidiariedade que, além da distribuição dos encargos necessários à efetivação dos direitos sociais entre os órgãos estatais e a sociedade, atrai também a ideia de corresponsabilidade social.⁶⁰⁹

Por certo, partindo-se da premissa de que a eficácia simétrica ou positiva consiste na eficácia mais forte que se pode atribuir a um direito fundamental, é preciso reconhecer a possibilidade de outras medidas judiciais que, embora não atribuam diretamente o bem da vida ao titular do direito, confluam para a sua realização. Aqui se adentra na temática do devido processo orçamentário e financeiro, a abranger a fixação e o controle de metas afinadas com os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CR), além do controle da execução orçamentária a partir de mecanismos de vinculação, em prol da efetividade dos direitos fundamentais.⁶¹⁰ Com efeito, diante da carência de escolas ou de vagas, Executivo e Legislativo devem destinar os recursos orçamentários necessários à prestação dos serviços correspondentes, sob pena de deliberarem em desconformidade com a Constituição, atraindo a possibilidade de controle judicial.⁶¹¹

públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 44-45). Necessário reconhecer que a norma em questão não traz parâmetros detalhados a respeito das possibilidades de implementação da compensação, suscitando temores quanto à sua utilização, cf. sugere OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A segurança hermenêutica nos vários ramos do Direito e nos cartórios extrajudiciais*: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas / CONLEG / Senado, junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: < www.senado.leg.br/estudos >. Acesso em: 20 jun. 2018, p. 25-27. Não obstante, o referido instituto, assim como os demais inseridos pela Lei nº 18.655, de 2018, convida à reflexão quanto às possibilidades de atuação do poder público numa perspectiva mais negocial, em busca da eficiência, mas com segurança jurídica.

⁶⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 378-379.

⁶¹⁰ SARLET, op. cit., p. 379-380; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 33-34. Neste sentido, ainda, Barcellos apresenta diversas modalidades de controle jurisdicional de políticas públicas: controle da fixação de metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas; controle da quantidade de recursos a ser investida; controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público; e controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 117-129). Defendendo a existência de limites à discricionariedade na esfera orçamentária e a possibilidade de um controle que assegure a conformidade constitucional da execução orçamentária em relação ao dever de manutenção e desenvolvimento do ensino, cf. PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 234.

⁶¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: a dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 353. O Plano Nacional de Educação, em seu art. 10, prevê que “o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias deste PNE e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução” (Lei nº 13.005/2014).

Outro aspecto relevante a ser considerado diz respeito à qualidade da educação. Se se considerar como integrante do mínimo existencial não apenas o acesso à educação básica, mas o acesso à educação básica *com qualidade*, nos padrões estabelecidos pelo PNE, conforme abordado anteriormente, isso deverá repercutir, também, no controle judicial sobre o direito à educação.⁶¹²

A omissão estatal quanto à disponibilização do acesso à educação com o patamar mínimo de qualidade já previsto em lei (no caso, no PNE), poderia, por força da referida eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial, provocar um debate quanto à justiciabilidade desse direito e a possibilidade de se obter junto ao Poder Judiciário o deferimento de tutelas mandamentais concernentes à materialização do direito ao acesso imediato em instituições que prestem o serviço de educação com a qualidade mínima exigida.⁶¹³

Discute-se, portanto, a viabilidade de uma tutela mandamental para a efetivação de matrícula em instituições públicas já dotadas da referida qualidade, bem como, no caso de inexistência de instituições públicas assim qualificadas ou de vagas suficientes, a matrícula em instituições particulares, sem embargo das medidas voltadas à formulação das políticas públicas necessárias à viabilização da prestação do serviço educacional com qualidade pelo próprio poder público.

Ocorre que a utilização da mesma lógica do direito ao *acesso* à educação em caso de inexistência de qualquer serviço para as situações em que há o acesso à educação, mas sem a *qualidade* devida, geraria um paradoxo. A situação do aluno ou de uma determinada comunidade sem acesso a qualquer tipo de educação é grave e deve ser reparada de imediato, por meio da matrícula em alguma instituição de ensino. A situação dos alunos que já usufruam tal serviço, embora ainda sem a qualidade almejada, é diferente, pois ali algum serviço já existe e o foco deve recair em seu aperfeiçoamento.

Permitir que os alunos de uma determinada escola em que a média nacional do Ideb não tenha sido alcançada postulem a mudança para outra instituição, pública ou privada, que já tenha alcançado a referida média nacional, representaria, na prática, o fechamento da unidade de ensino em vez de seu aprimoramento. O paradoxo seria, portanto, a pretexto de concretizar o direito fundamental à educação com qualidade,

⁶¹² Cf. seções 3.4 e 2.3.2.2.

⁶¹³ Ao tratar da qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, o PNE utiliza como um dos parâmetros de avaliação a média nacional para o Ideb. Por exemplo, no exercício de 2019, as instituições de ensino deverão alcançar nos anos iniciais do ensino fundamental a média nacional 5,7; nos anos finais do ensino fundamental, a nota média de 5,2; e no ensino médio, a nota 5,0.

ocorrer simplesmente a redução do número de vagas, sobrecarregando outras instituições que já alcançaram o referido patamar, sem buscar – o que seria natural e lógico – a melhoria daquelas instituições que ainda estão em estágio menos desenvolvido em termos de qualidade. Nesses casos, portanto, o controle deve recair sobre a imposição de mudanças voltadas à melhoria do serviço, e não resultar em sua abolição.

A prestação aqui não poderia ter a eficácia simétrica ou positiva nos termos defendidos por Barcellos, pelo menos não no sentido estrito do direito *imediato* ao acesso à educação com um determinado padrão de qualidade, mas de medidas que conduzam à evolução desse padrão. Tais providências devem ser relacionadas a uma avaliação do estágio atual do serviço, definição dos aspectos negativos, escolha dos meios para contornar as deficiências, implementação das medidas necessárias e o monitoramento com a avaliação contínua do serviço.⁶¹⁴ Trata-se, aqui, de um verdadeiro controle de política pública, em todos os seus aspectos, desde a definição da agenda até a avaliação do resultado final alcançado.

A grande questão, nestes casos, é saber como o Poder Judiciário poderia lidar com demandas que tenham esse objeto específico – promover a qualidade da educação – por se tratar de uma análise que envolve diversos aspectos da gestão pública, desde a infraestrutura, até a contratação e capacitação de profissionais habilitados, repercutindo sobre questões atinentes à disponibilidade orçamentária, financeira, realização de concurso público, licitações, avaliação de resultados, numa perspectiva continuada.

Em matéria de controle judicial de políticas públicas, é possível afirmar existir certo consenso de que a tutela coletiva seria mais adequada para enfrentar problemas relacionados à omissão estatal no que se refere a direitos fundamentais sociais prestacionais. A tutela individual seria mais propensa a lesar o princípio da igualdade ao conferir soluções casuais, apenas para aqueles que efetivamente gozam de um acesso à justiça, com potencial impacto sobre os direitos de terceiros, na medida em que o excesso de judicialização enseja a redução dos recursos públicos disponíveis para o atendimento de políticas públicas mais amplas.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Acerca do monitoramento como um dever fundamental, cf. BARCELLOS, Ana Paula. Políticas Públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, p. 252-265, ago., 2018. Sobre o dever de monitoramento de políticas públicas e os Tribunais de Contas, cf. seção 2.3.1.1.

⁶¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 368-369. Cf. seção 2.3.1.1, nota de rodapé nº 288.

Além do controle concreto individual e coletivo, Barcellos destaca também a relevância do controle abstrato, diante da invalidade que resulta da destinação de recursos para determinadas finalidades específicas, em descompasso com as prioridades constitucionais, sanável por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ou da representação por inconstitucionalidade nos Tribunais locais) ou da ADPF perante o STF.⁶¹⁶

Não se infirma com isso a relevância e a pertinência da tutela individual em determinados casos. Conforme assevera Sarlet, a proteção do princípio da igualdade não pode justificar a violação da dignidade concreta do cidadão, quanto mais quando a demonstração plausível do impacto negativo sobre os direitos de terceiros geralmente não ocorre, além de existir a possibilidade de se realocar os recursos de outras áreas, para mitigar eventuais efeitos colaterais da tutela individual.⁶¹⁷ Para o autor, o direito individual de ação representa uma forma de manifestação concreta da cidadania ativa, além de instrumento de participação do cidadão no controle social dos atos do poder público, de modo que a simples eliminação dessa possibilidade representaria uma violação de direitos fundamentais, até por ser esta, em muitos casos, a tutela mais apropriada e necessária para à tutela do direito naquele caso específico.⁶¹⁸

Sem embargo, repita-se, a tutela coletiva (e a abstrata também, no caso do controle de constitucionalidade) desempenha um papel fundamental e até mesmo exclusivo em certas formas de controle de políticas públicas de direitos fundamentais.⁶¹⁹ Apresenta como vantagens efeitos mais abrangentes, pois alcança não apenas aqueles que têm condições e conhecimentos necessários para postular em juízo um determinado bem jusfundamental, mas uma generalidade de pessoas.⁶²⁰ Ademais, confere maior visibilidade à atuação do Poder Judiciário, pois eventuais críticas (v.g. crítica filosófica e a da teoria da Constituição⁶²¹) poderão ser enfrentadas num debate menos propenso às

⁶¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 353-354.

⁶¹⁷ SARLET, op. cit., p. 368-369.

⁶¹⁸ Ibid.

⁶¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 129-131; BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 354-355.

⁶²⁰ BARCELLOS, op. cit., 2013, p. 129-131; BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 355-360.

⁶²¹ Para Barcellos, em síntese, a crítica da teoria da Constituição questiona a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se em temas tipicamente reservados à deliberação política majoritária (legitimidade democrática), enquanto a crítica filosófica questiona se os juristas e os juízes teriam condições de tomar decisões substancialmente melhores do que os agentes públicos constitucionalmente encarregados dessas decisões (legitimidade essencial). (BARCELLOS, op. cit., 2013, p. 107-115).

influências emocionais do caso concreto.⁶²² Permite-se, ainda, um melhor enfrentamento da crítica operacional,⁶²³ por possibilitar o exame do contexto geral das políticas públicas (macrojustiça), o que geralmente não ocorre nos casos individuais, em prol de uma maior isonomia da decisão, que, em tese, seria menos propensa a gerar distorções graves na distribuição de bens na sociedade, além de evitar uma excessiva judicialização em torno da mesma temática.⁶²⁴

Esta perspectiva coletiva de solução dos problemas decorrentes da baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais traz a lume questionamentos acerca da ideia de imprescindibilidade do Judiciário como único meio de se obter a solução para o problema da inércia dos órgãos legitimados. Tal concepção do “judicialismo” se deve muito, em nosso sentir, a uma compreensão de que o art. 5º, inc. XXXV, do texto constitucional traria a solução final para todos os problemas relacionados ao não cumprimento das (muitas) promessas contidas na Constituição de 1988.⁶²⁵

⁶²² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 129-131; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 355-360.

⁶²³ Denominada por Barcellos de crítica operacional, corresponde ao argumento de que “[...] nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. [...] ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para leva-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. (BARCELLOS, op. cit., 2013, p. 115-116). Confirma-se, ainda, sobre o tema dos óbices ao controle judicial e as críticas à crítica institucional/operacional: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 507-509, 513-514; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 368-382; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 86-91. Acerca das dificuldades e de possíveis soluções de mudanças no procedimento judicial, em busca de uma maior adaptação às peculiaridades inerentes ao controle judicial de políticas públicas, inclusive por meio de um diálogo interinstitucional, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 234-239; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 37, nº 212, p. 25-26, out., 2012; MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, v. 273/2017, p. 69-93, nov., 2017.

⁶²⁴ BARCELLOS, op. cit., 2013, p. 129-131. Para respostas à crítica de que o controle por meio de demandas coletivas ou ações abstratas enseja um impacto substancialmente maior sobre questões reservadas inicialmente à deliberação política majoritária, cf. BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 360-365.

⁶²⁵ Com a ideia de “judicialismo” pretende-se realçar uma compreensão, a nosso ver equivocada, de que no Judiciário está a solução para todos os problemas de não concretização dos direitos previstos na Constituição de 1988, especialmente os direitos sociais. Não se confunde, embora tenha relação com a ideia de “ativismo” judicial. É possível cogitar num “judicialismo” que não gere necessariamente o “ativismo” judicial, mormente naqueles casos em que as Cortes adotem uma autocontenção forte.

Obviamente, não se discute a imprescindibilidade da cláusula que veda a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça para a concretização não apenas dos direitos fundamentais, mas de todos os direitos. Todavia, há de se ter em mente, também, “[...] que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social [...]”, pois não bastam fórmulas meramente jurídicas, “[...] assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestação não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais [...]”.⁶²⁶

Com razão Sarlet ao afirmar que, para a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, é necessário adotar procedimentos adequados e eficientes de planejamento, mecanismos de controle social, político e jurídico-jurisdicional adequados desse planejamento, além de sua efetiva implementação.⁶²⁷ Importante destacar a relevância do controle, que não deve ser um fim em si mesmo, porém voltado a assegurar um desenvolvimento sustentável, abrangendo, inclusive, a discricionariedade técnica, que não pode servir de anteparo para acobertar desvios de finalidade.⁶²⁸

É preciso, portanto, repensar o “judicialismo” para ampliar o rol de atores que possam atuar no sentido de fomentar a concretização de direitos fundamentais, em especial daqueles integrantes do mínimo existencial. Nessa perspectiva, a ideia do fortalecimento do *diálogo interinstitucional* entre órgãos com diferentes competências e aptidões poderá propiciar o melhor aproveitamento das capacidades institucionais de cada envolvido, como sugere Sarlet, seja fornecendo subsídios para uma prestação jurisdicional de melhor qualidade, notadamente pela mitigação dos problemas

Enquanto o “judicialismo” pode ser amenizado por meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, o “ativismo” encontra seu contraponto na autocontenção judicial. Com efeito, “[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 245-246). O “ativismo” tem relação com o aumento da criatividade da função jurisdicional, observada desde o século passado e cujas causas foram estudadas em CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Sobre o fenômeno a partir da perspectiva americana, cf. HOROWITZ, Donald. L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977. Com uma visão crítica do “ativismo”, que não seria a tábua de salvação da sociedade, cf. PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

⁶²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 369.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 370.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 370.

decorrentes da alegada incapacidade institucional, seja propiciando soluções extrajudiciais.⁶²⁹

Valle defende que, assim como o Judiciário, o Tribunal de Contas poderia desempenhar igualmente a função assecuratória de um espaço público de debate e conhecimento de problemas relacionados à ausência de políticas públicas, subsidiando o processo de formação e de aperfeiçoamento dessas atividades, ao argumento de que tais Cortes teriam não apenas a *expertise* técnica mas também contariam com o histórico de informações quanto à atuação pretérita da administração pública.⁶³⁰

Assim como ao Ministério Público devem-se evitar interpretações restritivas de sua legitimidade para atuar em prol da implementação de diversos direitos sociais,⁶³¹ é preciso refletir se também não é o caso de lançar o mesmo olhar para outros sujeitos constitucionalmente relevantes, como é o caso dos Tribunais de Contas.⁶³² Com efeito, os Tribunais de Contas, como parte do aparato estatal, também se vinculam às normas de direitos fundamentais, devendo atuar no sentido de fomentar a concretização do direito ao mínimo existencial, exercendo um controle sobre a discricionariedade administrativa, vinculada que está às prioridades estabelecidas na Constituição, inclusive ao elaborar o orçamento e implementar políticas públicas.⁶³³ É justamente sobre os limites da atuação desse ator, responsável pelo controle da administração pública, sua própria razão de existir, que recairá a análise nos Capítulos finais desta pesquisa, a partir da perspectiva da realização do mínimo existencial em educação.

⁶²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 380; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 234-239.

⁶³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 152, nota de rodapé nº 247.

⁶³¹ SARLET, op. cit., p. 371.

⁶³² SARLET, op. cit., p. 379.

⁶³³ BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Org.). *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 168-170. Com efeito, “[...] as Políticas Públicas podem tomar diversas formas no mundo jurídico, porém *deverão estar de acordo com os Direitos Fundamentais*, sob pena de serem obstadas pelo poder judiciário, ou em momentos determinados podendo o próprio judiciário determinar a implementação destas sempre à tutela do mínimo existencial. Com esta definição podemos afirmar que *o administrador, em regra, está vinculado a metas previamente estabelecidas pela Constituição* e assim todos os atos praticados pela administração na realização destas metas, como todos os demais atos da administração, estarão *vinculados aos Direitos Fundamentais*”. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161-162, grifo nosso).

CAPÍTULO 4 – OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: MODELAGEM CONSTITUCIONAL, ANÁLISE COMPARATIVA E CRÍTICAS

Historicamente, os Tribunais de Contas sempre foram marcados pelas críticas relacionadas à sua atuação formalista. A Constituição de 1988 buscou reverter esse quadro, conferindo a essas Cortes um grande potencial para o exercício de um controle dotado de maior efetividade. Essa mudança trouxe reflexos na academia, que passou dedicar mais espaço para pesquisas voltadas às atividades desenvolvidas por eles. Neste trabalho, o foco também recai sobre a atuação desses Tribunais, na perspectiva de seu papel para a concretização do direito fundamental à educação, especificamente quanto à parcela relacionada ao mínimo existencial.

Após analisarmos o regime jurídico do direito à educação na Constituição brasileira, a sua fundamentalidade e a relação entre o direito público subjetivo à educação e o mínimo existencial, é chegado o momento de nos debruçarmos sobre a conformação jurídica do Tribunal de Contas no Brasil. Tal exame é essencial para o desenvolvimento da tese, relacionada aos limites da atuação dessas Cortes no controle do mínimo existencial em educação, cujo enfrentamento ocorrerá no Capítulo final.

Inicialmente, é necessário destacar que as terminologias *controle* e *fiscalização* podem ser utilizadas em uma acepção genérica como sinônimas e correspondentes a todas as atividades finalísticas do Tribunal de Contas. Numa definição estrita, o termo *fiscalização* refere-se à atribuição desenvolvida pela Corte em sede de inspeções e auditorias, nos termos do art. 71, inc. IV, da Constituição.⁶³⁴ Neste trabalho, utiliza-se a terminologia *fiscalização* ora em sua acepção genérica, ora específica, conforme o contexto.

Importante também realçar o fato de que o Tribunal de Contas, quando atua no exercício de suas atividades constitucionais de controle externo, embora auxiliando o Poder Legislativo, não exerce propriamente um *poder*, no sentido de Poder Constituinte, que molda Estado a partir de uma ideia, um projeto ou fim.⁶³⁵ Certamente, no sentido de

⁶³⁴ Neste sentido, cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 125.

⁶³⁵ Sobre a definição de Poder Constituinte, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 6. ed. V. II. t. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 169 e segs. Em relação à expressão “será exercido com o *auxílio*”, prevista no art. 71 da Constituição, importante o alerta de

expressão do poder constituído, os Tribunais de Contas são conformados pelos ditames da Constituição, não podendo ir além da exata medida das atribuições conferidas pelo Poder Constituinte. Exerce, portanto, um *controle* da administração pública, função essencial, mas condicionada aos limites estabelecidos no texto constitucional.⁶³⁶

Neste Capítulo examina-se, inicialmente, a origem e os modelos de Instituições Superiores de Controle – tendo em vista não ser o modelo de Tribunal de Contas o único existente –, com uma incursão nos modelos português e espanhol. Passo seguinte, avança-se na exploração da origem e da evolução histórica dos Tribunais de Contas no Brasil, além de suas competências, atribuições e desenho institucional estipulados na Constituição de 1988 e na legislação aplicável.⁶³⁷

Ao final, serão apresentadas duas visões doutrinárias distintas acerca dos limites da atuação dos Tribunais de Contas, denominadas, respectivamente, de *perspectivas ampliativa e restritiva*. Ao analisar cada uma dessas concepções, teceremos uma análise crítica, cujo desfecho resultará numa tomada de posição quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas, no Capítulo final desta pesquisa.

4.1 Modelos de Instituições Superiores de Controle

O modelo de Tribunal de Contas brasileiro não surgiu como uma criação tipicamente nacional, mas sofreu forte influência do direito europeu, sendo, em parte, fruto de um estudo de Direito Comparado realizado por Rui Barbosa. No momento histórico em que foi concebido o Tribunal de Contas no Brasil, havia o modelo francês,

Moreira Neto: “E não se alegue, palidamente, em contrário, a falácia que equivocadamente se tem apregoadado, sustentada apenas numa pobre exegese filosófica, a de que o Tribunal de Contas seria um *órgão auxiliar* do Poder Legislativo e, por isso, dele parte integrante, porquanto essa voz *auxílio* não apresenta qualquer sentido de *subordinação*, como foi demonstrado, mas de *cooperação* entre entes independentes”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 21).

⁶³⁶ Acerca do poder constituído, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 6. ed. V. II. t. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 169 e segs. Sobre os conceitos operatórios de *poder* e *controle*, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 542 e segs.

⁶³⁷ Por se tratar do referencial adotado pelo Constituinte para todos os Tribunais de Contas do Brasil, nos termos do art. 75 da Constituição, serão adotadas parâmetro as disposições aplicáveis ao Tribunal de Contas da União (TCU). Neste sentido: “É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3307. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2 de fevereiro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 29 maio 2009).

que alcançava também os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Sérvia, a Romênia e a Turquia, e o modelo italiano, incorporado por Holanda, Bélgica, Portugal, Chile e o Japão.⁶³⁸

O modelo italiano tinha por peculiaridade a possibilidade de exercer o controle prévio, antecipando-se a eventuais abusos, pois lhe era permitido impedir a realização, pelo Poder Executivo, de atos suscetíveis de gerar despesas ilegais. Tal modelo, preferido por Rui Barbosa, fora adotado por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, e incorporado ao texto constitucional de 1934 (art. 101). Para Rui Barbosa, a vantagem do modelo italiano consistia justamente nessa característica de permitir a prevenção de pagamentos ilegais e arbitrários, em vez de se limitar a proceder a uma censura posterior.⁶³⁹

O modelo italiano do controle prévio recebia críticas pelo alegado impacto negativo que resultava na presteza e na rapidez da ação administrativa, por exigir a prévia aquiescência do Tribunal de Contas para a prática de diversos atos administrativos.⁶⁴⁰ Essa sistemática perdurou no Brasil até a Carta de 1967, ocasião em que foi substituída pelo sistema de auditoria, alteração essa que se manteve na Constituição de 1988.⁶⁴¹

Atualmente, é usual adotar-se a terminologia genérica de Instituições Superiores de Controle (ISC) para abranger as diversas instituições responsáveis pela atividade de

⁶³⁸ BARBOSA, Ruy. *Commentários á Constituição Federal Brasileira*: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. Vol. VI. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934, p. 432-441; BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*: relatório do Ministro da Fazenda. Vol. XVIII. 1891. t. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, p. 361-387; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 230.

⁶³⁹ BARBOSA, op. cit., 1934, p. 432-441; BARBOSA, op. cit., 1949, p. 361-387; BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 30, nº 82, p. 253-262, out./dez. 1999, p. 258. Sobre o modelo italiano, cf. também DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 64-66.

⁶⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, nº 108, p. 101-126, out./dez. de 1990, p. 118. Em Portugal a sistemática vige até hoje e a doutrina portuguesa lança questionamentos acerca da eficácia e prestígio dessa sistemática, diante da crescente importância da fiscalização concomitante. (CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*: noções fundamentais. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 426-427). No mesmo sentido, cf. COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 110; NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93.

⁶⁴¹ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 67-73.

fiscalização e controle da Administração Pública.⁶⁴² Há hoje, em linhas gerais, duas espécies de ISC: o países que se filiam à família romano-germânica adotam, em regra, o modelo colegiado de Tribunais de Contas (*Court of Auditors*), cujo parâmetro comumente indicado é o da *Court des Comptes* francesa; já nos países que seguem a tradição da família da *commom law* há, usualmente, as Auditorias-Gerais (*Audit General*) ou as Controladorias-Gerais (*Comptroller General*), modelo frequentemente caracterizado pela concentração das decisões mais relevantes na pessoa de seu Auditor-Geral ou presidente.⁶⁴³

Conforme demonstra levantamento realizado pela ISC do Reino Unido – *United Kingdom National Audit Office* (UKNAO) –, existem quatro tipos de ISC: a) Corte (Tribunal) com função jurisdicional, na França, Bélgica, Portugal, Espanha, Itália e Grécia; b) estrutura colegiada sem função jurisdicional, nos Países Baixos, Alemanha, Eslováquia, República Checa, Luxemburgo e o Tribunal de Contas Europeu (TCE); c) escritório de auditoria, independente do governo e chefiado por um Auditor-Geral ou presidente, na Hungria, Malta, Polônia, Chipre, Reino Unido, Irlanda, Letônia, Lituânia, Suécia, Finlândia, Dinamarca e Estônia; e d) um modelo específico, chefiado por um presidente e auditoria em níveis central, regional e local, na Áustria e Eslovênia.⁶⁴⁴

A forma de decisão nas referidas ISCs nem sempre é colegiada, como ocorre nos Tribunais de Contas do Brasil, e a vinculação delas com os Poderes do Estado não segue um padrão único.⁶⁴⁵ Quanto às funções exercidas, o UKNAO aponta que todas ISC pesquisadas examinam e emitem relatórios relativos à prestação de contas de recursos públicos, enquanto alguns também realizam auditorias de *performance*. Segundo o UKNAO, as ISCs da Bélgica, Alemanha, Grécia, Itália e Portugal realizam auditorias *a*

⁶⁴² Alguns autores adotam a denominação “Entes Supremos de Fiscalização” (ESF) para designar as diversas instituições de controle existentes no mundo e que, no Brasil, correspondem ao Tribunal de Contas, cf. POLLITT, Christopher *et al.* *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21.

⁶⁴³ REINO UNIDO. United Kingdom National Audit Office. *State Audit in the European Union*. Heronsgate, dez. 2005. Disponível em: <<https://www.nao.org.uk/report/state-audit-in-the-european-union/>>. Acesso em: 25 jun. 2016, p. 1-15; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 241-243.

⁶⁴⁴ REINO UNIDO, op. cit., p. 1-15; CARVALHO; RODRIGUES, op. cit., p. 241-243.

⁶⁴⁵ Alguns países preveem a vinculação com o Poder Judiciário, como na Grécia e em Portugal. Em outros casos fazem parte ou têm vínculo com o Poder Legislativo, como na Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, TCE, Dinamarca, Irlanda e Reino Unido. Na Finlândia e na Suécia o vínculo se dá com o Poder Executivo, enquanto na França não há vínculo com qualquer Poder. Em diversos países, o *status* de seus membros equivale ao de magistrados, como na Espanha, Portugal, Itália, Alemanha e no TCE. (REINO UNIDO, op. cit., p. 1-15; CARVALHO; RODRIGUES, op. cit., p. 241-243).

priori; a auditoria *ex post* judicial é realizada na Bélgica, França, Grécia, Itália, Portugal e Espanha; e a auditoria *ex post* financeira é realizada por todas as ISCs da União Europeia e a de *performance* por todas, exceto a Grécia.⁶⁴⁶

Analisadas as características básicas das ISCs em geral, examina-se o modelo de Tribunal de Contas adotado em dois países específicos: Portugal e Espanha.

4.1.1 Breve análise no Direito Comparado

A escolha de Portugal e Espanha como parâmetros para a avaliação dos Tribunal de Contas no Brasil se deve ao fato de lá também adotarem o modelo de controle baseado em Tribunal de Contas, além de terem sido esses países os parâmetros utilizados no início deste trabalho para avaliar o direito à educação de forma comparada. Desta forma, assim como se examina o direito à educação nas Constituições brasileira, portuguesa e espanhola, pretende-se analisar comparativamente o modelo de Tribunal de Contas adotado nos referidos países. O objetivo é melhor avaliar as disposições constitucionais inseridas em nossa Constituição, mormente para identificar com maior precisão as potencialidades de atuação dessas Cortes.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ O UKNAO classifica as auditorias entre aquelas realizadas *a priori*, em que a ISC autoriza ou aconselha o gasto público como parte do processo de controle financeiro, verificando, por exemplo, a precisão, legalidade e regularidade das transações e se há previsão orçamentária suficiente, e as auditorias *ex post*, que são subdivididas em três espécies: judicial, financeira e de *performance*. Denomina de auditoria judicial aquela em que há o exame e o julgamento pela ISC a respeito dos registros individuais daqueles sobre os quais recai a responsabilidade pelo uso dos recursos públicos. Já a auditoria financeira é considerada como aquela que permite às ISCs uma manifestação acerca da situação das prestações de contas estatais, propiciando elementos para que o Parlamento possa se pronunciar atestando a respectiva regularidade ou apenas emitindo uma opinião. A auditoria de *performance*, por sua vez, tem um escopo mais amplo, relacionado a aspectos de economicidade, eficiência e de efetividade do gasto. (REINO UNIDO. United Kingdom National Audit Office. *State Audit in the European Union*. Heronsgate, dez. 2005. Disponível em: <<https://www.nao.org.uk/report/state-audit-in-the-european-union/>>. Acesso em: 25 jun. 2016, p. 1-15; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, n° 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 241-243).

⁶⁴⁷ O recurso ao direito comparado não é algo recente nem inovador no plano dos Tribunais de Contas. Gualazzi estudou os modelos de Tribunal de Contas adotados na França, na Itália e na Bélgica, defendendo que o Brasil retorne ao modelo italiano. (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 221). Baleeiro analisa os sistemas de controle dos Estados Unidos, da Inglaterra e da França, além do modelo brasileiro, à luz do regime constitucional de 1969. (BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 428-437). Medauar também analisa os modelos de Tribunais de Contas na Itália, Bélgica, França, Inglaterra, Portugal, Espanha e no Brasil. (MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 27, n° 108, p. 101-126, out./dez., de 1990). Em trabalho dedicado ao estudo dos Tribunais de Contas Europeu, de Portugal e pelo Tribunal de Contas da União, Barretto efetuou uma avaliação comparativa

4.1.1.1 O Tribunal de Contas português

O Tribunal de Contas português tem origem no século XIII com a *Casa dos Contos*, embora a aprovação do 1º Regimento dos Contos tenha ocorrido apenas em 1389, consistindo no primeiro órgão de ordenação e fiscalização da atividade financeira estatal. Com a extinção da Casa dos Contos, em 22 de dezembro de 1761, foi criado, no mesmo dia, o *Erário Régio*, centralizando o controle das receitas e despesas do Estado. Com a extinção Erário Régio, foi criado o *Tribunal do Tesouro Público*, em 1832, mas somente entrando em efetivo funcionamento em 1842.⁶⁴⁸

O Decreto de 16 de maio de 1832 estabeleceu a publicidade das contas e da receita e despesa do Estado, que até então, sob os auspícios do Erário Régio, eram mantidas em sigilo. Não havia independência em relação ao Executivo; sua presidência era exercida pelo Ministro e Secretário de Estado da Fazenda. O Tribunal do Tesouro

dos modelos institucionais de vinculação, estrutura, competência, composição, organização e funcionamento e de relações de cooperação técnica por eles adotados. (BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema Tribunais de Contas e Instituições Equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004). Em pesquisa dedicada à atuação do Tribunal de Contas da União, Speck faz inserções no âmbito do Direito Comparado, abordando as influências históricas do modelo adotado em nosso país. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 27-80). Dal Pozzo também apresenta um breve levantamento dos sistemas de controle em diversos países. (DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 63-71). No contexto europeu, Catarino também realiza uma breve incursão sobre o tema do controle externo no direito comparado. (CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 393-396). Ainda no contexto Europeu, Costa elabora levantamento no direito comparado acerca do relacionamento dos órgãos de controle externo com os órgãos de controle político em diversos ordenamentos jurídicos. (COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 85-95). Acerca de uma análise comparativa entre os controles nos países anglo-saxões e na França, cf. LAUFENBURGER, Henry. *Finanças Comparadas*. 2. ed. Tradução Hugo da Silveira Lobo. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1952, p. 31-43). Sobre o Tribunal de Contas Europeu, especificamente, Barrueco desenvolve interessante estudo em que apresenta um conhecimento atualizado da Corte, em relação a seu marco jurídico e interpretação doutrinária, além de analisar empiricamente a sua atuação, defendendo a colaboração interinstitucional como instrumento para superar suas limitações, tais como a ausência de poder jurisdicional, por se tratar de órgão meramente consultivo. (BARRUECO, María Luisa Sánchez. *El Tribunal de Cuentas Europeo: la superación de sus limitaciones mediante la colaboración insitucional*. Madrid: Dykinson, 2008). Em outros trabalhos também analisamos a temática (CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844; e RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018). Aqui não se pretende exaurir o tema, mas apenas contextualizar a questão dentro da proposta da pesquisa.

⁶⁴⁸ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 99; DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69-70.

Público foi extinto em 18 de setembro de 1844 e em seu lugar houve a criação do *Conselho Fiscal de Contas*, ocorrendo, a partir daí, a separação das atribuições de administrar, arrecadar e contabilizar impostos e rendimentos públicos em relação às atividades de verificação e julgamento de contas, vindo a ser extinto em 1849 e substituído pelo Tribunal de Contas.⁶⁴⁹

O Tribunal de Contas português foi criado em 1849, pelo Decreto de 10 de novembro, e seguiu a tradição do modelo jurisdicional da *Court des Comptes* francesa, de 1807, a partir da unificação da administração e jurisdição financeira, realizada pelo Marquês de Pombal no Erário Régio. Foi elevado a nível constitucional em 5 de junho de 1852, por meio do Acto Adicional à Carta Constitucional de 1826, alcançando em 1859 a sua primeira reforma, consolidando sua independência. Em 1881 passou a exercer a fiscalização prévia, que exerce até os dias atuais, por influência do modelo belga de controle, sendo ampliada em 1896, ocasião em que passaram a se submeter ao *visto* todos os despachos de nomeação, colocação, transferência e comissão retribuída.⁶⁵⁰

Atualmente, segue o modelo de ISC como Corte (Tribunal) com função jurisdicional, adotando o sistema colegiado de decisão, tal como no Brasil. O TC português integra o Poder Judiciário, ao lado do Supremo Tribunal de Justiça, dos tribunais judiciais de primeira e de segunda instância, do Supremo Tribunal Administrativo e dos demais tribunais administrativos e fiscais (art. 209, nº 1, alíneas a, b, c, CRP), e seus membros possuem o *status* equivalente ao de magistrados, nos termos do artigo 24 da Lei nº 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal – LOP/TCP).

Trata-se, portanto, de um tribunal financeiro integrado ao aparelho do Poder Judiciário, figurando ao lado de outros tribunais superiores, conferindo-lhe efetivamente independência e superioridade em suas decisões em relação às da administração quanto à aplicação do direito, delas cabendo recurso apenas ao Tribunal Constitucional, instância máxima da Justiça portuguesa, que exerce a jurisdição constitucional.⁶⁵¹ É um autêntico

⁶⁴⁹ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 99-100.

⁶⁵⁰ COSTA, op. cit., p. 101-102; CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*: noções fundamentais. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 422.

⁶⁵¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 163; DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69-70; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670.

tribunal que tem uma integração especial no poder judicial, sem estar na dependência do Conselho Superior da Magistratura.⁶⁵² Goza de todas as prerrogativas reconhecidas aos demais tribunais da ordem jurídica portuguesa.⁶⁵³ Compete ao próprio Tribunal elaborar seu projeto de orçamento anual e apresentá-lo ao Governo para fins de elaboração da proposta de lei orçamentária.⁶⁵⁴

No Brasil, os Tribunais de Contas não integram o Poder Judiciário, mas têm nele o paradigma para a organização da Corte e para o regime jurídico de seus membros (art. 73, *caput* e §§ 3º e 4º, CR), existindo uma relação institucional próxima com o Poder Legislativo, por partilharem a atribuição de exercer conjuntamente o controle externo, embora com competências exclusivas e independentes que, em alguns casos, inter-relacionam-se, como se verá adiante (art. 70, *caput*; art. 71, *caput* e inc. I, II, VII, X, §§ 1º, 2º e 4º; art. 72, *caput* e §§ 1º e 2º; art. 73, § 2º, II, CR).⁶⁵⁵ O STF reconhece aos Tribunais de Contas a autonomia administrativa, financeira e orçamentária, inclusive para elaborar sua proposta orçamentária e dar início ao processo legislativo referente à sua organização e funcionamento, de forma equivalente ao Poder Judiciário.⁶⁵⁶

A partir da Lei nº 86/1989, primeira etapa da reforma do Tribunal de Contas em Portugal, foi criado um novo modelo institucional que lhe assegurou independência em face do Executivo, Legislativo e Judiciário, reconhecendo-se o seu autogoverno.⁶⁵⁷ O Tribunal de Contas Português possui, portanto, autonomia administrativa e financeira, abrangendo a prática de atos definitivos e executórios necessários à autorização e ao pagamento de despesas, bem como pela existência de orçamento, contabilidade e receitas próprias, atualmente nos termos do Decreto-Lei nº 155, de 1992, sendo caracterizado

⁶⁵² CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*: noções fundamentais. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 421.

⁶⁵³ CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 391.

⁶⁵⁴ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 201., p. 131.

⁶⁵⁵ RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670; FARIA, Rodrigo de Oliveira. Comentários aos arts. 75-82. In: CONTI, José Maurício. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242. Essa relação entre o Tribunal de Contas e o Parlamento também é observada, de modo semelhante, em Portugal, cf. COSTA, op. cit., p. 83-84.

⁶⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 4.418. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 mar. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 119. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 mar. 2014.

⁶⁵⁷ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69-70.

como um organismo autônomo.⁶⁵⁸ Em relação ao modelo brasileiro, tem uma característica própria, concernente na possibilidade de cobrar emolumentos pelos serviços que presta, nos termos do Decreto-Lei nº 66, de 31 de maio de 1996.⁶⁵⁹

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) estabelece que o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e da execução do orçamento, competindo-lhe julgar as contas definidas em lei (art. 207 e art. 214, nº 1, CRP). Em linhas gerais, tem a competência para dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, abrangendo a segurança social e as contas das regiões autônomas; fiscalizar previamente a legalidade e a conformidade orçamentária de atos e contratos de qualquer natureza que gerem despesas ou representem encargos e responsabilidades para entes sujeitos ao seu controle e jurisdição; julgar a efetivação de responsabilidades financeiras; realizar auditorias; apreciar a legalidade, além da economia, eficiência e eficácia das entidades submetidas ao seu controle.⁶⁶⁰

As competências do Tribunal são, portanto, amplas e complexas, abrangendo a jurisdicional, de auditoria e de controle em quatro grandes áreas: competência *consultiva*; competência *jurisdicional*, por meio da qual julga e efetiva responsabilidades; *fiscalização a priori* das despesas públicas, por meio da qual examina e concede o visto ou emite declaração de conformidade quanto a atos geradores de despesa; *fiscalização concomitante e sucessiva*, por meio da técnica da auditoria, avaliando procedimentos administrativos relativos a atos que impliquem despesas de pessoas e contratos não submetidos à sistemática do visto prévio.⁶⁶¹

Ao Tribunal também compete a aplicação de *sanções* a partir do resultado da apuração de responsabilidades financeiras e formular *recomendações* com a finalidade de suprir deficiências da gestão orçamentária, tesouraria, dívida pública, patrimônio, além

⁶⁵⁸ BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema Tribunais de Contas e Instituições Equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 170-172.

⁶⁵⁹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670. A exposição de motivos do Decreto-Lei destaca a importância das referidas receitas, cobradas pelo menos desde 1915, como “um autêntico pressuposto da independência e condição de exercício das competências do Tribunal [...], e dos quais deriva a existência de cofres privativos e a sua autonomia administrativa e financeira”.

⁶⁶⁰ CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 422; CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 392.

⁶⁶¹ SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira*. 2015. 110f. Relatório Profissional (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 67-69; CABRAL; MARTINS, op. cit., p. 425-426.

da organização e financiamento dos serviços. A responsabilidade financeira, em Portugal, é considerada uma responsabilidade delitual por infrações financeiras tipificadas por lei (art. 1º, nº 1, 67, nº 3, e 61 nº 5, LOP/TCP), baseada na culpa do agente e que permite a aplicação de uma multa pelo Tribunal de Contas. Além da responsabilidade financeira sancionatória, a prática de infrações financeiras graves pode resultar em responsabilização reintegratória, visando a compensação do dano causado. O não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal de Contas, após a reforma de 1997, passou a ser tipificado como infração financeira, passível de multa.⁶⁶²

As recomendações podem ser formuladas em sede de relatório e parecer sobre a Conta Geral do Estado, de fiscalização prévia ou de verificação externa de contas, e por ocasião da realização de auditorias, não sendo restritas, portanto, aos casos em que a Corte exerce função jurisdicional. Para Costa, as recomendações em sede de relatórios de auditoria visam apenas à melhoria da gestão financeira e da organização e funcionamento dos serviços. Não obstante, caso se depare com alguma ilegalidade em sede de auditoria, o autor entende não caber recomendação, mas a imposição de seu cumprimento, devendo haver a identificação dos responsáveis e o recolhimento dos meios de prova necessários ao respectivo julgamento.⁶⁶³

Segundo Costa, as recomendações consistem em exortações da Corte no sentido da adoção de determinados comportamentos, não obrigando ao atendimento. Todavia, embora seja lícito o não acolhimento de uma recomendação, assinala ser ilícita a indiferença, de modo que o não acatamento reiterado e injustificado das recomendações viola o dever de colaboração para com o Tribunal de Contas, sendo passível de multa.⁶⁶⁴

Com efeito, destacam Cabral e Martins, “não se trata, assim, nem de uma câmara política nem de uma entidade com competências principalmente administrativas, mas de

⁶⁶² CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 423; CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 391-392; COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 83, 480; CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 78, 88-102; SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira*. 2015. 110f. Relatório Profissional (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 73-85.

⁶⁶³ COSTA, op. cit., 447-450.

⁶⁶⁴ Ibid., 448-454. Para o autor, embora a LOP/TCP qualifique o não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do Tribunal como uma infração financeira, nos termos do seu art. 65, nº 1, “j”, o fato deveria ser enquadrado como infração prevista no art. 66, nº 1, “c” e “d”, da LOP/TCP, que pune, também com multa, a falta injustificada da colaboração devida ao Tribunal. (Ibid., 452-454).

uma instância suprema de auditoria e de caráter jurisdicional no coração do Estado Constitucional”.⁶⁶⁵ A apreciação que exerce da atividade financeira do Estado é jurídica e técnica, à luz da legislação financeira e orçamentária, além das regras de auditoria externa. Para os autores, a Corte não faz apreciações de índole política sobre as opções escolhidas pelos Governos, mas exerce uma avaliação técnica e econômica sobre como os recursos públicos extraídos dos contribuintes são utilizados e aplicados.⁶⁶⁶

Em linhas gerais, são competências semelhantes às dos Tribunais de Contas no Brasil para emissão de parecer prévio nas contas de governo, julgamento de administradores públicos e responsáveis, aplicação de sanções, imputação de débito, em caso de dano ao erário, assinar prazo para correção de condutas, realização de inspeções e auditorias e natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a partir dos parâmetros de legalidade e de economicidade (arts. 70, *caput*, e 71, inc. I, II, IV e VIII, § 3º, CR).⁶⁶⁷ De igual forma, embora haja certa abertura do controle por força dos parâmetros de legitimidade e de economicidade, também os Tribunais de Contas são considerados no Brasil órgãos de índole técnica e não política.⁶⁶⁸

Os juízes do Tribunal de Contas português são equiparados a juízes do Supremo Tribunal de Justiça. A LOP/TCP define a forma de ingresso dos juízes, que é composto, na sede, pelo presidente e mais 16 juízes, e em cada seção regional – nos Açores e na Madeira – por um juiz (art. 14, nº 1, alíneas a e b). Os juízes são recrutados mediante concurso curricular perante um júri integrado pelo presidente, vice-presidente e pelo juiz mais antigo do Tribunal, além de dois professores universitários designados pelo Governo (art. 18, nº 1, CRP). Poderão ocupar o cargo indivíduos com mais de 35 anos de idade e que preencham os requisitos gerais para a nomeação de funcionários do Estado (art. 19, nº 1, CP). A ordem de classificação em cada área de recrutamento é observada na

⁶⁶⁵ CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 423.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670.

⁶⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 726-727, 732, 733; SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 373; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223-224; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 463; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 297.

nomeação, atribuindo-se uma vaga para cada área sucessivamente (art. 19, nº 2 e 3, LOP/TCP).

O concurso é válido por um ano (art. 18, nº 2, LOP/TCP) e nele são avaliadas as classificações acadêmicas e de serviço; as graduações obtidas em concursos; os trabalhos científicos ou profissionais; a atividade profissional; e quaisquer outros fatores que respeitem a idoneidade e a capacidade de adaptação relativamente ao cargo a prover (art. 20, nº 2, LOP/TCP). Cabe recurso ao plenário geral do Tribunal quanto aos atos definitivos relativos ao concurso e à nomeação (art. 20, nº 3, LOP/TCP).

A sistemática de recrutamento dos membros dos Tribunais de Contas, no Brasil, é substancialmente diferente da portuguesa. Com a Constituição de 1988, o TCU passou a ter dois terços das indicações (seis ministros) feitas pelo Congresso Nacional (art. 49, inc. XIII, CR). Anteriormente, as escolhas eram privativas do presidente da República, atuando o Poder Legislativo apenas por meio do Senado Federal, que aprovava ou não as indicações. A escolha do terço restante (três ministros) permaneceu com o presidente da República, condicionada à aprovação pelo Senado Federal (art. 52, inc. III, “b”, CR); duas indicações, alternadamente, devem recair sobre auditores e membros do Ministério Público de Contas, indicados em lista tríplice, segundo critérios de antiguidade e merecimento, restando a última vaga à livre escolha do chefe do Poder Executivo (art. 73, § 2º, CR). Desta forma, ficou assegurada na composição das Cortes ao menos dois integrantes técnicos, oriundos de carreiras específicas, relacionadas às atividades das Cortes de Contas.⁶⁶⁹

A Constituição ampliou, ainda, os requisitos de ingresso, passando-se a exigir dos indicados ser brasileiro, ter idade mínima de 35 anos e máxima de 65; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos referidos (art. 73, § 1º, CR). Outra mudança importante inserida pela Constituição de 1988, sem paralelo com o modelo português, correspondeu à elevação ao texto constitucional das garantias dos

⁶⁶⁹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 38-44; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 662. Observe-se que, em relação aos Tribunais de Contas dos Estados, a Constituição estabeleceu o quantitativo de sete conselheiros. O STF definiu a distribuição das indicações conforme o número de vagas nos termos da Súmula nº 653: “No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha”.

membros do Ministério Público de Contas, aplicando-se as disposições relativas a direitos, vedações e forma de investidura dos demais ramos do Ministério Público (art. 130, CR).⁶⁷⁰

No Tribunal de Contas português, a indicação do seu presidente ocorre mediante nomeação e exoneração pelo presidente da República, a partir de proposta do Governo, para mandato de quatro anos (art. 214, nº 2, e 133, alínea m); não precisa ser necessariamente um juiz do próprio Tribunal (art. 16, nº 2, da Lei n. 98/97). No Brasil, compete à própria Corte deliberar a escolha de seu corpo diretivo dentre seus próprios integrantes, conforme modelo que adota os Tribunais judiciais como paradigma.⁶⁷¹

Segundo o UKNAO, o Tribunal de Contas português exerce auditorias *a priori*, quando autoriza ou aconselha o gasto público como parte do processo de controle financeiro (art. 5º, nº 1, alínea “c”, da LOP/TCP), e *ex post*, nas modalidades judicial, financeira e de *performance*. Na auditoria *ex post* judicial, realiza o exame e o julgamento a respeito dos registros individuais sobre os quais recaem a responsabilidade pelo uso dos recursos públicos; na financeira, há uma manifestação acerca da situação das prestações de contas estatais, fornecendo subsídios para que o Parlamento se pronuncie; e a de *performance* é relacionada a aspectos de economicidade, eficiência e de efetividade do gasto. Para o UKNAO, em Portugal a auditoria de *performance* busca avaliar o desenvolvimento ocorrido em comparação com a *performance* anterior, em vez de se

⁶⁷⁰ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 38-44. O Decreto nº 1.166, de 17.12.1892, por meio do qual efetivamente se instalou o Tribunal de Contas no Brasil, já previa, entre seus cinco membros, um representante do Ministério Público (art. 19), ao qual competia, por exemplo, manifestar-se em processos relativos a erro, omissão, falsidade ou duplicata em prejuízo da Fazenda; nos quais fosse descoberta a existência de algum crime; nas impugnações e recursos contra julgamento do Tribunal etc. (art. 48, § 6º). (BRASIL. *Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892*. Dá regulamento para execução da lei nº 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=391356&id=14446208&idBinario=15631169&mime=application/rtf>>. Acesso em: 8 dez. 2018).

⁶⁷¹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman (Lei complementar nº 35, 1979) estabelece algumas condições para o processo eleitoral dos Tribunais, como a limitação da candidatura aos magistrados mais antigos e a vedação à reeleição (art. 102). Há no STF ações em que se discute a constitucionalidade das regras que limitam o rol dos elegíveis aos cargos de direção dos Tribunais judiciais à luz da Constituição atual (v. g. a Reclamação nº 16681/DF, Rel. Min. Edson Fachin; a Reclamação nº 28968/SC, Rel. Min. Roberto Barroso; e a Reclamação nº 25763/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes) e a aplicabilidade dessas regras aos Tribunais de Contas (v. g. a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5692/CE, Rel. Min. Rosa Weber).

pautar por referências de boas práticas.⁶⁷² No Brasil, a auditoria *a priori*, herdada do modelo italiano adotado por ocasião da criação do nosso Tribunais de Contas, foi suprimida desde a Constituição de 1967.⁶⁷³

No texto constitucional brasileiro está previsto um amplo alcance da fiscalização a cargo do controle externo, para além da mera legalidade, abrangendo a legitimidade e a economicidade (art. 70, CR), conforme se verá adiante. Em Portugal, no plano infraconstitucional, o artigo 5º, nº 1, alínea f, da Lei nº 98/97, de 26 de agosto (LOP/TCP), também atribuiu ao Tribunal português a competência para apreciar não apenas a *legalidade*, mas, ainda, a *economia*, *eficácia* e *eficiência*, segundo critérios técnicos, da gestão financeira das entidades jurisdicionadas, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controle interno.⁶⁷⁴ Tal previsão coaduna-se com o ideal de uma fiscalização mais abrangente da gestão pública e se aproxima não apenas dos parâmetros de *legalidade* e de *economicidade* da Constituição brasileira, como da fiscalização de natureza *operacional*, caracterizada pelos parâmetros da *eficácia*, *economicidade*, *eficiência* e *efetividade*.

Costa defende a adoção, pelo Tribunal de Contas português, de um conceito substancial de *legalidade*, que rechaça a separação entre legalidade e mérito. Defende que a submissão da administração à Constituição e à lei não elimina por completo a discricionariedade, mas que do princípio da prossecução do interesse público decorre um *dever de boa administração*. Para o autor, a legalidade deve abranger a avaliação da utilidade social alcançada pela atividade financeira, compreendendo a avaliação do *value for money*⁶⁷⁵ da atividade financeira pública.

Segundo Costa, do conceito de legalidade substancial extrai-se uma compreensão *ampla* do controle exercido pelo Tribunal de Contas, a qual abrange a avaliação do mérito da gestão segundo critérios de *economia*, *eficiência* e *eficácia*. Seria, a seu ver, o único conceito coerente com os fundamentos da Constituição portuguesa e

⁶⁷² REINO UNIDO. United Kingdom National Audit Office. *State Audit in the European Union*. Heronsgate, dez. 2005. Disponível em: <https://www.nao.org.uk/report/state-audit-in-the-european-union/>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶⁷³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 36.

⁶⁷⁴ RODRIGUES, op. cit., 2018, p. 664-670.

⁶⁷⁵ “Utilidade social obtida por cada unidade monetária de despesa”. (FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 467, *apud* COSTA, Paulo Nogueira da. O papel dos tribunais de contas na proteção dos direitos sociais. *Jurismat*, Portimão, nº 7, p. 293-303, nov. 2015, p. 297).

seus princípios, como o da prossecução do interesse público, do respeito aos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.⁶⁷⁶

Antunes aponta, tal como ocorrera no Brasil, uma virada institucional no sentido da ampliação do foco da fiscalização do Tribunal de Contas português. Destaca que, da vocação originária para o controle da estrita legalidade financeira, houve, a partir de 1997, um alargamento das competências do Tribunal de Contas português, para apreciar a boa gestão financeira à luz dos critérios de economia, eficiência e eficácia. Nos últimos anos, assinala o autor, a Corte de Contas portuguesa realizou diversas auditorias em projetos e programas públicas, além da auditoria de resultados, privilegiando a análise e a valoração de vários aspectos, dentre os quais a transparência dos processos de tomada de decisões, as opções de gestão e a definição e o alcance dos objetivos.⁶⁷⁷

Para Antunes, as auditorias de avaliação levam em consideração os objetivos propostos e os resultados dos projetos e programas, “[...] sindicando-se o desperdício, designadamente as despesas sem retorno, duplicação de serviços e entidades, e analisando-se a relevância e utilidade dos serviços prestados à comunidade”.⁶⁷⁸

Cabral e Martins fazem uma avaliação semelhante – e um pouco crítica – do Tribunal de Contas português, ao notarem que cada vez mais a Corte estaria se apropriando de institutos que não seriam seus, ao adotar as auditorias e torná-las instrumentos primaciais de sua atuação fiscalizadora, superando sua função jurisdicional típica por funções mais densas e tecnicamente mais complexas, associando à análise jurídica questões de ordem econômica e financeira. Diante do que denominam de “densificação da função do Tribunal de Contas”, questionam os limites processuais e substantivos dessa atuação. Quanto ao limite processual temporal, esclarecem que pela própria natureza as auditorias são uma forma de fiscalização concomitante ou sucessiva, jamais prévia (em Portugal ainda se adota o sistema de controle prévio, por meio de “vistos” em contratos, já superado no Brasil desde 1967). Em relação aos princípios fundamentais, indicam o princípio do contraditório, e como limites substantivos destacam que nem sempre é fácil estabelecer a fronteira “[...] entre o que é apreciação de mérito (da

⁶⁷⁶ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 218-221.

⁶⁷⁷ ANTUNES, Carlos Morais. Do controlo à avaliação de políticas públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, nº 59/60, p. 45-56, jan.-dez. 2013, p. 50-52.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 53.

regra dos ‘três Es’) – o campo por excelência da auditoria – e aquilo que pode ser já considerado avaliação de políticas públicas [...]”.⁶⁷⁹

Catarino também destaca o alinhamento do Tribunal de Contas português com as tendências internacionais, visando não realizar mais apenas um mero controle de legalidade, tendo suas competências reforçadas para um controle de eficácia, economia e eficiência, a partir de critérios técnicos de boa gestão financeira e de efetivação de responsabilidades financeiras.⁶⁸⁰

Para Costa, desde a reforma de 1989, ocasião em que houve uma considerável redução no âmbito da fiscalização prévia, no sentido do reforço e aperfeiçoamento da fiscalização sucessiva, com a possibilidade de realização de auditorias, passou a existir uma transição de uma fiscalização exaustiva e formal para uma fiscalização de ordem mais seletiva e substancial. A reforma de 1997, por sua vez, ampliou os poderes da Corte, que passou a ter atribuição para avaliar a gestão conforme critérios de *economia*, *eficiência* e *eficácia*, em atenção às recomendações da Intosai.⁶⁸¹

Conclui-se, a partir dessa análise, que tanto no Brasil quanto em Portugal estão presentes os instrumentos necessários à realização de um amplo controle da administração pública, para além da mera legalidade. Os dois países passaram por um processo de evolução no sentido da ampliação do escopo da fiscalização para além da mera legalidade formalista, em busca de um exame mais aprofundado do atuar da administração pública. Os parâmetros de legitimidade, economicidade, economia, eficiência e eficácia permitem a tais Cortes uma melhor avaliação das políticas públicas adotadas pelo Estado e apontam o caminho a seguir em direção de um controle mais efetivo. O instrumento das auditorias operacionais, de *performance* ou de resultado permite uma avaliação mais completa da atuação estatal, pelo resultado daquilo que efetivamente proporciona em termos de utilidade para a sociedade.⁶⁸²

⁶⁷⁹ CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 415-416.

⁶⁸⁰ CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 392-393.

⁶⁸¹ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 110-113; SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira*. 2015. 110f. Relatório Profissional (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 94.

⁶⁸² RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 664-670.

Não obstante, ainda assim é perceptível no modelo brasileiro a adoção pelo Constituinte de uma concepção de Tribunal de Contas ainda mais fortalecida, de matriz fundamentalmente constitucional, de elevada densidade normativa e com um leque potencialmente mais amplo de atuação, notadamente pelo controle de legitimidade estabelecido ao lado dos parâmetros de economicidade e legalidade.

Por fim, merece registro a criação, em Portugal, de um novo órgão de acompanhamento da política orçamentária, fruto de recomendações internacionais voltadas à concretização do princípio da transparência orçamental e à subordinação da gestão orçamentária e da própria definição e aplicação da política orçamentária a um controle mais rígido por entidades independentes. Trata-se do *Conselho de Finanças Públicas*, cuja missão principal consiste em pronunciar-se sobre os objetivos propostos quanto ao cenário macroeconômico e orçamentário, à sustentabilidade de longo prazo das finanças públicas e quanto ao cumprimento da regra do saldo orçamentário, da regra da despesa da administração central e das regras de endividamento das regiões autônomas e das autarquias locais.⁶⁸³

No Brasil, o Senado Federal criou em 2016 a *Instituição Fiscal Independente* (IFI), com o objetivo de ampliar a transparência das contas públicas a partir de quatro funções: divulgar suas estimativas de parâmetros e variáveis relevantes para a construção de cenários fiscais e orçamentários; analisar a aderência do desempenho de indicadores fiscais e orçamentários às metas definidas na legislação pertinente; mensurar o impacto de eventos fiscais relevantes, especialmente os decorrentes de decisões dos Poderes da República, incluindo os custos das políticas monetária, creditícia e cambial; e projetar a evolução de variáveis fiscais determinantes para o equilíbrio de longo prazo do setor público.⁶⁸⁴

Feitas as observações pertinentes ao modelo português, passa-se agora a analisar o modelo espanhol de controle externo.

⁶⁸³ CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 416-417.

⁶⁸⁴ BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 42, de 2016. Cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito do Senado Federal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, nº 211, seção nº 1, p. 1, 3 nov. 2016.

4.1.1.2 O Tribunal de *Cuentas* espanhol

A existência do Tribunal de Contas na Espanha remonta a uma tradição de vários séculos. Desde a primeira Constituição do referido país ibérico, em 1812, já estava prevista sua presença dentre os órgãos de fiscalização estatal, sendo à época denominado de *Contaduría Mayor de Cuentas*.⁶⁸⁵ Atualmente, nos termos do artigo 136, nº 1, da Constituição Espanhola de 1978 (CE), o *Tribunal de Cuentas* é “*el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*”.⁶⁸⁶ Todavia, não é o único órgão de controle externo da Espanha, pois outros órgãos exercem as funções de fiscalização nos respectivos âmbitos territoriais das Comunidades Autônomas, sem exercerem função jurisdicional, mas apenas fiscalizadora, salvo por delegação do Tribunal de Contas, caso em que poderão desempenhar a fase de instrução e de investigação do procedimento jurisdicional (art. 153, CE).⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ ESPANHA. *Constituição Espanhola de 1978*. Madrid, [1978]. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844. p. 237-241. Sobre a temática: “*En la Constitución de 1812, aprobada por las Cortes de Cádiz, se dispuso la creación de una Contaduría Mayor de Cuentas ‘para el examen de todas las cuentas de los caudales públicos’.* *En 1828 se aprobó la Ordenanza por la que se crea el Tribunal Mayor de Cuentas, que estuvo vigente hasta 1851. Durante el régimen establecido en la Constitución de 1845 se llevaron a cabo una serie de importantes reformas en la Administración financiera del Estado, aprobándose la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 1851, que constituye el auténtico germen de la Institución actual, atribuyéndole la fiscalización financiera de la Administración Pública. En 1870 se aprobó una nueva Ley sobre Organización del Tribunal de Cuentas del Reino, que estuvo en vigor hasta que, en 1924, se creó el Tribunal Supremo de la Hacienda Pública, en el que quedaron integradas tanto las funciones de control externo como las de control interno del sector público. La Constitución de 1931 estableció el Tribunal de Cuentas de la República como órgano fiscalizador de la gestión económica pública, aprobándose su Ley Orgánica en 1934. Con posterioridad se fueron estableciendo normas de adaptación de la Institución al régimen político vigente, aprobándose una Ley de Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Cuentas del Reino en 1953, modificada en 1961, en la que se define al Tribunal de Cuentas como el órgano superior de control externo del Estado, con la función de informar al Jefe del Estado y a las Cortes del resultado de su actividad de fiscalización y con el reconocimiento de una auténtica función jurisdiccional. En la actualidad, la Constitución Española de 1978 configura al Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económico-financiera de todo el sector público, que es independiente del Poder Ejecutivo y se encuentra vinculado directamente a las Cortes Generales*”. (ESPANHA. Tribunal de Cuentas. *Historia*, Madrid, [2017?]. Disponível em: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/>. Acesso em: 23 jul. 2017).

⁶⁸⁶ ESPANHA. *Constituição Espanhola de 1978*. Madrid, [1978]. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁶⁸⁷ SANZ, María Luz Martín. La relación de Los Parlamentos con sus respectivos Tribunales de Cuentas. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 53; LIZARRALDE, Goiatz Aizpuru; LARRAURI, Arantza Martínez de Lagrán. Las competencias de las instituciones de control externo en la prevención de la corrupción. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid:

Segundo a Constituição, o Tribunal de Contas depende diretamente das *Cortes Generales* (equivalente ao Congresso Nacional brasileiro), composta pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado (art. 66, nº 1, CE), e exercem suas funções por delegação delas no exame e verificação das Contas Gerais do Estado (art. 136, nº 1, CE). No Brasil, há enunciado semelhante, que prevê o exercício do controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas (art. 71, *caput*, CR), embora seja independente e autônomo em relação ao Parlamento. Em Portugal, como visto, o TC integra formalmente o Poder Judiciário.

Assim como ocorre no Brasil e em Portugal, seus membros possuem um regime jurídico equiparado ao da magistratura. Com efeito, dispõe o art. 136.3 do texto constitucional que "*los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces*".⁶⁸⁸

Acerca da composição do Tribunal de Contas espanhol, o artigo 30 da *Ley Orgánica* nº 2/1982 (LO/TCE), que dispõe sobre a composição e o funcionamento do referido órgão fiscalizador, prevê a nomeação dos conselheiros de Contas pelo Legislativo, sendo seis pelo Congresso dos Deputados e seis pelo Senado, aprovados por maioria de três quintos em cada Casa, para um mandato de nove anos, recaindo a escolha sobre as categorias de auditores do Tribunal de Contas, revisores oficiais de contas, magistrados e procuradores, professores universitários e funcionários públicos pertencentes ao Corpo para os quais a admissão requer qualificações acadêmicas superiores, advogados, economistas e professores de Direito Comercial, todos com reconhecida competência e mais de 15 anos de exercício profissional.⁶⁸⁹ O presidente e

Tecnos, 2017, p. 105-106; JUAN, Eduardo Barrachina. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. III. Barcelona: PPU, 1986, p. 1165-1168.

⁶⁸⁸ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar., 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844. p. 237-241; DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 70.

⁶⁸⁹ CARVALHO; RODRIGUES, op. cit., p. 237-241; ESPANHA. *Ley Orgánica nº 2, de 12 de mayo de 1982*. Lei orgânica do Tribunal de Contas da Espanha. Madrid, [1982]. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2018. Speck assinala as diferentes vantagens entre o estabelecimento de um mandato limitado temporalmente, que assegura a possibilidade de renovação dos integrantes, em relação à sistemática da vitalidade, que permite uma profissionalização conforme o modelo do funcionalismo público. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 197, nota de rodapé nº 197). Medauar noticia que durante a Constituinte de 1988 chegou a ser aprovada no primeiro turno a previsão de mandato de seis anos, não renovável, para os integrantes dos Tribunais de Contas. (MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo

os conselheiros de Contas não poderão ser removidos dos respectivos cargos, a não ser ao final do mandato, por renúncia aceita pelas *Cortes Generales*, incapacidade, incompatibilidade ou grave descumprimento dos deveres de seu cargo (art. 36, LO/TCE).

Aqui se tem um regime diferente daqueles verificados no Brasil e em Portugal, onde não há mandato para o exercício do cargo no Tribunal de Contas.⁶⁹⁰ Em Portugal, o ingresso ocorre mediante concurso curricular de indivíduos integrantes de categorias profissionais específicas. No Brasil, apenas uma minoria das indicações é realizada com tal limitação (categoria dos auditores e procuradores do Ministério Público de Contas). Em princípio, a delimitação da escolha a partir de categorias profissionais específicas, como ocorre em Portugal e na Espanha, tende a favorecer escolhas mais técnicas, muito embora nossa Constituição exija notórios conhecimentos em áreas específicas, além de mais de dez anos de exercício profissional.⁶⁹¹

Outra peculiaridade interessante consiste na ausência de participação do Poder Executivo nas escolhas realizadas em Portugal (júri) e na Espanha (Parlamento), diferentemente do que ocorre no Brasil, onde, além de uma vaga de “livre” escolha, a indicação dos integrantes “técnicos” (oriundos da Auditoria e do Ministério Público de Contas) compete ao chefe do Poder Executivo.⁶⁹² Essa prática faz sentido quando se tem em mente que a atividade administrativa objeto da fiscalização pelo Tribunal de Contas

Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 27, nº 108, p. 101-126, out./dez. de 1990, p. 126).

⁶⁹⁰ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar., 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 237-241.

⁶⁹¹ Neste sentido: “O recrutamento de auditores e procuradores para o cargo de ministro fortalece a idéia de um órgão técnico-profissional, mesmo que esse critério seja limitado a duas das nove vagas de ministros a serem preenchidas”. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 79). Não obstante, o autor noticia que a taxa histórica de recrutamento dos integrantes para o Tribunal de Contas dentre profissionais com experiência prévia no próprio controle externo (22%) corresponde proporcionalmente àquela estabelecida pelo regime constitucional atual (22%, ou 2 entre 9 ministros). A partir de levantamento realizado até 1998, afirma que apesar das mudanças trazidas com a Constituição de 1988, durante o Estado Novo (33%) e a República Populista (30%) teria havido proporcionalmente mais indicações por autorrecrutamento na área do controle externo. (SPECK, op. cit., p. 200-201, quadro 6.2, após errata). Medauar, já em 1990, criticava a forma de indicação para os integrantes da Corte, por vislumbrar, à época, os riscos de manter a prática de escolhas de políticos pouco interessados na função de controle, receio esse que se confirmou em muitos casos. Afirmou que se daria “muitas vezes como prêmio à fidelidade política, como prêmio de fim de carreira política ou até mesmo para silenciar adversário político”, além do que, “os requisitos apontados para a indicação nem sempre se verificam na realidade”. A autora defende a indicação mediante concurso público realizado pelo Poder Judiciário. (MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 27, nº 108, p. 101-126, out./dez. de 1990, p. 126).

⁶⁹² CARVALHO; RODRIGUES, op. cit., p. 237-241.

é desenvolvida majoritariamente pelo Poder Executivo. Não obstante, no Brasil, a Constituição de 1988 correspondeu a um avanço significativo, pois nos regimes anteriores as escolhas eram realizadas exclusivamente pelo Executivo. A participação do Parlamento nas escolhas se justifica pelo exercício compartilhado da função de controle externo que desenvolve com o Tribunal de Contas.

Para Ajenjo, contudo, embora a Constituição de 1978 tenha garantido sua independência funcional, na prática esse princípio seria limitado institucionalmente pela influência hegemônica do Poder Executivo no atual sistema democrático, bem como pela ausência de uma verdadeira autonomia interna de funcionamento. Além disso, destaca que não haveria um estatuto a garantir a plena objetividade dos processos de seleção e provimento de cargos, o respeito aos critérios técnicos e o reconhecimento da condição de autoridade.⁶⁹³ No mesmo sentido, Hernández menciona o “lugar-comum” que consiste na crítica quanto ao procedimento de escolha dos membros dos órgãos de controle externo, como um problema decorrente do controle dos partidos e a politização dos órgãos, embora entenda não existir uma alternativa melhor do que a eleição pelas Câmaras representativas.⁶⁹⁴

O Tribunal de Contas na Espanha desempenha a *função fiscalizadora*, mediante a qual desenvolve uma atividade técnica prévia à função política do Parlamento, informando sobre a adequação da atividade econômico-financeira dos entes públicos quanto aos princípios que regem a execução da atividade econômico-financeira (legalidade, eficiência e economia, além da transparência, sustentabilidade ambiental e igualdade de gênero), cujo desenvolvimento normativo tem priorizado a legalidade e a eficácia para fins de melhoria da gestão pública; a *função de assessoramento* ao Parlamento, que exige a apresentação de informe acerca de fatos relativos a infrações e possíveis responsabilidades; a *fiscalização forense*, que permite iniciar processos de ajuizamento contábil; e a *função jurisdicional*, dotada das características próprias de todo

⁶⁹³ AJENJO, José Antonio Fernández. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*: especial referencial al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado, p. 408-409. Pamplona, Espanha: Civitas / Thomson Reuters, 2011, p. 408-409; SANZ, María Luz Martín. La relación de Los Parlamentos con sus respectivos Tribunales de Cuentas. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas*: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2017, p. 54-55.

⁶⁹⁴ HERNÁNDEZ, Juan Carlos Areizaga. La elección de los miembros de los órganos de control externo. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas*: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2017, p. 135.

órgão judicial, com funções e faculdades para julgar e executar seus julgados, independência plena para decidir de forma imparcial, alheia a interesses partidários.⁶⁹⁵

A Constituição espanhola, em seu artigo 136, nº 2, menciona o exercício da jurisdição, ao prever que “*El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido*”.⁶⁹⁶ No mesmo sentido, o artigo 15 da *Ley Orgánica* da Corte de Contas prevê, dentre outras atividades de fiscalização, uma função de natureza jurisdicional, no caso, a jurisdição contábil, que se exerce “[...] *respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos*”.⁶⁹⁷ O ajuizamento da responsabilidade contábil tem por objetivo alcançar a reparação dos fundos públicos prejudicados em casos de malversação, justificativa incorreta, incompleta ou nula, e por outras causas e condutas, por meio de três procedimentos jurisdicionais, a partir dos quais a responsabilidade é apurada: o juízo de contas, o procedimento de reparação por alcance e o expediente de cancelamento de fianças.⁶⁹⁸

Sobre a natureza jurisdicional de algumas das atividades desempenhadas pelo Tribunal de Contas espanhol, Jayme assinala que:

A Constituição da Espanha, apesar de não mencionar expressamente as matérias afetas à competência jurisdicional do Tribunal de Contas, reconhece sua existência cometendo à legislação infraconstitucional estabelecê-las. Foi o que ocorreu com a edição da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, de 12 de maio de 1982, e a Lei de Funcionamento

⁶⁹⁵ AJENJO, José Antonio Fernández. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*: especial referencial al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado, p. 408-409; SANZ, María Luz Martín. La relación de Los Parlamentos con sus respectivos Tribunales de Cuentas. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas*: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2017, p. 53-55; LIZARRALDE, Goiatz Aizpuru; LARRAURI, Arantza Martínez de Lagrán. Las competencias de las instituciones de control externo en la prevención de la corrupción. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas*: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2017, p. 104-106. Para Juan “*la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable*” (JUAN, Eduardo Barrachina. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. III. Barcelona: PPU, 1986, p. 1165-1168).

⁶⁹⁶ ESPANHA. *Constituição Espanhola de 1978*. Madrid, [1978]. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2016; SANZ, op. cit., p. 53.

⁶⁹⁷ ESPANHA. *Ley Orgánica nº 2, de 12 de mayo de 1982*. Lei orgânica do Tribunal de Contas da Espanha. Madrid, [1982]. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2018; SANZ, María Luz Martín. La relación de Los Parlamentos con sus respectivos Tribunales de Cuentas. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas*: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2017, p. 53.

⁶⁹⁸ LIZARRALDE; LARRAURI, op. cit., p. 104-105.

da Instituição, de 05 de abril de 1988. A jurisdição de contas exercida por este Tribunal limita-se à responsabilidade contábil através do julgamento das contas daqueles que, de qualquer forma, lidem com recursos públicos. Nos termos da legislação mencionada, a jurisdição contábil se caracteriza por ser necessária, improrrogável, exclusiva e plena. Atua através do conhecimento e decisão das questões prejudiciais e incidentais, salvo as de caráter penal, que constituam elemento prévio necessário para a declaração da responsabilidade contábil e que estejam relacionadas diretamente com ela. Por sua vez, os Tribunais Judiciais, em observância ao princípio de que não há revisão jurisdicional de atos jurisdicionais, abstêm-se de conhecer da responsabilidade contábil nascida de fatos que digam respeito aos danos e prejuízos causados em bens ou fundos públicos.⁶⁹⁹

Além da competência jurisdicional, o Tribunal de Contas espanhol exerce competências de natureza fiscalizatória, nos termos do artigo 2º da sua Lei Orgânica.⁷⁰⁰ Nesse contexto, ao exercer atividades de fiscalização, a Corte analisa a submissão da atividade econômico-financeira aos princípios da *legalidade, eficiência, economia, transparência*, assim como à *sustentabilidade ambiental* e a *igualdade de gênero*.⁷⁰¹ Interessante notar que, embora a Constituição da Espanha não estabeleça nenhum parâmetro de controle, ao contrário das Constituições portuguesa (“fiscalização da legalidade” no art. 214, nº 1) e brasileira (legalidade, legitimidade e economicidade, no art. 70, *caput*), sua Lei Orgânica prevê um vasto leque de princípios que a aproxima de suas congêneres citadas – legalidade, eficiência e economia – e outros específicos, como a transparência, a sustentabilidade ambiental e a igualdade de gênero. A previsão, ainda que em nível infraconstitucional, dos parâmetros de legalidade, eficiência e economia, insere o Tribunal de Contas espanhol no contexto das questões mais atuais e já mencionadas de ampliação do enfoque de atuação do controle externo, adiante abordadas.

⁶⁹⁹ JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 4, out./nov./dez., 2002. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=5>. Acesso em: 24 jul. 2017; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 237-241.

⁷⁰⁰ “Artículo segundo. Son funciones propias del Tribunal de Cuentas: a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público. b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”. (ESPAÑA. *Constitución Española de 1978*. Madrid, [1978]. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2016).

⁷⁰¹ “Artículo noveno. Uno. La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género”. (Ibid.).

Por fim, merece registro uma competência específica do Tribunal de Contas espanhol, referente à fiscalização da atividade econômico-financeira dos partidos políticos e das fundações e demais entidades vinculadas ou dependentes deles (art. 1º, LO/TCE).⁷⁰² Em Portugal e no Brasil, a competência dos Tribunais de Contas não alcança a atuação dos partidos políticos, embora, ao menos no Brasil, elevados montantes de recursos públicos sejam destinados anualmente aos fundos partidários.

Encerrada a análise dos Tribunais de Contas no Direito Comparado – Portugal e Espanha –, passa-se a um exame mais detido dos Tribunais de Contas no Brasil, inicialmente a partir de sua origem e evolução histórica, para, num segundo momento, analisar suas competências, atribuições e funções.

4.2 Origem e Evolução Histórica dos Tribunais de Contas no Brasil

A Constituição Imperial de 1824 não previa a existência de um Tribunal de Contas. O Capítulo da Fazenda Nacional, no Título relativo à “Administração e Economia das Províncias”, estipulava apenas a existência de um Tribunal denominado “Thesouro Nacional”, encarregado da Receita e Despesa da Fazenda Nacional (art. 170).⁷⁰³

A primeira ideia de criação de um Tribunal de Contas no Brasil surgiu em 23 de junho de 1826, por Felisberto Caldeira Brandt (Visconde de Barbacena) e José Inácio Borges, que chegaram a apresentar projeto de lei no Senado do Império. Posteriormente, em 1845, também teria sido proposto pelo ministro do Império Manuel Alves Branco a organização de um tribunal que, além da fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da fazenda pública.⁷⁰⁴

⁷⁰² FERNÁNDEZ, Lidia García. El control de la financiación de los partidos políticos. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 79-95.

⁷⁰³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 32-38; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 654-657. Para um levantamento detalhado dos antecedentes, origens e formação do Tribunal de Contas no Brasil, desde o período colonial até 1937, cf. ROSA, Ruben. *As Contas do Brasil: cinquentenário de instalação do Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 17-43.

⁷⁰⁴ ROSA, *op. cit.*, p. 26; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. III, p. 244-245; FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. *Tribunal de Contas: julgamento e execução*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 119-123; ROSA, Ruben. Oração na Sessão Especial comemorativa do centenário de Rui Barbosa. In: CASA DE RUI BARBOSA. *Rui Barbosa e o Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 12. Cretella Júnior relata terem sido formuladas perto de uma dezena de iniciativas no sentido da criação

Apenas com a República e por iniciativa de Rui Barbosa, então ministro da Fazenda, foi criado, em 7 de novembro de 1890, pelo Decreto nº 966-A, o Tribunal de Contas no Brasil, atual Tribunal de Contas da União. Com a Constituição de 1891, passou a existir a expressa previsão de um Tribunal de Contas no Título V, relativo às “Disposições Gerais”, da Constituição de 1891. Sua atribuição era a de liquidar as contas da receita e despesa, verificando a legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional (art. 89). A Constituição não previa a competência para julgamento pelo Tribunal de Contas, nem a atribuição aos seus membros e a organização por parte da Corte de um regime jurídico equivalente ao do Poder Judiciário.⁷⁰⁵

Ao apresentar a exposição de motivos para justificar a criação do Tribunal de Contas no Brasil, Rui Barbosa efetuou uma vasta análise comparativa do direito estrangeiro. Segundo Barbosa, o “princípio do Tribunal de Contas” estava previsto em 14 Constituições, como na França, Suécia, Espanha, Grécia, Sérvia, Romênia, Turquia, Itália, Holanda, Bélgica, Portugal, Chile e Japão. O autor assinalou que, à época, era reconhecida em todos os países e satisfeita em quase todos os sistemas de governo, com divergências apenas quanto aos modelos, a existência de uma instituição com as atribuições que propôs para o Tribunal de Contas.⁷⁰⁶

Os primeiros Tribunais de Contas Estaduais no Brasil surgiram por força do disposto no art. 5º da Constituição de 1891, que autorizava a cada ente federativo prover às suas próprias expensas as necessidades de seu governo e administração. Vieram daí os Tribunais do Estado do Piauí (1899), Bahia (1915), São Paulo (1923), Rio Grande do Sul (1935), seguido dos Tribunais de Minas Gerais, Santa Catarina, do Ceará e do Rio de Janeiro (1936). Com a implantação do Estado Novo, em 1939, houve a extinção

do Tribunal de Contas no Brasil. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio Janeiro: Forense, 2000, p. 113); MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 96-97; SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 370-371.

⁷⁰⁵ ROSA, Ruben. *As Contas do Brasil: cinquentenário de instalação do Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 40-43; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. III, p. 244-245; BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. Vol. VI. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934, p. 425-458; BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: relatório do Ministro da Fazenda*. Vol. XVIII Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, 1891, t. III, p. 361-387; MASAGÃO, op. cit., p. 96-97; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 32-38; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 654-657.

⁷⁰⁶ BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, nº 82, p. 253-262, out./dez., 1999, p. 256-262.

temporária de todos os Tribunais de Contas, cuja retomada ocorreu após a promulgação da Constituição de 1946.⁷⁰⁷

Em 1934, a Constituição dispôs sobre a sua atribuição para acompanhar a execução orçamentária e estabeleceu expressamente e pela primeira vez a competência para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos (art. 99). O Tribunal de Contas foi previsto na Seção II do Capítulo VI, relativo aos “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, ao lado do Ministério Público, disciplinado na Seção I. A Corte tinha a atribuição de elaborar parecer prévio sobre as contas do presidente da República, a serem prestadas e julgadas pela Câmara dos Deputados.⁷⁰⁸ Os ministros do Tribunal tinham as mesmas garantias dos ministros da Corte Suprema, inclusive o foro por prerrogativa de função e a inelegibilidade. A organização do Tribunal passou a ter as mesmas atribuições dos tribunais judiciários.⁷⁰⁹

Observa-se, portanto, que, no plano constitucional, a partir de 1934 o regime jurídico dos membros e da própria Corte passa a ter como paradigma o regime jurídico do Poder Judiciário, como forma de assegurar a devida independência e autonomia à instituição.

Na Constituição de 1937 foi mantida a competência para acompanhar a execução orçamentária, julgar contas e a legalidade dos contratos, assegurando aos seus membros as garantias dos ministros do STF, inclusive o foro por prerrogativa de função. Embora não figurasse entre o rol dos órgãos do Poder Judiciário, na Constituição de 1937 o

⁷⁰⁷ CASTARDO, Hamilton Fernando. *Natureza Jurídica do Tribunal de Contas no ordenamento brasileiro*. 2007. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, jun. 2007. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/YTAVWAIQBHIT.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2013, p. 63. Em Alagoas, o Conselho de Finanças foi criado pela Lei Estadual nº 1.365 de 29 de novembro de 1947, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, com fulcro no art. 13 da Constituição Estadual de 9 de julho de 1947. Sua instalação ocorreu em 03 de janeiro de 1948. Com a Constituição Estadual promulgada em 11 de maio de 1967, passou a denominar-se Tribunal de Contas (ALAGOAS. Tribunal de Contas do Estado. *História do TCE/AL*. Maceió, 03 set. 2009. Disponível em: <http://www.tce.al.gov.br/v2/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=138>. Acesso em: 24 mar. 2013).

⁷⁰⁸ Baleeiro noticia que após a Constituição de 1934 o Tribunal ofereceu parecer prévio acerca das contas do presidente da República e um relatório sobre o exercício financeiro e, assim, após 43 anos de sua fundação, o Legislativo pela vez primeira se pronunciou acerca das contas presidenciais. Logo em seguida, em 1937, o Tribunal de Contas emitiu parecer prévio pela desaprovação das contas do presidente da República, referentes ao exercício de 1936, relatadas pelo Ministro Thompson Flôres. (BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 435).

⁷⁰⁹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 32-38; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 654-657.

Tribunal de Contas – assim como o Ministério Público – foi previsto no Capítulo referente ao Poder Judiciário.⁷¹⁰

A partir da redemocratização, em 1946, a Constituição tornou a conferir ao Tribunal de Contas um tratamento pormenorizado, estabelecendo que a administração financeira, em especial a execução do orçamento, seria fiscalizada na União pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados conforme suas respectivas Constituições. A Constituição previu, ainda, a jurisdição da Corte sobre todo o território nacional, as competências de acompanhamento ou fiscalização da execução do orçamento, de julgamento de contas e da legalidade de contratos e de aposentadorias, de emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da República, e ampliou o regime de equiparação de seus membros e do próprio Tribunal com o da magistratura e dos tribunais judiciais.⁷¹¹

Durante o governo militar ditatorial, a Constituição de 1967 não representou um retrocesso em termos de disciplina constitucional do Tribunal de Contas, como havido em 1937, logrando ensejar avanços em alguns pontos. Em linhas gerais, além das atribuições, prerrogativas de seus membros e forma de organização da Corte previstas anteriormente, houve uma significativa mudança em sua forma de atuação, pela substituição da sistemática anterior do registro ou controle prévio pela atribuição para realizar auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, os quais deviam enviar à Corte as respectivas demonstrações contábeis, cabendo ao Tribunal, ainda, realizar as inspeções necessárias.⁷¹²

⁷¹⁰ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 32-38. Para Fernandes, em 1937 o Tribunal de Contas integrava o Poder Judiciário. O autor identificou a seguinte sequência de vinculações do TC nas Constituições brasileiras: em 1824 não era previsto; em 1891 estava previsto nas disposições gerais; em 1934 como órgão de cooperação nas atividades governamentais; em 1937 no Poder Judiciário; em 1946, 1967, 1969 e 1988 no Poder Legislativo. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-146).

⁷¹¹ RODRIGUES, op. cit., p. 32-38.

⁷¹² Ibid. Para Speck, o fim dessa sistemática de controle também teria relação com o advento do regime autoritário e com seu projeto desenvolvimentista, que estabelecia um fortalecimento do Executivo e, por conseguinte, a redução do papel de outros órgãos independentes. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 67-73). Rosilho destaca que a criação das competências para exercer auditorias e inspeções teria sido uma compensação pela perda do controle global que o TCU exercia pelo registro prévio de despesas, não dependendo mais das informações e documentos fornecidos pela própria administração, permitindo a coleta de dados *in loco*. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 288-289).

Em caso de ilegalidades apuradas de ofício, por provocação do Ministério Público ou em sede de auditoria financeira e orçamentária, a Constituição de 1967 previa a possibilidade de o Tribunal de Contas assinar prazo para a adoção das providências necessárias ao cumprimento da lei e, caso não fosse atendido, até mesmo a sustação do ato seria possível. Em relação a contratos, o ato de sustação seria solicitado ao Congresso Nacional, que deveria deliberar no prazo de 30 dias, findo o qual, em caso de omissão, a impugnação do Tribunal de Contas era considerada insubsistente.⁷¹³

Nesse aspecto, como se verá, a Constituição de 1988 fortaleceu o Tribunal de Contas, pois previu, de forma diferente, que em caso de omissão do Parlamento, por 90 dias, compete ao próprio Tribunal decidir a respeito, não havendo mais a insubsistência automática da impugnação (art. 71, §§ 1º e 2º, CR). Além disso, o regime constitucional anterior previa a possibilidade de o presidente da República ordenar a execução do ato sustado pelo Tribunal de Contas, *ad referendum* do Congresso Nacional, hipótese essa não mais presente na Constituição atual, a denotar, portanto, o viés de fortalecimento do controle externo que imbuíu o Constituinte de 1988.

Outro avanço importante observado em 1967 consiste nos requisitos que passaram a ser exigidos para ocupar o cargo de ministro da Corte, como a nacionalidade brasileira, a idade mínima de 35 anos, idoneidade moral, notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública.⁷¹⁴

Com o advento da EC nº 1, de 1969, foram mantidas as regras anteriores e observadas algumas mudanças pontuais, como a adoção, em nível constitucional, da denominação Tribunal de Contas da União. Além disso, a partir da EC nº 7/1977, o presidente da República teve reconhecida a possibilidade de ordenar o registro de atos de aposentadoria, reformas e pensões, cuja legalidade fosse questionada pelo Tribunal de Contas, *ad referendum* do Congresso Nacional, competência essa não repetida pela Constituição de 1988, que deu a palavra final sobre a questão ao Tribunal de Contas – ressalvada, obviamente, a possibilidade de controle judicial, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da CR.

Em relação aos Estados, foi prevista a aplicação aos conselheiros dos Tribunais de Contas das mesmas vedações correspondentes aos magistrados e o foro por prerrogativa de função no antigo Tribunal Federal de Recursos, além da limitação do

⁷¹³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 32-38.

⁷¹⁴ *Ibid.*

quantitativo dos membros na Corte. No âmbito municipal, relevante mudança consistiu na previsão de que apenas por dois terços dos membros da Câmara Municipal o parecer prévio emitido pelo respectivo Tribunal de Contas deixaria de prevalecer, medida igualmente prevista na Constituição atual (art. 31, § 2º, CR).⁷¹⁵

A partir do exame dos textos constitucionais pretéritos, em comparação com a Constituição de 1988, cujos contornos serão examinados na próxima seção, é possível afirmar ter ocorrido uma crescente ampliação de disposições atribuindo cada vez mais importância e independência aos Tribunais de Contas no Brasil, seja pelo crescimento e detalhamento de suas atribuições, seja pelo *status* conferido aos seus membros e à própria estrutura organizacional da Corte, semelhante aos atribuídos ao Poder Judiciário (regime jurídico, foro especial, regimento interno, organização administrativa, competência do STF em sede de mandado de segurança e *habeas corpus* etc.), seja pela constitucionalização das prerrogativas dos membros do Ministério Público de Contas que obrigatoriamente funcionam perante a Corte – de forma semelhante, também, à relação que se observa entre o Ministério Público “judicial” e o Poder Judiciário, nas demandas que consubstanciam algum interesse público ou social relevante. O Constituinte almejou afastar a pecha histórica de que os Tribunais de Contas exerciam um controle de estrita legalidade, meramente formalista e inócuo.⁷¹⁶

⁷¹⁵ Em sede de repercussão geral, o STF definiu a seguinte tese: “Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 848.826. Tema 835. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 24 ago. 2017). Também em sede de repercussão geral, a Corte decidiu que “[...] 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”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 729.744. Tema 157. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 23 ago. 2017).

⁷¹⁶ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 45-46; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 654-657. “Como vimos, não se pode querer aplicar o direito com base em cânones estabelecidos há quase duzentos anos atrás. O princípio da legalidade é, antes de tudo, uma conquista irretorquível, um princípio basilar do qual se extrai tantos outros, permitindo um controle a uma Administração Pública mais racional e profissional. [...] Assim, nesse novo contexto, o estrito legalismo, fruto de herança continental, sobretudo ibérica, perde força e deve abrir espaço para uma análise mais aprofundada, visando à eficiência. O controle não pode continuar voltado para o passado, atado a duas amarras: o legalismo e a burocracia. [...] Transitar de um modelo de administração eficiente sem um correlato avanço do controle seria uma vitória de Pirro. Assim, os desafios são imensos, e os Tribunais de Contas, gestados em ambiente conservador, muito custaram a sequer perceber que estávamos em um Estado burocrático, e não patrimonialista. Agora, continuam padecendo de uma lentidão crônica, tendo enormes dificuldades de apreender e aprender as regras de uma administração gerencial e eficiente. Há

Apenas no texto constitucional decorrente do período ditatorial de 1937, quando a maior parte das normas relativas à sua organização foi atribuída à regulamentação por lei (art. 114, parágrafo único), o referido crescimento foi interrompido, e até mesmo regrediu, mas temporariamente, retomando seu desenvolvimento nas Constituições seguintes.⁷¹⁷

Até por ocasião da ditadura militar instaurada em 1964 observam-se avanços não vistos nos textos democráticos anteriores, tais como a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios em caso de omissão no dever de prestar contas (1967, art. 16, § 3º, “c”; 1969, art. 15, § 3º, “c”), a prevalência do parecer prévio das Cortes de Contas sobre as contas anuais dos prefeitos, salvo decisão de dois terços dos vereadores (1969, art. 16, § 2º), a definição de requisitos mínimos para a escolha dos membros das Cortes (1967, art. 73, § 3º; 1969, art. 72, § 3º) e a previsão do controle interno (1967, art. 72; 1969, art. 71).⁷¹⁸

Dessa forma, a cada texto constitucional, ressalvado o de 1937, houve mais e mais avanços na ampliação do papel das Cortes de Contas. A atuação dos Tribunais de Contas nos textos constitucionais foi fortalecida progressivamente desde a sua efetiva instalação, em 1892 – mesmo sob o período ditatorial vigente entre 1964 e meados da década de 1980 –, atingindo o ápice em 1988.⁷¹⁹

Com efeito, destaca Gualazzi, “[...] *nunca* os Tribunais de Contas Brasileiros dispuseram de competências constitucionais tão amplas e incisivas, para desempenho de sua missão, inclusive com *listagem taxativa* de competências no texto constitucional”. Com efeito, acerta o autor, “em relação à Constituição anterior, a atual Constituição do Brasil, de 1988, apresenta *notável evolução*, no sentido de fortalecer e dignificar, jurídica

pouca, ou nenhuma preocupação com a eficiência econômica das decisões e a necessidade de reformas torna-se imperiosa para que as instituições de controle possam adequar-se aos imensos desafios do século XXI”. (NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346-347). Ainda sobre a crítica ao controle meramente formal, cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013, p. 100-101; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150-151.

⁷¹⁷ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 45-46; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, nº 6, p. 651-688, 2018, p. 654-657.

⁷¹⁸ Ibid.; Ibid.

⁷¹⁹ Ibid.; Ibid.

e politicamente, a atividade de controle externo, concentrando-a nos Tribunais de Contas [...]”.⁷²⁰

Tratar-se-á dessa configuração na próxima seção, analisando as competências e atribuições constitucionais da Corte a partir de 1988.

4.3 Atribuições e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil a partir de 1988

O regime jurídico dos Tribunais de Contas é de matriz majoritariamente constitucional, tem característica analítica e regulamenta a instituição quase que à exaustão, pouco espaço deixando a novidades no plano infraconstitucional.⁷²¹ A Constituição, em seu art. 75, instituiu uma regra de simetria que impõe aos TCs do Brasil a observância das normas constitucionais estabelecidas para o Tribunal de Contas da União (TCU) quanto à sua organização, composição e fiscalização.⁷²² As considerações traçadas em relação ao TCU se aplicam, portanto, aos demais Tribunais de Contas do país.

Um dos grandes avanços observados em relação às atribuições dos Tribunais de Contas corresponde à inclusão no texto constitucional de 1988 do controle de legitimidade e de economicidade ao lado do tradicional controle de legalidade.⁷²³

⁷²⁰ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 173, grifo do original. Neste sentido, ainda, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 150, rodapé 291.

⁷²¹ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 5, nº 47, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=5954>>. Acesso em: 16 maio 2013, p. 6.

⁷²² Neste sentido, decidiu o STF: “É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3307. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2 de fevereiro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 29 maio 2009).

⁷²³ Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn tem previsão semelhante à da Constituição brasileira, quanto à possibilidade de o Tribunal de Contas exercer controle de legalidade e de economicidade. O art. 114.2 da Lei Fundamental de Bonn estabelece que: “O Tribunal Federal de Contas, cujos membros gozam de independência judicial, examina as contas, bem como a *rentabilidade* e a *regularidade* da gestão orçamentária e econômica. Ele tem de informar direta e anualmente, além do Governo Federal, também ao Parlamento Federal e ao Conselho Federal. Ademais, as competências do Tribunal Federal de Contas serão regulamentadas por lei federal”. (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradução Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018, p. 109, grifo nosso). Para Torres, a tradução correta seria “2. O Tribunal Federal de Contas, cujos membros possuem a

Conforme foi possível observar na análise comparativa realizada anteriormente, nenhum dos países estudados tornou expresso, em nível constitucional, aspectos tão amplos de controle como observado no Brasil (art. 70, *caput*, CR).⁷²⁴

Neste sentido, para Speck, ao lado dos novos critérios para a composição do colegiado e da ampliação do rol dos incluídos na fiscalização da Corte e dos responsáveis por prestar contas, a inclusão dos novos parâmetros de controle – legitimidade e economicidade –, superando a antiga limitação à análise meramente legal-contábil, consiste numa das principais modificações introduzidas pela Constituição de 1988.⁷²⁵

O controle de *legitimidade*, previsto no texto constitucional brasileiro de 1988, não deve ser reduzido ao mero controle de constitucionalidade, pois nos textos constitucionais anteriores, em que somente havia o parâmetro de legalidade – e não o de legitimidade –, o controle de constitucionalidade incidental já era realizado pelos Tribunais de Contas, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula nº 347, de 1963.⁷²⁶ Desde a Constituição de 1934, quando o controle de legitimidade não era cogitado, Pontes de Miranda já defendia a possibilidade de o Tribunal de Contas interpretar a Constituição e julgar a constitucionalidade das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo.⁷²⁷ Esse alerta é feito por Freitas, ao destacar

independência judicial, controlará as contas assim como a *economicidade* e a *legalidade* da gestão orçamentária e econômica”. (TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 266, grifo nosso). No mesmo sentido, cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230, rodapé 56. Como visto anteriormente, assim também dispõe a Constituição espanhola, em seu art. 31.

⁷²⁴ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, nº 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 244.

⁷²⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 73-80.

⁷²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>>. Acesso em: 21 nov. 2018; CARVALHO; RODRIGUES, op. cit., p. 245. Neste sentido, ainda, cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 551-552.

⁷²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. III, p. 249. Neste sentido, Caldas Furtado defende a possibilidade de o controle de legalidade abranger o exame dos preceitos integrante do Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro e Previdenciário, que disciplinam a administração pública, alcançando o cumprimento da Constituição Federal, das Constituições Estaduais, das Leis Orgânicas Municipais, da Lei nº 3.420/64, da Lei Complementar nº 101/2000, da Lei nº 8.666/93, das leis orçamentárias, dos estatutos dos servidores públicos e da legislação previdenciária, dentre outras, inclusive exercendo controle difuso de constitucionalidade de leis e atos do poder público, nos termos da Súmula nº 347 do STF. Nessa visão ampla de legalidade, admite o exercício das competências de assinar prazo e de sustação de atos, nos termos do art. 71, IX e X, da CR. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 551-552).

que a redução da legitimidade à observância dos princípios não iria muito além da nova compreensão da *juridicidade*, devendo-se exigir mais do controle, como o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, vedando o escudo do exacerbado formalismo.⁷²⁸

Nesse sentido, para Moreira Neto o distanciamento e o descomprometimento do Direito com a vontade da sociedade fizeram ressurgir a legitimidade enquanto valor jurídico e não somente político. Para superar a limitação imposta por uma legalidade reduzida à mera produção legislativa, foi necessário buscar uma composição mais ampla de valores consubstanciada na noção de *juridicidade* como resultado não apenas da integração da legalidade com a legitimidade, mas, também, com o reforço da antes abandonada noção e licitude, tudo isso a assegurar ao Direito um norte ético, sem abandonar a conquista moderna da racionalidade, pela compatibilização com a moderna conquista da razoabilidade.⁷²⁹

A menção expressa à legitimidade significou um avanço no sentido da promoção de uma mudança de atitude nos Tribunais de Contas, criticados historicamente por adotarem uma postura meramente formal e legalista.⁷³⁰ A adoção da legitimidade, além

⁷²⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-129.

⁷²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n° 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 2; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48. Com efeito, “com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da *vinculação administrativa à juridicidade*. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da *juridicidade* administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei”. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 311-312, grifo nosso, 125-194). Neste sentido, também, Krell defende que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, a partir dos princípios constitucionais. Assim, destaca, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas também por sua *juridicidade*. (KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76).

⁷³⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez., 2013, p. 100-101; NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346-347; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 18, n° 71, p. 225-248, jan./mar., 2018, DOI: 10.21056/aec.v18i71.844, p. 245; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 552; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9.

da economicidade e de outros parâmetros constitucionais, como razoabilidade e a eficiência, caracterizam a sucessão do controle *formal* pelo *material*.⁷³¹

Bastos defende que a expressão legitimidade é mais ampla do que a mera legalidade, admitindo a possibilidade de um ato ser legal, mas não ser legítimo, por estar em descompasso com valores fundamentais da coletividade.⁷³² Para Torres, “o controle de legitimidade, que é da própria moralidade, só agora se positivou na Constituição, mas já era reclamado há muito pelos juristas brasileiros”, resultando, em seu pensamento, “[...] [n]a abertura do controle financeiro para a política [...]”.⁷³³ Para o autor, “[...] engloba todos os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da idéia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle”.⁷³⁴

Speck destaca que o controle de legitimidade permite avaliar a adequação dos atos administrativos em relação aos princípios gerais norteadores da atividade administrativa.⁷³⁵ Caldas Furtado chega a afirmar que o “[...] controle de legitimidade do gasto público é a fiscalização do atendimento da vontade popular”.⁷³⁶ Para o autor, o parâmetro de legitimidade permitiria ao Tribunal de Contas apreciar até o mérito do ato administrativo.⁷³⁷

Para Lucas Furtado, contudo, o controle de legitimidade exercido pelo TCU não chega a abranger a avaliação de mérito, mas apenas se buscou, ao conjugar legalidade e legitimidade, evidenciar que a fiscalização pode ser empreendida pelos órgãos de controle interno e externo para além de um mero exame formal de adequação, a fim de alcançar todos os preceitos e princípios constitucionais, como a moralidade, impessoalidade,

ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150. Com efeito: “[O princípio da legitimidade] Serve de chamamento adicional aos controladores para que não se cinjam à legalidade tímida e tímorata, em que pese a relação entre os princípios”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128).

⁷³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348-349.

⁷³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150.

⁷³³ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 194, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 39-40; TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar. 1994, p. 269.

⁷³⁴ TORRES, op. cit., 1994, p. 269.

⁷³⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 77.

⁷³⁶ FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007, p. 41; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 553.

⁷³⁷ FURTADO, op. cit., 2007, p. 44-45; FURTADO, op. cit., 2014, p. 556-557.

razoabilidade, segurança jurídica etc. Já a *economicidade*, a seu ver, alcançaria aspectos relacionados ao mérito e à adequação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico.⁷³⁸

Para Nóbrega, o controle de mérito também é possível por ocasião da análise da economicidade do ato administrativo,⁷³⁹ assim como para Fernandes, para quem, via de regra, o exame de conveniência e de oportunidade é exclusivo da autoridade administrativa, nele não podendo ingressar o Judiciário, mas que cede ao Tribunal de Contas, por força do Constituição, podendo realizar o exame de mérito, apreciar a relação custo/benefício.⁷⁴⁰

Segundo Torres, o “controle de economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”.⁷⁴¹ Para o autor, inspira-se no *princípio do custo/benefício* e subordina-se a uma ideia de justiça que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos.⁷⁴² Uma importante repercussão apontada por Torres vai além da perspectiva do controle sobre as despesas, para alcançar, também, “[...] todos os incentivos fiscais e financeiros concedidos na vertente da receita

⁷³⁸ FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1096-1097. “Em resumo, é correto afirmar que, nos termos da Constituição Federal, o *controle de legalidade* compreende a verificação do cumprimento da lei; o *controle de legitimidade*, a plena observância do ordenamento jurídico”. (Ibid., p. 1097). No mesmo sentido, Figueiredo entende “[...] ter pretendido o texto constitucional que o controle se exercesse não apenas sobre a *legalidade em sentido estrito*, porém levando em consideração o Direito em sua plenitude, tal seja, o *complexo de normas e princípios*. Não apenas a lei, mas toda a *principiologia constitucional*, ou, como disse Bobbio, também os *valores agregados à legalidade merecem controle*”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 349, grifo nosso).

⁷³⁹ NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 342. A temática do controle sobre o mérito será retomada mais adiante, na seção 5.2.1, quando examinarmos os parâmetros constitucionais gerais de controle: legalidade, legitimidade e economicidade.

⁷⁴⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 749.

⁷⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 267. Para Lima, “o princípio constitucional da economicidade é a norma constitucional que obriga o administrador público a perseguir o menor custo, na aquisição de insumos e serviços para a Administração, bem como a buscar a maior quantidade e a melhor qualidade dos serviços prestados pela Administração”. (LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *Princípios Constitucional da Economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 36).

⁷⁴² TORRES, op. cit., p. 267. Figueiredo assinala que “[...] economicidade é a relação entre custos e benefícios. Aliás, em qualquer forma de administração o binômio custo-benefício é observado. Haveria irrazoabilidade se o custo fosse desproporcional ao benefício. E, atualmente, a eficiência reforça a economicidade” (FIGUEIREDO, op. cit., p. 349). Neste sentido, também, cf. GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 105-106.

(isenções, créditos fiscais, deduções, abatimento, reduções de alíquota, etc.) [...]”, de grande importância na atualidade.⁷⁴³

Bugarin sustenta que o princípio da *economicidade* da gestão dos recursos e bens públicos autorizaria o TCU a realizar um exame *pari passu* dos *elementos de fato* informadores dos processos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos, em relação com o objetivo dos resultados alcançáveis. A partir dessa análise, sustenta o autor, seria possível qualificá-los, “efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a consequente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social”.⁷⁴⁴

Speck destaca que a economicidade consiste numa relação entre meios e fins, baseada na ideia de que qualquer medida administrativa destinada a alguma finalidade específica se encontra diante da escolha dentre vários possíveis caminhos para alcançar seus objetivos. Sem embargo, defende que pela moderna ciência da administração e da economia, essa relação entre meio e fim teria perdido sucessivamente seu caráter político e se estabelecido como um método objetivo, com parâmetros claros.⁷⁴⁵

A fiscalização *operacional*, ao lado da contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, a serem realizadas pelos Tribunais de Contas, corresponde a outro relevante aspecto extraída diretamente da Constituição (art. 70, *caput*, e art. 71, inc. IV e VII, CR). Antes de 1988, no âmbito do controle externo, não havia a previsão constitucional de fiscalizações ou auditorias operacionais – e nem contábeis ou patrimoniais, mas, expressamente, somente auditorias financeiras e orçamentárias – e os Tribunais de Contas ficavam restritos basicamente ao controle de conformidade (legalidade).⁷⁴⁶

⁷⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 268. Com efeito: “O controle da economicidade, no que tange aos incentivos, consistirá no exame da adequação entre os fins almejados pela lei concessiva e o resultado efetivamente alcançado, entre o custo para o Tesouro com as renúncias de receitas e com os gastos tributários e o benefício social e econômico realmente produzido”. (Ibid.).

⁷⁴⁴ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 202.

⁷⁴⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 77.

⁷⁴⁶ Como bem destaca Rosilho, esse instrumento já era previsto na Constituição de 1967, como uma das atribuições do sistema de controle *interno*, mas não com a denominação expressa de fiscalização ou auditoria operacional, nestes termos: “Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos” (grifo nosso). (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 296). Speck relata que, a despeito das dúvidas sobre a autoridade do TCU para realizar

A partir de pesquisa sobre o tema realizada em ISCs de cinco países europeus (Holanda, França, Reino Unido, Suécia e Finlândia), Pollitt conclui que a auditoria operacional é definida e praticada de forma diferente em cada localidade. Não obstante, reconhece a existência de alguns padrões, como a existência de valores diferentes, em relação às auditorias tradicionais financeiras, em que a noção de conformação a um parâmetro determinado é crucial. Nas operacionais a prioridade é voltada mais aos valores da *eficiência* e da *efetividade* do que aos da economicidade e da regularidade (legalidade).⁷⁴⁷

A *International Organization of Supreme Audit Institutions* (Intosai) define a auditoria operacional como o exame de como empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo funcionam de acordo com os parâmetros *economicidade*, *eficiência* e *efetividade*, indicando se há espaço para aperfeiçoamento.⁷⁴⁸ Segundo Nóbrega, diferentemente da auditoria de legalidade, a

inspeções além dos limites do controle clássico, as primeiras experiências na área das auditorias operacionais ocorreram no decorrer dos anos 80, chegando a ser editadas normas para a então chamada “auditoria programática”, nos anos de 1982 e 1984, e criada, em 1986, a Secretaria de Auditoria. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 158-159).

⁷⁴⁷ POLLITT, Christopher *et al.* *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 286-287.

⁷⁴⁸ A *International Organization of Supreme Audit Institutions* (Intosai) é a organização central para a fiscalização pública exterior. Trata-se de organismo autônomo, independente e apolítico, caracterizado como organização não-governamental com *status* especial no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, fundada em 1953 e que congrega atualmente 194 membros de pleno direito, 5 membros associados e 1 membro afiliado. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Acerca de nosotros*. Áustria. Disponível em: <<http://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros.html>>. Acesso em: 29 dez. 2018). Para a Intosai, “A auditoria operacional, como realizada pelas EFS, é o exame independente, objetivo e confiável que analisa se os empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 300 – princípios fundamentais de auditoria operacional*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_300_Portugues.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018, p. 2). Para as definições e princípios aplicáveis às auditorias financeiras e às auditorias de conformidade, cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 200 – princípios fundamentais de auditoria financeira*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_200_Portugues.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018; e ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 400 – princípios fundamentais de auditoria de conformidade*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em:

operacional é direcionada ao exame das ações governamentais em relação aos aspectos da *economicidade*, *eficiência*, *eficácia* e da *equidade*. Seu foco é o processo de gestão de determinado órgão, entidade ou programa, sendo analisados o planejamento, a organização, os procedimentos operacionais e o seu acompanhamento.⁷⁴⁹ O TCU estabelece em seu Regimento Interno que a auditoria pode ser utilizada para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de *economicidade*, *eficiência* e *eficácia* dos atos praticados (art. 239, II, RI/TCU). Trata-se, portanto, de um importantíssimo instrumento para a avaliação de políticas públicas e a indução de melhorias voltadas ao aperfeiçoamento da gestão pública.⁷⁵⁰

O foco da atuação dos Tribunais de Contas é, portanto, amplo, e alcança a fiscalização *contábil*, que abrange desde a verificação do sistema de controle de custos até a conferência da fidedignidade dos registros contábeis, concretizada mediante a escrituração dos balanços e da análise dos resultados econômicos e financeiros; *financeira*, correspondente ao controle do fluxo de caixa, abarcando diversos aspectos como a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso, cumprimento das metas fiscais, observância dos limites de movimentação financeira (contingenciamento),

<http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_400_Portugues.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁷⁴⁹ NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103.

⁷⁵⁰ A análise por ocasião das auditorias operacionais recai, portanto, sobre os “três Es”: economicidade, eficiência e efetividade, que são definidos pela Intosai desta forma: “O princípio da *economicidade* significa minimizar os custos dos recursos. Os recursos usados devem estar disponíveis tempestivamente, em quantidade suficiente, na qualidade apropriada e com o melhor preço. O princípio da *eficiência* significa obter o máximo dos recursos disponíveis. Diz respeito à relação entre recursos empregados e produtos entregues em termos de quantidade, qualidade e tempestividade. O princípio da *efetividade* diz respeito a atingir os objetivos estabelecidos e alcançar os resultados pretendidos”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 300 – princípios fundamentais de auditoria operacional*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_300_Portugues.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018, p. 2-3, grifo nosso). Outros autores, como Araújo, utilizam parâmetros um pouco diferentes daqueles acima referidos, em auditorias operacionais. Para o autor, *eficácia* seria a capacidade de fazer as coisas certas, alcançando os objetivos ou metas estabelecidos; *eficiência* corresponderia à capacidade de fazer as coisas direito, apresentando desempenho satisfatório, sem desperdícios; e *economicidade* significaria a capacidade de fazer gastando pouco, executando uma atividade ao menor custo possível. (ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. *Introdução à Auditoria Operacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 44). Sobre a temática, cf., ainda, SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 154-162. Para uma análise crítica dos referidos critérios (“3 Es”), cf. POLLITT, Christopher *et al.* *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129-162.

controle dos restos a pagar, dos precatórios, das obrigações vencidas e vincendas, análise da projeção dos riscos fiscais, atendimento aos gastos mínimos em educação e saúde, além do cumprimento dos limites de gastos com pessoal; *orçamentária*, exercida sobre o sistema orçamentário do ente público e que alcança desde a concepção das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) até as eventuais alterações ocorridas, como a abertura de créditos adicionais e os estornos de verbas, até a execução do orçamento aprovado; *patrimonial*, consistente no exame da situação, evolução controle e aproveitamento do patrimônio público; e a já mencionada *operacional*, relacionada ao controle da eficácia, eficiência e efetividade das políticas públicas implementadas pelo poder público.⁷⁵¹

Amplamente também é o conjunto de pessoas alcançadas pelo *dever constitucional* de prestar contas. Nos termos da Constituição, deve prestar 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, assumas obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único, CR, com redação pela EC nº 19/1998).⁷⁵²

A relevância desse dever é constatada na própria Constituição, ao estabelecer a possibilidade de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal ou dos Estados em seus Municípios ou da União em Municípios de seus territórios, em caso de não atendimento ao princípio constitucional da prestação de contas (arts. 34, inc. VII, “d”; e 35, inc. II, CR), sem prejuízo de o presidente da República, governadores e prefeitos responderem por crime de responsabilidade (arts. 4º, inc. V, c/c 9º, inc. II, e 74 da Lei nº 1.079/1950; art. 1º, inc. VI, do Decreto-Lei nº 201/1967). A falta também é passível de sanção por ato de improbidade administrativa (art. 11, inc. VI, da Lei nº 8.429/1992).

Classificam-se as atribuições dos Tribunais de Contas – no âmbito constitucional e legal – em opinativa, jurisdicional, fiscalizadora, sancionadora, corretiva, de ouvidoria, consultiva e normativa ou regulamentar.⁷⁵³

A função *opinativa* consiste na *apreciação* das contas prestadas anualmente pelo presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento (art. 71, inc. I, CR). Aqui a Corte não julga, apenas emite

⁷⁵¹ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 542-551.

⁷⁵² A redação conferida pela EC nº 19, de 1998, estendeu tal obrigação às pessoas jurídicas privadas.

⁷⁵³ FURTADO, op. cit., p. 580-583; LEBRÃO, Roberto Mercado; GOMES, Emerson Cesar da Silva; MOURÃO, Licurgo. Cap. 5 – Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

manifestação técnica para subsidiar a atuação do Parlamento, que detém, neste caso, a competência exclusiva para julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 52, inc. IX, CR).⁷⁵⁴

No plano Estadual, pela regra de simetria antes mencionada, compete aos Tribunais de Contas Estaduais, dos Municípios ou do Município tal função em relação aos governadores e prefeitos, no prazo de 60 dias de seu recebimento (180 dias para os Municípios que não sejam capitais e tenham menos de 200 mil habitantes), salvo outro estabelecido nas respectivas Constituições Estaduais ou leis orgânicas (art. 31, *caput* e § 1º, da CR; art. 57, *caput* e § 1º, LRF).⁷⁵⁵ Os pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas sobre as contas dos prefeitos só deixam de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 31, § 2º, CR).⁷⁵⁶

Por ocasião da emissão do parecer prévio, o Tribunal de Contas examina as *contas de governo* do chefe do Poder Executivo, na qualidade de agente político, que possuem um viés global da administração, abrangendo, em linhas gerais, as funções políticas de planejamento, organização, direção, desenvolvimento econômico, controle das políticas públicas, alcance das metas da LOA, LDO e PPA, cumprimento dos limites da LRF, observância dos limites mínimos de gastos em educação e saúde, além das demais normas pertinentes ao equilíbrio fiscal.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Para o STF, a emissão do parecer prévio é indispensável, sendo inconstitucional norma estadual que o dispensa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 3.077. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 16 de novembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 1º ago. 2017).

⁷⁵⁵ O Brasil possui 33 Tribunais de Contas. Na esfera federal, há o Tribunal de Contas da União, e em cada Estado da federação há, pelo menos, um Tribunal de Contas. Alguns Estados possuem dois órgãos estaduais de controle externo, sendo um Tribunal de Contas Estadual, restrito à fiscalização estadual, e um Tribunal de Contas dos Municípios, responsável pelo controle da administração pública de todos os municípios do respectivo Estado, como ocorre na Bahia, em Goiás e no Pará (o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará foi extinto em 2017). Nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, além dos respectivos Tribunais de Contas Estaduais, há Tribunais de Contas municipais, que exercem a fiscalização de um único município, caso das capitais de São Paulo e do Rio de Janeiro. O Distrito Federal também conta com um Tribunal de Contas próprio. A Constituição veda a criação de novos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (art. 31, § 4º, CR).

⁷⁵⁶ Em sede de repercussão geral, a Corte decidiu que “[...] 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”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 729.744. Tema 157. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 23 ago. 2017).

⁷⁵⁷ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 624-631.

A função *jurisdicional* do Tribunal de Contas consiste em *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, inc. II, CR).⁷⁵⁸ Aqui constam as *contas de gestão*, que são *judgadas* pelos Tribunais de Contas e alcançam os *ordenadores de despesas*,⁷⁵⁹ abrangendo, de modo geral, a arrecadação, gerência de recursos, licitações, contratos, admissão de pessoal, aposentadorias, empenho, liquidação e pagamento de despesas.⁷⁶⁰

Trata-se propriamente do exercício de jurisdição – atípica, pois exercida por órgão não integrante do Poder Judiciário – com caráter de definitividade, atribuído pela própria Constituição ao Tribunal de Contas, como exceção ao postulado do seu art. 5º, inc. XXXV, tal como se verifica nos casos de julgamento, pelo Senado, nos de crimes de responsabilidade (art. 52, I, CR); do Tribunal do Júri, em relação aos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d”, CR); e do juiz arbitral (art. 114, § 2º, CR). Sem

⁷⁵⁸ “Mas atenção: a primeira parte do inciso II do art. 71, ao criar o dever de submissão de contas ao TCU para julgamento, não se referiu a todo e qualquer administrador ou responsável. Ou seja, nem toda pessoa referida no parágrafo único do art. 70 obrigatoriamente terá suas contas julgadas pelo Tribunal. De acordo com o dispositivo, só os administradores e responsáveis da ‘administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal’ necessariamente terão de submeter suas contas ao TCU para posterior julgamento. Dito de outra maneira, essa parte do dispositivo só se refere ao julgamento de contas de órgãos (administração direta), entes (administração indireta) e seus gestores. Exceção à regra é o Chefe do Executivo (Presidente da República), cujo julgamento é feito diretamente pelo Congresso Nacional, a partir de parecer elaborado pelo TCU (art. 49, IX c/c art. 71, I, ambos da Constituição)”. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 154-155).

⁷⁵⁹ Há uma discussão sobre qual regime aplicar, no caso dos prefeitos que também são ordenadores de despesa, situação bastante comum nos municípios de médio e pequeno porte, se o regime da *apreciação* das contas de governo, com emissão de parecer prévio (agente político), o regime do *julgamento* das contas de gestão (ordenador de despesa) ou ambos, parecer prévio e julgamento, conforme o objeto das contas. A relevância do tema consiste na repercussão que pode gerar para os fins de inelegibilidade, nos termos do art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC nº 64/1990, com a redação conferida pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que previu expressamente a aplicação do inc. II do art. 71 da CR a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de *mandatários* que houverem agido nessa condição. Sobre a questão, o STF adotou a seguinte tese: “Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 848.826. Relato para acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 24 ago. 2017). Acerca dessa temática, cf., ainda, FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 635-642; FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, nº 42, mar./abr., 2007.

⁷⁶⁰ FURTADO, op. cit., 2014, p. 631-635.

embargo, compete ao Poder Judiciário exercer eventual controle sobre os julgamentos exercidos pelos Tribunais de Contas em demandas que versem sobre possível vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, hipóteses em que poderá declarar a nulidade da decisão e determinar novo julgamento, mas nunca julgar diretamente as prestações de contas.⁷⁶¹

⁷⁶¹ A temática é polêmica e não será aprofundada aqui por ir além do escopo desta pesquisa. Em trabalho anterior já foram expostas, de forma mais aprofundada, as razões de nosso entendimento: “Em síntese, deve-se compreender a competência de julgamento dos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. II, da CF, como expressão de parcela da jurisdição, de modo que seu mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário para, por exemplo, reformar eventual julgamento pela rejeição de contas para julgamento pela aprovação de contas. Admite-se, contudo, a revisão de aspectos relacionados à violação de formalidades legais inobservadas pela Corte de Contas ou à preservação de direitos e garantias individuais dos interessados atingidos pelo julgado. Nesses casos, deve-se anular o ato e determinar a edição de nova manifestação livre de máculas. Por ocasião da revisão de julgados e demais decisões dos TCs pelo Judiciário, devem-se observar também, na definição do grau de intensidade dessa atuação, outros aspectos como o caráter eminentemente técnico da atuação daqueles órgãos, sua estatura constitucional, a atuação especializada voltada exclusivamente ao controle da administração pública, sob diversos prismas que não apenas o jurídico, e a existência de estrutura orgânica e funcional cercada de prerrogativas incomuns aos órgãos administrativos ordinários. No que se refere às demais competências, não relacionadas ao julgamento, em especial as atinentes ao mero exame de legalidade, tais como as de registro dos atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, e os de admissão de pessoal (art. 71, inc. III, da CF), o controle exercido pelo Judiciário pode ser mais amplo”. (RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 73). Na clássica lição de Seabra Fagundes: “Duas exceções admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, quando conexos com os desse, e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso. A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Tribunal de Contas”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167). Ainda sobre a temática, Caldas Furtado faz um levantamento preciso do entendimento de diversos outros autores sobre a questão, tanto contrários (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, J. Cretella Júnior e Carlos Ayres Britto) como favoráveis (Pontes de Miranda, Castro Nunes, M. Seabra Fagundes, Ricardo Lobo Torres e Jorge Ulisses Jacoby) à concepção ora defendida, além de apresentar o posicionamento do Poder Judiciário. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 642-648). Neste sentido, ainda, cf. FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1112-1116; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-461; LEBRÃO, Roberto Mercado; GOMES, Emerson Cesar da Silva; MOURÃO, Licurgo. Cap. 5 – Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134-137; GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 63-65. Sobre a temática, mas sem se posicionar claramente quanto à posição adotada, cf., ainda, SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 177-184. Em sentido contrário, não admitindo o exercício de função jurisdicional pelo Tribunal de Contas, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 148-150; CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 24, nº 94, p. 183-198, abr./jun., 1987; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio Janeiro: Forense, 2000, p. 114-115; BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo*, v. 62, nº 2, p. 37-62, 1967. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514>>. Acesso em: 2 jan. 2019; MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília,

Em relação às contas dos próprios Tribunais de Contas, a Constituição estabelece que o Tribunal de Contas da União deverá encaminhar ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, o relatório de suas atividades (art. 71, § 4º, CR). As contas dos Tribunais de Contas deverão receber parecer emitido pela Comissão Mista Permanente, responsável pela análise dos projetos de lei do PPA, da LDO, da LOA e de créditos adicionais, ou equivalente das Casas Legislativas estaduais e municipais, no prazo de 60 dias (art. 56, § 2º, LRF).⁷⁶²

O Tribunal de Contas exerce, ainda, a função *fiscalizadora*, correspondente a quatro atribuições diversas. A primeira trata da *apreciação*, para fins de registro, da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, inc. III, segunda parte, CR). Como novidade na Constituição atual, condizente com o patamar mais elevado que conferiu à regra do concurso público, também previu a competência para *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 (art. 71, inc. III, primeira parte, CR).

Outra função *fiscalizadora* refere-se à possibilidade de 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,

DF, v. 27, nº 108, p. 101-126, out./dez. de 1990, p. 121 e segs.; SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 373-374; NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 72-79.

⁷⁶² Para o STF é constitucional norma de Constituição Estadual que estabeleça o julgamento das contas do Tribunal de Contas pela respectiva Assembleia Legislativa: “Surge harmônico com a CF diploma revelador do controle pelo Legislativo das contas dos órgãos que o auxiliam, ou seja, dos tribunais de contas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.175. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio, 4 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 19 dez. 2006). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.597. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 4 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 17 ago. 2007. Para Furtado, os administradores dos Tribunais de Contas deveriam se submeter a uma dupla fiscalização: pelo Congresso Nacional, que recebe trimestral e anualmente um relatório de suas atividades (art. 71, §4º, CR) e pelo próprio Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, II, da CR, única situação em que há propriamente o julgamento de suas contas, discordando, portanto, do entendimento do STF segundo o qual Constituições estaduais podem atribuir à Assembleia Legislativa a competência para julgar as contas dos administradores dos Tribunais de Contas. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. Quem julga as contas prestadas pelos administradores dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 69-73, jan./dez., 2007; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 648-651).

Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do art. 71 da Constituição (art. 71, inc. IV, CR).⁷⁶³

Percebe-se que a atribuição de fiscalização atribuída ao Tribunal de Contas é mais ampla do que a estabelecida em prol do Congresso Nacional. Enquanto ao TCU o controle alcança as unidades administrativas dos três Poderes, o Parlamento tem competência exclusiva para fiscalizar e controlar, *diretamente*, ou por qualquer de suas Casas, somente os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, inc. X, CR). Para fiscalizar outros Poderes ou órgãos além do Poder Executivo, o Parlamento, por meio da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, deve provocar a atuação do Tribunal de Contas.

Estão compreendida na função *fiscalizadora* do TCU, ainda, as competências para *fiscalizar* as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; e *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 (art. 71, inc. V e VI, CR). Percebe-se, portanto, a possibilidade de os Estados, os Municípios e o Distrito Federal sujeitarem-se à fiscalização do TCU também, além da fiscalização regular a que se submetem perante os Tribunais de Contas locais, quando houver repasse de recursos federais.

O Tribunal de Contas exerce ainda função *informativa*, ao *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 (art. 71, inc. VII, CR); e quando *emite pronunciamento conclusivo* acerca de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, cuja autoridade governamental responsável

⁷⁶³ Nos termos do RI/TCU, a *auditoria* é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; ou subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro (art. 239, inc. I a III). Já a *inspeção* é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição (art. 240).

não tenha prestado esclarecimentos ou esses tenham sido considerados insuficientes (art. 72, *caput* e § 1º, CR).

A função *sancionadora* autoriza o Tribunal a *aplicar* aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as *sanções* previstas em lei, que estabelecendo, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, CR). A competência sancionatória, segundo alerta Pelegri, era desconhecida nos textos constitucionais anteriores a 1988, embora prevista no âmbito infraconstitucional.⁷⁶⁴

A função *corretiva* do Tribunal permite *assinar prazo* para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, inc. IX, CR). Se não atendido, compete à Corte *sustar* a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, inc. X, CR). Em caso de contrato, o ato de sustação deve ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicita, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (art. 71, § 1º, CR). Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as referidas medidas, compete ao Tribunal decidir a respeito (art. 71, § 2º, CR).

A competência para assinar prazo para a adoção das providências necessárias ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade, conforme bem assinala Rosilho, acha-se restrita, no texto constitucional, a “órgão ou entidade”, excluindo a possibilidade de essas determinações alcançarem atores externos à administração pública.⁷⁶⁵

O Tribunal também exerce a função de *ouvidoria*, por força da legitimidade conferida pela Constituição – e não prevista nos textos anteriores – a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para, na forma da lei, *denunciar* irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º, CR).

Para Torres, a legitimação popular para deflagrar o processo de controle externo é um importante fator para conferir ao Tribunal *legitimidade política* e tem a mesma dimensão democrática de instrumentos processuais acionáveis para a defesa de direitos

⁷⁶⁴ PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 103-104.

⁷⁶⁵ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 216-217.

difusos, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção, transformando o Tribunal de Contas em “advogado da comunidade”.⁷⁶⁶

Em nível infraconstitucional, há a previsão ainda da função *consultiva*, prevista na LO/TCU, que atribuiu ao Tribunal a competência para *decidir* sobre *consulta* que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno (art. 1º, inc. XVII, LO/TCU). A resposta à consulta a tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto (art. 1º, § 2º, LO/TCU).⁷⁶⁷

O TCU possui, ainda, função *normativa* ou *regulamentar*, referentes ao *cálculo das quotas dos fundos de participação* dos Estados e Municípios (art. 161, inc. II e parágrafo único, CR); e à possibilidade de *elaborar seu regimento interno*, dispendo sobre seu funcionamento (art. 73, *caput*, c/c art. 96, inc. I, “a”, CR). No âmbito de sua competência e jurisdição, assiste ao Tribunal de Contas o *poder regulamentar*, podendo *expedir atos e instruções normativas* sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade, conforme previsto em sua Lei Orgânica (art. 3º, LO/TCU).⁷⁶⁸

Compete ao Tribunal de Contas, ainda, a função de *representar* ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados no exercício de suas atribuições (art. 71, inc. XI, CR).

Por fim, compreende-se nas atribuições do Tribunal de Contas a possibilidade de *emissão de provimentos cautelares*, reconhecida pelo STF, com fundamento na teoria

⁷⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar. 1994, p. 270-271.

⁷⁶⁷ O STF entende ser cabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face de decisões do Tribunal de Contas proferidas em sede de consulta que, por terem caráter normativo e configurarem prejulgamento de tese, são atos normativos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na medida cautelar na ação direta por inconstitucionalidade nº 1.691. Relator: Min. Moreira Alves, 30 de outubro de 1997. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 28 nov. 1997).

⁷⁶⁸ Para Barroso, a única interpretação constitucionalmente adequada quanto ao poder regulamentar do Tribunal de Contas corresponde à competência para editar atos normativos administrativos, como seu Regimento Interno ou resoluções ou outros atos internos, sendo vedado equiparar-lhe a competência atribuída privativamente ao Poder Executivo, para regulamentar leis de um modo geral, com a produção de efeitos externos geradores de direitos e obrigações para terceiros. (BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996, p. 134-137).

dos poderes implícitos.⁷⁶⁹ Embora não haja previsão expressa na Constituição, a Lei nº 8.443, de 1992 (Lei Orgânica do TCU – LO/TCU) e a Resolução TCU nº 246, de 2011 (Regimento Interno do TCU – RI/TCU) preveem, em diversos dispositivos, medidas cautelares na esfera de atribuições da Corte de Contas.⁷⁷⁰

Como se verá adiante, com mais vagar, parcela da doutrina questiona o uso de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, especialmente para a suspensão da execução de contratos, ao argumento de que violaria a competência atribuída ao Congresso Nacional para sustar contratos, nos termos dos arts. 71, § 1º, da Constituição.⁷⁷¹

Em linhas gerais, são essas as competências, atribuições ou funções do Tribunal de Contas previstas no âmbito da Constituição e de sua Lei Orgânica. A temática ainda merecerá maiores aprofundamentos, para os fins deste trabalho, após a análise dos aspectos controvertidos relacionados aos limites da atuação dessas Cortes, apontados por diversos doutrinadores, ocasião em que serão reanalisadas algumas dessas atribuições à luz da tese aqui defendida.

Outro aspecto merecedor de considerações em relação ao regime jurídico dos Tribunais de Contas no Brasil, a partir de 1988, diz respeito ao seu *desenho institucional*. Por ocasião da análise comparativa realizada anteriormente, em que avaliamos os modelos adotados por Portugal e Espanha, já adiantamos os avanços proporcionados pelo regime vigente atualmente.⁷⁷²

Em linhas gerais, as Cortes de Contas passaram a ter em seu corpo, obrigatoriamente, indicações de índole estritamente técnicas, correspondentes às escolhas, pelo Chefe do Poder Executivo, de, ao menos, dois integrantes oriundos da Auditoria e do Ministério Público de Contas, cujos cargos exigem o ingresso pela via do

⁷⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Mandado de Segurança nº 33.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 17 ago. 2015.

⁷⁷⁰ São previstas as seguintes medidas cautelares: afastamento temporário do responsável (art. 44, LO/TCU; art. 273, RI/TCU); indisponibilidade de bens do responsável (art. 44, § 2º, LO/TCU; art. 274 RI/TCU); arresto (art. 61, LO/TCU; art. 275, RI/TCU); e suspensão de ato ou procedimento (art. 276, RI/TCU).

⁷⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-220; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago., 2011; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 258-269.

⁷⁷² Cf. seção 4.1.1 e respectivas subseções. Essa temática também será retomada na seção 5.3, por ocasião do exame das possíveis críticas à tese da intervenção forte dos Tribunais de Contas.

concurso público (art. 73, § 2º, CR). Além disso, é possível afirmar ter havido uma maior democratização em sua composição, na medida em que a maioria das vagas passou a ser definida pelo Parlamento, em vez da escolha exclusiva pelo Chefe do Executivo, modelo adotado antes de 1988 (art. 49, inc. XIII, CR).

Fator igualmente relevante para a compreensão dessa modelagem organizacional corresponde às exigências constitucionais específicas para a escolha de seus membros, relacionadas ao conhecimento técnico e à experiência profissional. Além dos limites etários, da idoneidade moral e da reputação ilibada, o Ministro ou Conselheiro do Tribunal de Contas deve possuir notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os referidos conhecimentos (art. 73, § 1º, CR).

A todos esses aspectos soma-se a manutenção da submissão dos membros dos Tribunais de Contas ao mesmo regime jurídico da magistratura, no que se refere a garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens, como forma de assegurar-lhes a independência funcional (art. 73, § 3º, CR). Na perspectiva institucional, a autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Tribunal decorre da Constituição (art. 73, *caput*, c/c art. 96, CR) e da jurisprudência do STF.⁷⁷³ Esse regime semelhante ao conferido aos membros e tribunais judiciais propicia uma atuação independente e autônoma em relação aos seus “jurisdicionados”.

A par dessas características únicas, há a previsão constitucional da atuação de um Ministério Público especial, junto aos Tribunais de Contas, cujos integrantes compõem uma carreira específica, integrada por cargos providos exclusivamente por concurso público e com o mesmo regime jurídico do Ministério Público “tradicional”, em relação a direitos, vedações e forma de investidura. É o único órgão não integrante do Poder Judiciário que conta com a presença obrigatória de um corpo ministerial atuando perante a própria instituição, circunstância que reforça o seu caráter judicialiforme.

Por todos esses aspectos, podemos afirmar que o Tribunal de Contas possui as características de um *órgão técnico e não político*, cuja atuação deve se pautar por *razões* baseadas em critérios *objetivos*, com a peculiaridade de ser *especializado* no exercício da

⁷⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 4.418. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 mar. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 119. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 mar. 2014.

atividade de controle da administração pública, e não apenas por um viés jurídico.⁷⁷⁴ No exercício do seu mister reúne as condições necessárias para atuar de forma técnica, impessoal e independente, desvinculada dos entes e órgãos fiscalizados.⁷⁷⁵

A formação multidisciplinar de seus membros sugere uma abertura maior para a compreensão da realidade multifacetada que compõe a administração pública. Além disso, o escopo amplo da fiscalização atribuída à Corte – contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial –; os parâmetros abertos desse controle – legalidade, legitimidade e economicidade –; os instrumentos específicos ao seu alcance, como as auditoria e inspeções, que podem ser exercidas de ofício; o arcabouço imenso de informações da administração pública ao seu dispor, a partir das prestações de contas obrigatoriamente apresentadas, periodicamente, para sua análise; indicam a possibilidade de uma atuação diferenciada, em especial quanto ao controle de políticas públicas complexas relacionadas a direitos fundamentais, quando comparada com outros atores como o Poder Judiciário e o Ministério Público. Podemos afirmar, inclusive, tratar-se de uma relação de complementariedade e não de exclusão, na medida em que as diversas esferas de responsabilidade coexistem e permitem uma atuação não apenas paralela, mas, também, conjugada, em especial quando em jogo a concretização dos direitos fundamentais relacionadas à dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III, CR) e norte a ser buscado por todos os atores constitucionais.⁷⁷⁶

Enfim, o *desenho institucional* dos Tribunais de Contas é propício ao exercício de um controle amplo sobre a administração pública, em especial quando em jogo os direitos fundamentais, sendo imprescindível compreender toda a sua potencialidade e explorar os limites de sua atuação, em prol da materialização dos ditames da dignidade da pessoa humana irradiados no texto constitucional. Sobre essa temática ainda

⁷⁷⁴ Não se desconhece as inúmeras críticas apontadas contra a atuação dos Tribunais de Contas, em especial pelas indicações inadequadas, relações políticas descabidas e baixa efetividade. Todavia, a análise aqui proposta é restrita ao texto constitucional e não aos possíveis desvios decorrentes da inobservância dos seus critérios.

⁷⁷⁵ Nesse sentido, para Moreira Neto “quanto à *natureza da organização*, tem-se órgãos colegiados, dotados das atribuições autonômicas dos tribunais do Judiciário e sem qualquer relação de hierarquia ou de dependência em relação aos Poderes e a quaisquer outros órgãos constitucionais”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 14, grifo nosso).

⁷⁷⁶ Esses aspectos, relacionados à propensão dos Tribunais de Contas para um controle mais efetivo de políticas públicas e a possibilidade uma atuação colaborativa, por meio de um diálogo interinstitucional, já foram abordados anteriormente nas seções 2.3.1.1 e 3.5.

retornaremos ao final do próximo Capítulo, quando enfrentaremos as possíveis críticas contrárias a uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas.

4.4 Aspectos controvertidos relacionados aos limites da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil

De um modo geral, dentre os relativamente recentes estudos dedicados à atuação dos Tribunais de Contas podemos identificar duas linhas de interpretação de suas atribuições. A primeira poderia ser caracterizada pela defesa de uma atuação forte como regra geral, denominada de *perspectiva ampliativa*, a sugerir o fortalecimento incondicional dessas atividades. Numa perspectiva diametralmente oposta, tem-se uma visão restritiva, voltada a um maior “controle” dos Tribunais de Contas, no sentido de reduzir a esfera de atuação dessas Cortes, aqui intitulada de *perspectiva restritiva*.

Serão agora analisados os principais aspectos desses modelos de atuação propostos para os Tribunais de Contas, para, no Capítulo seguinte, apresentarmos a versão que entendemos ser mais consentânea com a centralidade que a dignidade da pessoa humana ocupa em nossa Constituição.

4.4.1 A perspectiva ampliativa das atribuições dos Tribunais de Contas

A perspectiva ampliativa seria caracterizada, em linhas gerais, pela atuação dos Tribunais de Contas “de maneira a interferir, com maior vigor, no âmbito da Administração Pública objeto de controle, visando, com isso, concretizar, em maior ou menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição”.⁷⁷⁷ A autocontenção, embora justificável na perspectiva do Judiciário, não seria necessária aos Tribunais de Contas,

⁷⁷⁷ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 198. Aderindo a uma visão “ativista”, na perspectiva do uso do termo de ajustamento de gestão para a tutela dos direitos sociais, cf. SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018. Por termos algumas reservas quanto ao uso da terminologia *ativismo de contas* da forma pretendida por Castro, e por outros motivos que apresentaremos adiante, preferimos utilizar a expressão *perspectiva ampliativa* para designar, neste trabalho, a visão dos autores que adotam um viés de ampliação das atribuições dos Tribunais de Contas, como regra geral de atuação.

por conta de suas especificidades, porquanto postura mais restritiva poderia implicar um “afrouxamento” do controle, que deixaria de ter a Constituição como parâmetro, ao menos nos casos em que ela não disciplinar expressamente a prática do ato controlado.⁷⁷⁸

Embora chegue a reconhecer que o exercício integral das atribuições constitucionais não seria, verdadeiramente, um *ativismo* – porque implicaria uma extrapolação das atribuições ordinárias –, para Castro a terminologia seria adequada para caracterizar uma atuação dos Tribunais de Contas de forma mais condizente com aquilo que a Constituição estabelece.⁷⁷⁹ A rigor, o uso da terminologia “ativismo de contas” teria, para o autor, o propósito de constranger os Tribunais de Contas a atuarem para além de uma tradicional e perniciosa “função pedagógica”, implicando, em linhas gerais: (i) uma eficácia maior de suas decisões, passando pela imposição de sanções efetivas; (ii) maior utilização de suas competências corretivas, ao admitir que a insuficiência ou deficiência no financiamento de uma política pública poderia ser considerada uma “ilegalidade” para os fins do art. 71, inc. IX, da CR;⁷⁸⁰ e (iii) a valorização das competências de investigação / auditoria para além do controle de conformidade, abrangendo o controle de desempenho de políticas públicas, verificando, concretamente, o maior ou menor grau de realização de determinado direito fundamental.⁷⁸¹ Postula, assim, uma mudança de postura *geral* na forma de atuação das Cortes de Contas que, a seu ver, adotariam, em muitos casos, uma *autocontenção imotivada*, no sentido do não exercício de suas atribuições constitucionais regulares.⁷⁸²

Castro compreende, enfim, que a atuação dos Tribunais de Contas, à luz de suas competências constitucionais, já seria essencialmente ativista.⁷⁸³ Para o autor, um Tribunal de Contas pode ser ativista pelo exercício *regular* de suas atribuições constitucionais específicas e exclusivas de controle externo. O não exercício dessas

⁷⁷⁸ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 220-234; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018, p. 108-109.

⁷⁷⁹ CASTRO, op. cit., p. 244-246.

⁷⁸⁰ No mesmo sentido, CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233-238.

⁷⁸¹ CASTRO, op. cit., 244-246.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 246.

⁷⁸³ “Vale dizer: aos Tribunais de Contas foram atribuídas competências específicas e exclusivas de controle externo da Administração Pública, contando também estes órgãos de controle externo com a *expertise* necessária e suficiente para o desempenho de suas atribuições, sendo certo que estas competências e atribuições, pela sua própria natureza, impõem uma postura necessariamente ‘ativista’ aos Tribunais de Contas”. (*Ibid.*, p. 242, grifo do original).

atribuições, por uma postura de autocontenção, redundaria no “esvaziamento de todo o sistema de controle externo da Administração Pública desenhado pelo constituinte de 1988”.⁷⁸⁴

Nessa perspectiva ampliativa, podem-se incluir outros autores que fazem uma leitura do texto constitucional no sentido de conferir aos Tribunais de Contas a possibilidade de exercer um controle mais amplo sobre a atividade estatal, embora não o façam necessariamente em adesão expressa à perspectiva denominada como ativismo de contas, senão por entenderem que se trata da leitura mais correta da Constituição. São autores que atribuem ao texto constitucional um potencial maior de atuação aos Tribunais de Contas do que o enxergado pela doutrina mais restritiva, estudada a seguir.

Compartilham uma perspectiva ampliativa os doutrinadores que admitem, por exemplo, o controle de legalidade em sentido amplo (juridicidade), a abranger a Constituição e seus princípios, e o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas;⁷⁸⁵ a utilização dos parâmetros de legitimidade e de economicidade em todas as funções atribuídas aos Tribunais de Contas, e não apenas em auditorias operacionais, como para julgar irregulares as contas quando comprovada a prática de atos de gestão manifestamente ilegítimos ou antieconômicos;⁷⁸⁶ a possibilidade de os Tribunais

⁷⁸⁴ “O que se quer dizer é que não se pode acusar uma Corte de Contas ativista de violar a separação dos poderes pelo fato de esta Corte de Contas exercer as competências que lhe foram atribuídas pela própria Constituição”. (CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 240-242).

⁷⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. III, p. 249; TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 266-267; TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 194, p. 31-45, out./dez 1993, p. 35-36; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 325, 329, 336; IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 63-66; FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1097; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232; NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 342-344; KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76; NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-461; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233-238.

⁷⁸⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28; BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 184; FURTADO, José de Ribamar Caldas.

aplicarem sanções para além dos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, abrangendo a hipótese de atos de gestão ilegítimos ou antieconômicos;⁷⁸⁷ a concessão de medidas cautelares, inclusive para suspender contratos;⁷⁸⁸ o uso de termos de ajustamento de gestão,⁷⁸⁹ dentre outros aspectos que serão abordados no próximo Capítulo.

4.4.1.1 Análise crítica da perspectiva ampliativa na forma do “ativismo de contas”

Se se parte da premissa de que o ativismo compreende uma atuação para além do convencional, daquilo que seria normal para um determinado órgão, constituiria uma contradição admitir que essa atuação normal, ordinária, seria ativista. O ativismo implica uma atuação para além da normalidade, ainda que pautada pelo exercício de atribuições revestidas pelo manto de uma aparente normalidade.

Com efeito, Barroso assinala que “[...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.⁷⁹⁰ São, a rigor, situações que “[...] distanciam os juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se

O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007, p. 46; FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1097-1100; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312.

⁷⁸⁷ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 184; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 448-449.

⁷⁸⁸ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medida cautelares dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 31-37, jan./dez. 2007, p. 34; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 593-597; IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 61-63; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 238-240; MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-84; ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Fórum; Belo Horizonte, 2013, p. 274.

⁷⁸⁹ SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018.

⁷⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 246.

assemelha à criação do próprio direito”.⁷⁹¹ Por outra via, “o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”.⁷⁹² Em suma, a principal diferença entre um e outro está no fato de que “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.⁷⁹³

Considera-se um ativismo, em linhas gerais, quando se vai além do que seria o exercício da jurisdição no sentido clássico de aplicar a norma preestabelecida ao caso concreto ou de verificação da compatibilidade das leis e atos administrativos com a Constituição, visando criar uma norma específica para o caso concreto a partir de referenciais normativos muito amplos que, a rigor, deveriam orientar a atuação do Poder Legislativo.⁷⁹⁴

Na perspectiva dos Tribunais de Contas, determinar a correção de uma ilegalidade ou avaliar uma política pública – exemplos citados por Castro⁷⁹⁵ – não seriam casos de ativismo. Seria ativismo assinar prazo ao gestor para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do art. 71, inc. IX, da CR, num caso de edital de licitação que descumpra os ditames mais comezinhos da Lei nº 8.666/93? Pode-se reputar como ativista a auditoria operacional promovida pelo TCU no Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), nos termos do art. 71, inc. IV, da Constituição, que, nos seus achados, formou um juízo de valor sobre o programa?⁷⁹⁶ Crê-se que não. São

⁷⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 246.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 247.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 247.

⁷⁹⁴ Alguns julgados do STF são citados por Barroso como exemplos de uma postura mais ativista da Corte, como a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas diretamente em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário, tais como nos casos da imposição da fidelidade partidária e da vedação do nepotismo; a declaração de inconstitucionalidade em casos onde não era patente nem ostensiva a violação à Constituição, como nas decisões sobre a verticalização das coligações partidárias e sobre a cláusula de barreira; bem como a imposição de condutas ou abstenções em casos de inércia do legislador, a exemplo dos casos da greve no serviço público e na regulamentação da criação de municípios, e de políticas públicas insuficientes, exemplo verificado nas demandas relativas ao direito à saúde. (*Ibid.*, p. 246).

⁷⁹⁵ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 242, nota de rodapé nº 345.

⁷⁹⁶ O TCU apontou, dentre seus principais achados, que o FIES experimentou uma significativa ampliação sem um planejamento adequado ou estudos que amparassem o crescimento da política pública, comprometendo sua sustentabilidade. Além disso, constatou-se que o aumento de matrículas não contribuiu significativamente para o crescimento da taxa líquida de matrículas no ensino superior, precariedade no controle de ativos e passivos do programa e na supervisão dos agentes financeiros, forte dependência de terceirizados nas áreas responsáveis pelas atribuições de agente operador do programa

atribuições normais e corriqueiras, extraídas do texto constitucional e sobre as quais não há dúvidas quanto à possibilidade de os Tribunais de Contas realizarem, não havendo que se cogitar, portanto, de invasão da esfera de atribuição dos outros Poderes.

Há, todavia, situações em que as atribuições dos Tribunais de Contas não estão tão definidas no texto constitucional ou há divergências na doutrina quanto à extensão de suas competências. Podem-se citar alguns exemplos corriqueiros, também referidos por Castro, como a possibilidade de emissão de provimentos cautelares e a de exercer o controle difuso de constitucionalidade, que não têm previsão constitucional expressa e são questionadas por alguns autores.⁷⁹⁷ Merece menção também a divergência doutrinária quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas no uso dos padrões constitucionais de controle (legalidade, legitimidade e economicidade). Em alguns casos, há um determinado padrão de controle expresso no texto constitucional (ex. a legalidade em relação ao registro de atos, no art. 71, inc. III, CR). Todavia, as atribuições de emissão de parecer prévio e de julgamento de contas (art. 71, inc. I e II, CR), embora não sejam constitucionalmente limitadas a um a padrão específico, recebem, por parcela da doutrina, uma interpretação restritiva, no sentido de resumir essas atuações ao controle de legalidade, afastando, portanto, os padrões de legitimidade e de economicidade.

A rigor, há uma atuação ativista dos Tribunais de Contas quando ingressam em seara controvertida acerca dos limites de sua atuação, de modo a suscitar questionamentos quanto à possível invasão da esfera de atribuição reservada a outros Poderes, em nome da promoção de bens ou valores constitucionais relevantes. O princípio da separação dos poderes é um dos argumentos usualmente apontados contra a possibilidade de emissão de provimentos cautelares ou de julgamento baseado em critérios de legitimidade e economicidade pelos Tribunais de Contas.

e a abertura de créditos extraordinários sem observância da exigência constitucional da imprevisibilidade. Dentre suas principais deliberações, o TCU decidiu realizar audiência dos responsáveis pela forte expansão do programa, que afetou o equilíbrio das contas públicas, e dos responsáveis pelas reiteradas subestimativas de recursos destinados ao FIES nas propostas orçamentárias de 2012 a 2015, além de determinar a apresentação de planos de trabalho com diversas ações e medidas, tais como as relativas aos contratos de financiamento já assinados, com indicação de fontes de financiamento a serem utilizadas; à estratégia a ser adotada com relação ao número de financiamentos a serem concedidos nos próximos anos, com indicação das fontes de custeio; à sustentabilidade do Fies, de forma a estabelecer tendência de redução da dependência do programa quanto a recursos do Tesouro Nacional. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3001/2016*. Processo TC: 011.884/2016-9. Auditoria Operacional no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES. Relatora: Min. Ana Arraes, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-fundo-de-financiamento-estudantil-fies.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018).

⁷⁹⁷ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 200.

A defesa de um ativismo de contas *geral* também é problemática quando se tem em mente que os Tribunais de Contas possuem uma ampla gama de atribuições, exercendo um controle sobre praticamente toda a atividade administrativa, num contexto de uma Constituição analítica, que prevê inúmeros direitos fundamentais, desde a educação, a alimentação, a saúde, a moradia e a assistência aos desamparados, até o trabalho, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, passando pelos direitos ao fundo de garantia, ao décimo terceiro, ao salário-família, dentre inúmeros outros, em diferentes níveis de densidade normativa, sem mencionar os tradicionais direitos da liberdade elencados no art. 5º e os direitos políticos.

Em outras palavras, a consagração, no contexto brasileiro, de um determinado direito como sendo fundamental, embora represente a sua submissão a um regime especial, não significa dizer que todos estão submetidos ao mesmo grau de fundamentalidade, pois nem sequer se referem necessariamente à dignidade humana.⁷⁹⁸ A densidade normativa de cada direito fundamental produz uma eficácia jurídica específica, que decorre, entre outros aspectos, da sua relação com a dignidade da pessoa humana e da forma de positivação pelo Constituinte.⁷⁹⁹ Essas diferenças repercutem nas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

É reconhecido, como visto, um direito público subjetivo à educação básica, havendo decisões judiciais deferindo diretamente o direito de acesso a creches e à pré-escola, não se vislumbrando, na mesma medida, e com essa força, um direito público subjetivo ao lazer, por exemplo, igualmente previsto no art. 6º da CR. De igual forma, no plano objetivo, por força dos inúmeros enunciados relativos à educação, há diversos deveres estatais estabelecidos diretamente na Constituição, como o mencionado dever de estabelecer um padrão mínimo de qualidade.

⁷⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 25; CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p. 254-256.

⁷⁹⁹ Conforme asseverado anteriormente, nas seções 2.1 e 3.4, o reconhecimento de relações diferenciadas dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, além das diversas densidades normativas atribuídas pelo Constituinte a tais direitos, ao positivá-los, não corresponde à defesa de uma hierarquização valorativa entre os direitos fundamentais, mas apenas ao reconhecimento de suas diferenças estruturais.

O ápice desses diferentes regimes dos direitos fundamentais talvez seja observado com maior clareza quando se trata do mínimo existencial. As parcelas dele integrantes são reconhecidas por grande parte da doutrina como diretamente justificáveis e, para alguns, até mesmo como uma barreira que os limites da reserva do possível não conseguem suplantar.

Assim, parece evidente existirem diferentes formas de atuação a depender do bem constitucional envolvido, assim como se observa, em linhas gerais, em relação ao Poder Judiciário, que em determinados casos adota uma postura mais ativista, enquanto em outros a autocontenção é a regra (v.g. mínimo existencial, mas não só neste). O ativismo não é, portanto, uma postura admitida como uma *regra geral* de atuação, constante. Barroso, que defende uma postura “iluminista” do Supremo, o faz em casos específicos,⁸⁰⁰ e ainda assim é criticado por alguns doutrinadores.⁸⁰¹

O risco que se corre, portanto, até pela estrutura analítica de nosso texto constitucional, é conferir uma carta branca para um ativismo desenfreado, quando nem mesmo ao Judiciário, onde a doutrina do ativismo se desenvolveu, tal possibilidade é reconhecida de forma ampla, mas apenas em casos capitais, sendo a autocontenção, por vezes, vista como uma virtude a ser exercitada. Em suma, a questão não consiste numa opção entre ser ativista ou autocontido, mas em *quando* ser ativista e em *quando* ser autocontido.

Este aspecto adquire relevo porque outra crítica apontada por quem recusa uma perspectiva ampliadora das atribuições dos Tribunais de Contas – cuja análise aprofundaremos na próxima seção – consiste justamente no risco dessas Cortes virem a substituir as legítimas escolhas formuladas pelos agentes constitucional e

⁸⁰⁰ “Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário. A abolição da escravatura ou a proteção de mulheres, judeus, negros, homossexuais, deficientes e minorias em geral foram conquistas que nem sempre puderam ser feitas pelo processo político majoritário. É preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário. Exemplos de decisões iluministas de cortes constitucionais: fim da segregação racial nas escolas públicas nos EUA; proibição da tortura de "terroristas" em Israel; abolição da pena de morte na África do Sul; reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil. Há exemplos pelo mundo afora”. (BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso: Ministro do Supremo rebate críticas ao tribunal e afirma que corte contribui para estabilidade democrática. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 21 nov. 2018. Grifo nosso).

⁸⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

democraticamente indicados. A resposta a essa crítica será apresentada ao final do próximo Capítulo, quando demonstraremos que não se pretende a mera substituição da discricionariedade do administrador público pelo juízo subjetivo do controle, mas assegurar a possibilidade de uma atuação *forte* nos casos específicos em que a escolha viola manifestamente os ditames constitucionais e legais, especificamente quanto ao mínimo existencial em educação, que é o foco desta pesquisa.

Feitas essas considerações, ver-se-á a seguir que além dos referidos pontos controvertidos relativos às atribuições dos Tribunais de Contas numa perspectiva *ampliativa*, há outros aspectos da atuação do controle externo questionados por parcela da doutrina que defende uma postura mais contida dos Tribunais de Contas.

4.4.2 A perspectiva restritiva das atribuições dos Tribunais de Contas

Recentemente, uma visão crítica ao controle externo vem ganhando força na doutrina.⁸⁰² Se historicamente os Tribunais de Contas eram questionados por seu papel excessivamente formalista e pouco efetivo,⁸⁰³ para esse novo ponto de vista

⁸⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago. 2011; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-220; JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n° 47, p. 209-230, out./dez. 2014; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 21-38; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁸⁰³ Em conferência realizada no Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em 26 de outubro de 1955, Seabra Fagundes já afirmava: “O controle de contas, como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer, nada significa em relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz. Por maior que seja o desvêlo da sua procuradoria e dos seus ministros, não logra o Tribunal de Contas proclamar desonestidades nos gastos públicos, conhecidas notoriamente. Os grandes negócios duvidosos escapam às suas possibilidades de atuação. Na teia do seu controle se embarçam apenas, pela exigência de certas formalidades, pequenos casos individuais. É que a sua jurisdição, tal como delineada, não lhe dá possibilidades de ser um órgão na verdade eficaz. [...] A jurisdição do Tribunal de Contas e o rito do seu funcionamento exigem reforma urgente e ampla, capaz de retirar ao controle financeiro o sentido de mera formalidade. Valeria a pena, talvez, conferir ao Tribunal, embora com reservas, o exame da moralidade dos contratos da Administração, admitido recurso para o Congresso das decisões denegatórias de registro. O atual controle, adstrito à legalidade, leva esse órgão a

aparentemente se teria chegado ao ponto do “retorno do pêndulo”, após 30 anos de Constituição, leis e jurisprudência que teriam ampliado de forma excessiva o poder dos órgãos de controle. Sundfeld e Câmara assinalam que os Tribunais de Contas estariam ampliando cada vez mais sua atuação em matérias como contratações públicas e na adoção de medidas cautelares, sem observar a delimitação constitucional de suas competências.⁸⁰⁴

A defesa de uma inflexão no sentido da contenção dos órgãos de controle é defendida por Marques Neto e Palma em seu diagnóstico acerca dos impasses na administração pública brasileira.⁸⁰⁵ Para os autores, o recrudescimento da atuação dos órgãos de controle a partir de 1988 estaria impactando na governabilidade, na segurança jurídica e no atendimento eficaz das finalidades públicas.⁸⁰⁶ A criação de novas instituições de controle, como a CGU, além da reconfiguração e do fortalecimento de outras, como o MP, ocorreria ao acaso e sem a análise da real efetividade dessas medidas, nem de seus custos e benefícios quanto à governabilidade.⁸⁰⁷ Assinalam que a atual modelagem do controle externo seria fruto de um “processo aleatório, voluntarioso e desmensurado”, iniciado a partir da Constituição de 1988, em que prevaleceu certa visão do Constituinte acerca do controle e da administração pública, evoluindo, posteriormente, ao sabor da opinião popular, e legitimando a elaboração de uma legislação gestada pelos

homologar contratos, cuja falta de lisura é manifesta, mas cuja exterioridade se afigura regular. É preciso que, de permeio com negócio prejudicial ao interesse da Fazenda, surja algum erro de forma para que se chegue à recusa do registro. Dever-se-ia permitir à Corte a determinação de diligências, *in loco*, a fim de verificar o exato emprego das dotações para obras públicas, quando dúvidas fossem argüidas quanto à utilização efetiva dos créditos orçamentários. O Tribunal teria então elementos para pilhar a malversação de dinheiro, fácil de ocorrer na construção de obras de vulto. [...]” (FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013, p. 100-101, grifo nosso). Ainda sobre a crítica ao controle legalista dos Tribunais de Contas, cf. NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346-347; NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 92-95; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 552; FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-129; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150.

⁸⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 178-179.

⁸⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 21-38.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 21-23.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

próprios controladores.⁸⁰⁸ Apontam inúmeros impasses que esse fenômeno estaria ocasionando em detrimento da boa administração pública.⁸⁰⁹

Partindo dessa visão crítica ao controle externo, Rosilho analisa as possibilidades e os limites do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União a partir de uma pesquisa da história legislativa da Constituição de 1988 e da LO/TCU, das normas constitucionais e legais que dispõem sobre as competências e atribuições do TCU e das normas editadas pela própria Corte.⁸¹⁰

Rosilho assinala que durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), as propostas de ampliação das competências dos órgãos de controle não teriam sido precedidas de uma análise cuidadosa, tampouco da aferição de custos e benefícios, sendo muito incremental e pouco racional, a partir da lógica de “quanto mais controle, melhor”. O momento da ANC teria sido favorável aos controladores, que teriam se valido da estrutura organizacional da Assembleia para influenciá-la fortemente, ainda mais diante da ausência de uma prévia discussão e reflexão pelos Constituintes acerca de um sistema de controle “ótimo”. Para Rosilho, “[...] pode-se afirmar que os constituintes em alguma medida foram ‘capturados’ pelos controladores”.⁸¹¹

⁸⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 21-23.

⁸⁰⁹ Os autores apontam os seguintes impasses: (1) a captura de competências públicas pelos entes de controle com maior prestígio, ao afastar a discricionariedade do gestor e impor condutas; (2) o neopatrimonialismo pelo exercício de um controle pautado por predileções pessoais, caracterizado pela tendência em se conferir ao controlador uma autonomia sem subordinação à própria instituição, gerando a apropriação pelo controlador de competências institucionais para exercê-las como “ilhas de poder”; (3) o desvirtuamento da atividade-fim para priorizar as demandas do controle, criticando, por exemplo, as determinações para criação de creches; (4) inexistência de efeitos reais do combate à corrupção, criticando alguns truísmos que afirmam existir na cultura do controle, assumidos sem embasamento empírico, tais como: mais liberdade, mais corrupção; mais controle, maior respeito à legalidade; controle forte barra a corrupção; e punições exemplares contêm a corrupção; (5) gestão de defesa, pelo administrado de boa-fé, fazendo com que os gestores de boa-fé evitassem buscar soluções criativas para debelar os problemas da administração pública; (6) competição entre os órgãos de controle, questionando se os custos de tantos órgãos valem a pena, se o controle é efetivo, além de criticar a existência de cooperação apenas para investigar, mas não para a responsabilização, que ocorre de forma independente; (7) decisões instáveis, por não ser o atual sistema propenso a gerar decisões definitivas, criticando a falta de critérios objetivos para o deferimento de liminares, sobrestando as decisões dos gestores até haver uma chancela dos órgãos de controle. (Ibid., p. 24-37).

⁸¹⁰ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 17-18, 324. Embora a análise do autor recaia especificamente sobre o TCU, suas colocações servem ao estudo dos Tribunais de Contas do Brasil em geral. Como visto, os Tribunais de Contas do Brasil, por força da regra de simetria do art. 75, *caput*, da Constituição, adotam praticamente o mesmo regime jurídico. Por conta disso, há grande semelhança entre as diversas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas locais (Distrito Federal, Estaduais, dos Municípios e Municipais) em relação às disposições da LO/TCU.

⁸¹¹ Ibid., p. 76-80.

De forma semelhante, destaca Rosilho, também a LO/TCU teria sido editada em um ambiente favorável à ampliação dos controles sobre a administração pública, por ter tramitado no período do governo do Presidente Collor, marcado por escândalos de corrupção.⁸¹² Enxerga, portanto, no momento da ANC e, também, por ocasião da aprovação da sua Lei Orgânica, um movimento “expansionista” do TCU, em busca da ampliação de sua área de atuação, seja elaborando as minutas que nortearam a edição das normas sobre suas competências, seja atuando junto aos Constituintes e congressistas, que em nenhum instante teriam realizado uma reflexão aprofundada sobre as características e limites das competências que estavam atribuindo ao TCU. Para Rosilho, “ao se olhar o processo de construção da LOTCU em perspectiva, nota-se que ele, em boa medida, foi uma espécie de ‘segundo tempo’ da própria ANC”.⁸¹³ Segundo o autor, os riscos dessa “estratégia” de reforma dos Tribunais de Contas seriam a falta de sistematicidade, de conflitos e o incremento da insegurança jurídica.⁸¹⁴

Partindo desse contexto histórico, Rosilho adota uma visão do controle externo diametralmente oposta à defendida por Castro – que, como visto, é um crítico da passividade dos Tribunais de Contas e defensor de uma mudança de postura no sentido de uma maior proatividade dessas Cortes.⁸¹⁵ Rosilho segue a trilha de Marques Neto, para quem o controle externo estaria atravessando um processo de “autonomização”, passando a ser visto como um fim em si mesmo e demonstrando uma tendência expansionista, inclusive pela atuação articulada dos diversos órgãos de controle, gerando diversos problemas, como: a existência de multiplicidade de instâncias de controle, que atuam de forma sobreposta e excessiva; a captura das políticas públicas pelo controlador, que passariam a se apropriar da pauta de políticas públicas; e o deslocamento da discricionariedade, que passaria a ser substituída pela opção da discricionariedade do controlador.⁸¹⁶

Para Rosilho – e demais autores dessa perspectiva restritiva –, as atribuições dos Tribunais de Contas devem ser restringidas – ou “controladas” –, limitando-se à (sua visão da) Constituição. O texto constitucional não permitiria que o TCU exercesse

⁸¹² ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 102-107.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 104.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 107.

⁸¹⁵ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 242-246.

⁸¹⁶ ROSILHO, *op. cit.*, p. 17.

algumas atribuições da forma prevista em sua Lei Orgânica e verificada na práxis da Corte.

São várias as críticas feitas pelos defensores dessa *perspectiva restritiva* ao exercício de algumas das competências atribuídas ao TCU. Defendem, por exemplo, que a atribuição de julgamento de contas deve considerar como parâmetro apenas a expressa violação à lei, recusando a possibilidade de irregularidade decorrente de atos antieconômicos ou ilegítimos.⁸¹⁷ A reprovação das contas com base apenas na constatação de atos supostamente ilegítimos ou antieconômicos, mas “lícitos”, corresponderia apenas a uma declaração das preferências do órgão de controle em detrimento da opção do administrador, de que a opinião do controlador seria “melhor” e “mais correta”, algo, a seu ver, difícil de ser empiricamente comprovado, e desprovido de base jurídica.⁸¹⁸

Aduzem, ainda, que a Constituição restringiu a possibilidade de assinar prazo, nos termos do seu art. 71, inc. IX, para o cumprimento da *legislação* e à autoridade administrativa a competência para ajustar efetivamente o ato à *lei* pelo meio que julgar mais adequado.⁸¹⁹ Restringem, ainda, essa possibilidade à denominada jurisdição direta (matérias financeiras, orçamentárias, contábeis e patrimoniais), negando a possibilidade de emissão de atos de comando em sede de auditorias operacionais.⁸²⁰ Nos casos em que o Tribunal não puder exercer o poder de comando, restaria dar publicidade às suas avaliações (art. 71, inc. VII, CR) e representar às autoridades competentes (art. 71, inc. XI, CR).⁸²¹

Quanto à competência sancionatória dos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. VIII, da Constituição, entendem que a Constituição, ao limitar a aplicação de sanções aos casos de despesas ilegais ou contas irregulares, teria restringido a possibilidade de sanções, de modo que os atos “apenas” ilegítimos ou antieconômicos não dariam margem à aplicação de sanções.⁸²²

⁸¹⁷ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 156, grifo do original.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 158-159.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 215-217.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 217-219; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180-185.

⁸²¹ SUNDFELD; CÂMARA, op. cit., p. 180-185, 189.

⁸²² ROSILHO, op. cit., p. 175-176. Neste sentido, cf. SUNDFELD; CÂMARA, op. cit., p. 180-185.

Negam a possibilidade de as Cortes aplicarem multas-coerção, voltadas a compelir os indivíduos a observar as leis e regulamentos, as diligências do Relator, as decisões e determinações do Tribunal, a não obstruir inspeções e auditorias, a não sonegar dados necessários à fiscalização, previstas no art. 58, incisos IV a VII e § 1º da LO/TCU. Nesses casos, para não comprometer a eficácia de suas ações, os Tribunais de Contas deveriam requerer a instauração de procedimento para a apuração dessas condutas com fundamento nos estatutos dos servidores públicos e nas leis que regulam a atuação dos agentes políticos.⁸²³

Seria inconstitucional a previsão de uma espécie de poder geral de cautela, nos termos do art. 276 do RI/TCU, por falta de amparo na Constituição e na legislação ordinária.⁸²⁴ Defendem a existência de um “rito” para a adoção de medidas cautelares pela Corte, que exigiria a identificação de alguma ilegalidade em matéria do campo financeiro em sentido amplo, a concessão de prazo para a administração corrigir ilicitudes e a persistência das ilicitudes para, somente após essas etapas, ser facultado à Corte sustar os atos administrativos.⁸²⁵ Os Tribunais de Contas não teriam competência para sustar contratos, suspender sua execução ou reter pagamentos, seja cautelarmente, seja no caso da omissão do Congresso Nacional, prevista no art. 71, § 2º, da CR, por ausência de previsão Constitucional, legal e por ensejar violação ao princípio da separação dos poderes.⁸²⁶ Entendem que essa competência está associada poder de comando do art. 71, IX, da CR, e é exclusiva do Congresso Nacional.⁸²⁷

Além dessas e de outras restrições, também recusam a aplicação da Súmula n. 347 do STF, relativa ao controle difuso de constitucionalidade.⁸²⁸

Examinados os principais aspectos dessa corrente a que se atribui a perspectiva *restritiva* da atuação dos Tribunais de Contas, passamos a avaliar criticamente essa postura. O objetivo é permitir um confronto dessas duas visões distintas acerca de como

⁸²³ PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 119-129, 225.

⁸²⁴ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 252.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 253.

⁸²⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 15, nº 82, nov. / dez. 2013.

⁸²⁷ ROSILHO, op. cit., p. 261-262. No mesmo sentido, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 203-210.

⁸²⁸ ROSILHO, op. cit., p. 136-142. No mesmo sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315-316.

deve funcionar o controle externo, para, no Capítulo final, examinarmos a tese da atuação *forte* em defesa do mínimo existencial em educação.

4.4.2.1 Análise crítica da perspectiva restritiva

É inegável que a Constituição de 1988 representa o ápice normativo dos Tribunais de Contas, na perspectiva de suas atribuições, competências e prerrogativas próprias e de seus membros, em relação aos textos constitucionais anteriores.⁸²⁹ Há dúvidas, no entanto, em assumir que tal desenvolvimento teria ocorrido apenas no âmbito do controle externo. Se bem analisado o texto constitucional, o Ministério Público e o Poder Judiciário também experimentaram um grande fortalecimento a partir de 1988 e, posteriormente, ao longo dos trinta anos de vigência do texto constitucional.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), instituição que representa a advocacia, reconhecida pela Constituição, ao lado do Ministério Público, como função essencial à justiça (art. 133, CR), e que tem dentre suas finalidades a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça social (art. 44, inc. I, da Lei nº 8.906/1994), teve assegurados, em nível constitucional, relevantes instrumentos de atuação,⁸³⁰ além da participação em órgãos de controle,⁸³¹ em concursos para ingresso em diversas carreiras de Estado⁸³² e a indicação de advogados para diversos Tribunais locais e Superiores.⁸³³

⁸²⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 173; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 150, rodapé 291; SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 208.

⁸³⁰ Como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, inc. VII, CR).

⁸³¹ Como no CNJ (art. 103-B, inc. XII, § 6º, CR) e no CNMP (art. 130-A, inc. V, § 4º, CR).

⁸³² Como a da magistratura (art. 93, inc. I, CR), do ministério público (art. 129, § 3º, CR) e da advocacia pública (art. 132, CR).

⁸³³ Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais (arts. 94; 107, inc. I; 115, inc. I; 120, § 1º, inc. III, CR), além do STJ, TST, TSE e STM (arts. 104, parágrafo único, inc. II; 111-A, inc. I; 119, inc. II; 123, parágrafo único, inc. I, CR). Em nível infraconstitucional, a advocacia foi fortalecida com a edição de seu Estatuto (Lei nº 8.906/1994), ao prever, entre muitos aspectos, numerosos direitos e prerrogativas aos advogados (cf. arts. 6º e 7º), e com a vigência do atual Código de Processo Civil, no qual foram deferidas diversas normas especificamente voltadas ao resguardo do exercício da advocacia.

Durante o período constitucional atual houve o florescimento de diversos órgãos e instrumentos imprescindíveis ao regular desenvolvimento da democracia, e não apenas dos Tribunais de Contas. Certamente, a influência do *lobby* dos Tribunais de Contas nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte existiu – assim como durante a edição da LO/TCU –, mas, provavelmente, não foi o único que se fez representar naquela oportunidade ímpar.⁸³⁴ Igualmente, não se tem notícia, em relação aos demais atores

⁸³⁴ A rigor, faz parte do “jogo democrático” buscar influenciar o parlamento acerca do ponto de vista que se entende mais correto, havendo, de fato, uma maior abertura do parlamento a determinadas influências conforme o contexto histórico e social que a sociedade atravessa em certo momento. Em relação à crítica ao modelo de controle externo aprovado na ANC e de uma legislação de viés mais favorável ao controle com base em minutas elaboradas pelos próprios controladores, sem um debate maior, a partir de anseios populares, como teria ocorrido com a LO/TCU e com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que seriam uma reação ao caso Collor, e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), vista como uma consequência dos protestos de junho de 2013, é interessante a comparação com o processo de aprovação da Lei nº 13.655/2018, que trouxe disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, com forte repercussão na “esfera de controladora”, num aparente caso de *reverso da mesma moeda*. Se antes os “controladores” ditavam as mudanças havidas nos órgãos de controle, conforme assinalou Rosilho, o presente momento parece indicar uma certa resistência do parlamento ao ponto de vista desses “controladores”, em prol de uma visão mais *restritiva*, muito embora seja inegável, a existência de um sentimento popular atual fortemente contrário à corrupção, de forma semelhante com o que vimos no período da Constituinte, da Presidência Collor e dos protestos de junho de 2013. O PL nº 7448/2017, que deu origem à Lei nº 13.655/2018, foi criticado pelo TCU e pelo Ministério Público diante da alegada repercussão negativa sobre os órgãos de controle, sendo elaborado justamente por juristas que adotam uma visão refratária aos alegados avanços dos órgãos de controle, sem a participação dos “controladores”. À época criticou-se o PL por não ter contado com a participação de integrantes dos órgãos de controle em sua concepção, tampouco nos debates por ocasião de sua tramitação no parlamento, cuja aprovação se deu apenas nas Comissões de Constituição e Justiça, sem passar pelos Plenários da Câmara e do Senado. Prestes a ser sancionado, o projeto gerou uma “guerra de pareceres”, em que o TCU manifestou-se procedendo a uma análise crítica da proposta, sendo, em seguida, rebatido por juristas favoráveis à sanção, para, novamente, o TCU manifestar-se contrariamente ao parecer-resposta dos juristas autores do projeto. Ao final, o projeto foi aprovado com alguns vetos, embora ainda contenha diversos aspectos criticados pelos órgãos de controle. Cf. BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Análise Preliminar do PL 7448/2017*. Brasília, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018; SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018; BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado*. Consultor: Odilon Cavallari de Oliveira. Brasília, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 19 maio 2018; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 22; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 102-107; JÚNIOR, Janary. Sancionado com vetos projeto que muda princípios das decisões de órgãos públicos. *Câmara Notícias*, Brasília, 26 abr. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/556557-SANCIONADO-COM-VETOS-PROJETO-QUE-MUDA-PRINCIPIOS-DAS-DECSOES-DE-ORGAOS-PUBLICOS.html>>. Acesso em: 22 nov. 2018; ANPR defende veto do PL 7448/2017, que fragiliza a lei de improbidade. *Associação Nacional dos Procuradores da República*, Notícias, Brasília, 24 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/noticia/5469>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

constitucionais fortalecidos em 1988, da existência de profundas reflexões e estudos sobre os futuros impactos que exerceriam na sociedade, o que leva a crer que não teria havido um tratamento diferenciado em prol dos Tribunais de Contas durante a ANC.⁸³⁵

A rigor, nossa Constituição é reconhecida por albergar diversos interesses, muitos deles até conflitantes entre si, a demonstrar que naquele momento histórico variadas vozes foram ouvidas e seus anseios, em alguma medida, acolhidos no texto constitucional. Até que ponto os “bastidores” da aprovação do texto constitucional e da legislação correlata devem influenciar na interpretação dos seus enunciados é algo a merecer um estudo aprofundado. Por ora, confere-se a tal perspectiva uma relevância menor diante de outros aspectos, a nosso ver mais relevantes e que, portanto, devem preponderar por ocasião da interpretação da Constituição, entre os quais se acha a escolha do Constituinte pela posição de centralidade da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, fato que nos (re)conduz à temática da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial de suas facetas relacionadas à eficácia dirigente e eficácia irradiante, que devem repercutir na leitura que se faz das atribuições dos Tribunais de Contas no texto constitucional.

Embora as críticas às críticas apresentadas por Rosilho possam conduzir a uma equivocada compreensão de que se defende uma expansão desmesurada da atuação dos Tribunais de Contas, a ponto de virem a substituir o campo de discricionariedade constitucionalmente assegurado aos gestores públicos, não é o caso. Os dois extremos, tanto a perspectiva ampliativa/ativista, quanto o viés mais restritivo, poderão repercutir negativamente sobre o papel constitucional dos Tribunais de Contas. Uma *performance* por demais proativa incorreria em todos os temores suscitados pela doutrina restritiva, como o receio de uma substituição indevida da vontade do administrador pela concepção dos órgãos de controle, em desrespeito ao princípio democrático e à separação dos poderes. Por outra via, uma restrição excessiva dos instrumentos ao alcance das Cortes de Contas, além de ser, em certos casos, incompatível com o texto constitucional, impediria uma atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais, mormente nos casos relacionados ao mínimo existencial, em que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma atuação *forte* de todos aqueles que podem contribuir para a sua promoção, tal como já é amplamente aceito entre nós em relação ao Poder Judiciário, de modo a alcançar também os Tribunais de Contas, em nosso sentir.

⁸³⁵ Naturalmente, trata-se apenas de uma hipótese que não será objeto de aprofundamento neste estudo.

Passa-se agora ao Capítulo final, onde se tomará uma posição clara em relação às duas versões de Tribunal de Contas (ampliativa *versus* restritiva). A análise pontual de cada atribuição será objeto de exame a partir da tese ora defendida, quando serão expostos os resultados práticos possíveis de uma concepção *forte* de atuação das Cortes de Contas, já à luz dessa tomada de posição. Ao final, a temática das críticas a uma atuação mais incisiva dos Tribunais de Contas, aqui iniciada, será aprofundada.

CAPÍTULO 5 – A ATUAÇÃO FORTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM EDUCAÇÃO

Nos capítulos anteriores foi possível constatar que o direito à educação alcançou na Constituição de 1988 patamar nunca observado em termos de densidade normativa sem, contudo, passados mais de 30 anos desde a promulgação do texto constitucional, alcançar a sua concreta efetivação, nos moldes almejados pelo Constituinte. Há muito a avançar ainda em termos de acesso e de qualidade no ensino. É necessário, portanto, buscar novos caminhos em prol da concretização do direito fundamental à educação.

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de suas facetas observou-se a existência de subsídios teóricos suficientes a justificar uma atuação dos Tribunais de Contas mais condizente com os fundamentos da República, em especial com a dignidade da pessoa humana, e com os seus objetivos fundamentais (arts. 1^a e 3^o, CR). Constatou-se que os Tribunais de Contas não são imunes ou indiferentes à força normativa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, mas sofrem a influência deles, em sua dimensão objetiva, o que os impele a um atuar voltado à concretização desses direitos.

Na perspectiva subjetiva, o direito público subjetivo à educação básica é revelador de uma decisão fundamental do Constituinte em prol da imediata concretização de uma parcela significativa do direito à educação. Embora cuidem de institutos diferentes, o direito público subjetivo e o mínimo existencial em educação se relacionam e possuem o mesmo conteúdo.

A constatação de que a educação básica – direito público subjetivo – integra o mínimo existencial atrai toda uma construção teórica favorável à concretização imediata desse direito. Nesses casos, admite-se a superação dos obstáculos tradicionais contrários à materialização dos direitos sociais, como a reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. A implementação desses direitos a partir de decisões tomadas por outros atores constitucionais, não legitimados primacialmente para realizar escolhas políticas, como é o caso do Poder Judiciário, é, de um modo geral, aceita. No contexto do mínimo existencial, a doutrina e a jurisprudência brasileiras apontam para a plena justiciabilidade das parcelas integrantes desse mínimo, que decorre da eficácia jurídica positiva ou simétrica de suas normas.

Neste contexto, é de se questionar se os Tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle da atividade administrativa por natureza, que detêm a atribuição de fiscalizar e controlar inclusive as políticas públicas em direitos fundamentais, imprescindíveis para a materialização desses direitos, não teriam a sua atuação por eles influenciada.

Ao Poder Judiciário não se admite, em matéria de tutela de direitos fundamentais sociais, uma atuação no sentido da concretização desses direitos em todo e qualquer caso. O controle judicial é pautado pela densidade normativa do direito fundamental em questão, sendo notadamente mais *forte* a sua intervenção nos casos de direitos relacionados à saúde e às etapas básicas da educação. Diante do mínimo existencial, portanto, a atuação judicial é diferenciada em busca de uma tutela mais efetiva dos bens jusfundamentais.

De igual sorte, partindo das premissas de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve repercutir sobre a atuação dos Tribunais de Contas e de que o mínimo existencial representa uma parcela dos direitos fundamentais de onde tais influxos se expressam com a maior força jurídica possível, dada a eficácia positiva ou simétrica das normas enunciadoras desse mínimo, cumpre investigar quais os limites da atuação dos Tribunais de Contas no controle do mínimo existencial, especificamente em educação, objeto deste trabalho.

No Capítulo anterior foi possível concluir pela existência de uma conformação jurídica asseguradora de um elevado potencial para a realização de um controle efetivo da administração pública pela Cortes de Contas. Comparando-se com os textos constitucionais anteriores e com a disciplina normativa de outros países, o fortalecimento dos Tribunais de Contas no Brasil na Constituição de 1988 torna-se ainda mais evidente.

Não obstante, há posições divergentes quanto aos limites de atuação desses órgãos de controle externo, oscilando o exame de suas atribuições ora numa perspectiva ampliativa, ora numa perspectiva restritiva.

Com base nessas reflexões apresenta-se neste Capítulo a nossa proposta de atuação para os Tribunais de Contas, quando em jogo o mínimo existencial em educação, fundada nas premissas estabelecidas nos Capítulos anteriores. Antecipamos que a tese ora defendida não se filia nem à *perspectiva ampliativa/ativista*, nem à *perspectiva restritiva*, nos termos anteriormente indicados. Defende-se uma interpretação que confira a tais Cortes, na qualidade de órgãos de extração constitucional, uma atuação subordinada aos direitos fundamentais e, em especial, ao mínimo existencial, recebendo todos os influxos decorrentes da densidade normativa desses direitos sobre a sua atuação.

Neste Capítulo, será desenvolvida a proposta de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas em prol do mínimo existencial em educação, definindo-a e apresentando as condições e limites para tanto. Em seguida, será feita uma análise mais específica dos parâmetros de controle e das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, a partir dessa perspectiva *forte*, apresentando propostas concretas de uma atuação diferenciada nesses casos específicos. Ao final, em antecipação a eventuais críticas dirigidas à tese ora defendida, apresentamos algumas possíveis respostas a elas.

5.1 A atuação *forte* dos Tribunais de Contas em prol do mínimo existencial em educação

A tese aqui proposta avalia a possibilidade de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, quando em jogo o mínimo existencial do direito fundamental à educação. Essa análise exige uma compreensão prévia acerca da eficácia dos direitos fundamentais em relação a órgãos como os Tribunais de Contas.

A *perspectiva ampliativa* das atribuições das Cortes de Contas, especialmente a vertente do ativismo de contas, defende a ampla repercussão dos direitos fundamentais em relação à atuação aos Tribunais de Contas. Daí a relevância de se destacar que a tese ora defendida adota como premissa uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas em certos casos, quando em jogo a proteção do mínimo existencial em educação – sem fazer um juízo em relação a outras hipóteses de atuação *forte*.

A teoria do ativismo de contas somente seria compatível com a tese aqui defendida se esse ativismo fosse compreendido como algo excepcional, não corriqueiro, assim como se observa, regra geral, em relação ao Poder Judiciário. A noção do ativismo de contas como sendo algo inerente às atribuições dos Tribunais de Contas não é aqui compartilhada. Incorpora-se, como diferencial, a necessidade de um *self-restraint* também em relação aos Tribunais de Contas, assim como se observa quanto ao Judiciário. A pesquisa se volta ao exame do limite (máximo) de atuação quando em jogo um bem jusfundamental relevantíssimo (mínimo existencial em educação).

Por outra via, a *perspectiva restritiva* da atuação dos Tribunais de Contas representa um óbice maior à proposta ora defendida, porque a sua versão para a atuação dos Tribunais de Contas é bem mais restrita do que aquela aqui defendida como atuação *forte* e, em alguns, casos, até como o que seria uma atuação ordinária ou regular. Em

diversos momentos nega-se, peremptoriamente, na perspectiva restritiva, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem determinadas competências da forma que se defende neste trabalho, ao argumento de que seria uma atuação inconstitucional. Tal perspectiva exige um enfrentamento específico dos óbices constitucionais apresentados em relação a cada competência, que será feito mais adiante.

Em suma, nas duas perspectivas anteriormente analisadas tem-se por diferença fundamental em relação à proposta aqui elaborada o fato de elas não desenvolverem a ideia de atuações diferenciadas dos Tribunais de Contas conforme o interesse em jogo. Para a visão ampliativa/ativista, os direitos fundamentais exigiriam uma atuação *forte* constante. Para a visão restritiva, o texto constitucional impediria, em qualquer situação, uma atuação diferenciada. Ao se propor uma atuação *forte* em caráter excepcional, como ocorre no caso do mínimo existencial em educação, adota-se como corolário lógico a possibilidade de uma atuação “não forte”, ou seja, normal, corriqueira, sendo necessário, por certo, delimitar as condições e o conteúdo de cada uma delas.

As duas compreensões antes referidas estabelecem um padrão único a ser adotado em todas as situações, seja um padrão progressista, calcado na ideia de um *ativismo perene*, seja um padrão limitador, pautado pela *autocontenção arraigada* ou, até, imposta externamente, no caso de controle judicial de constitucionalidade sobre as atribuições dos Tribunais de Contas.

A tese ora defendida pressupõe que os Tribunais de Contas sofrem os influxos das normas de direito fundamental. Tais efeitos devem ser alcançados em grau máximo quando se trata do mínimo existencial em educação – ou do direito público subjetivo em educação –, pois, nesses casos, há densidade normativa suficiente a indicar exatamente o que pode ser exigido do poder público, assim como ocorre em relação ao Poder Judiciário – que, igualmente, não é o primeiro legitimado que deve atuar para viabilizar a concretização de tais direitos –, quando age com “força máxima”, exercendo o controle sobre o mínimo existencial.

Como é variada a densidade normativa dos direitos fundamentais e a sua relação com a dignidade, a possibilidade de controle sobre a sua concretização também deve oscilar na mesma medida. Essa conclusão de que os Tribunais de Contas podem ter diferentes modulações de atuação decorre das premissas estabelecidas anteriormente neste trabalho.

Conforme observado anteriormente, em comparação com os textos constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 alcançou elevado nível de densidade

normativa antes não visto em relação ao direito à educação. No plano do Direito Comparado, depreendeu-se existir na Constituição brasileira uma amplitude muito maior no trato do direito à educação do que se observa em Portugal e na Espanha. Todavia, embora no plano normativo a disciplina do direito fundamental à educação seja pródiga, constatamos que a realidade ainda está longe de se amoldar ao ideal do Constituinte de 1988, conforme demonstram diversos indicadores de acesso e qualidade.

Para além da ideia de um direito público subjetivo, reconhece-se no direito à educação a tomada de uma decisão fundamental pelo Constituinte de 1988 no sentido de sua *objetiva* concretização ao estabelecer, dentre vários fins a serem alcançados, a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País etc. Identificou-se a existência de uma perspectiva objetiva em prol da concretização do direito à educação que vai além do indivíduo considerado isoladamente, abarcando diversas facetas como a eficácia irradiante, eficácia dirigente, garantia institucional inespecífica, dever de proteção, perspectiva organizacional e procedimental, dever de monitoramento, todas com repercussão sobre a atuação dos Tribunais de Contas.

Divisa-se que os direitos fundamentais não possuem a mesma relação com a dignidade da pessoa humana, havendo aqueles que dela mais se aproximam. A repercussão desses direitos sobre a atuação dos Tribunais de Contas oscila conforme o direito fundamental em questão, dada a sua densidade normativa e sua maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana. No que se refere às parcelas integrantes do mínimo existencial, por sua maior proximidade com o referido princípio, tais deveres, que repercutem sobre toda a atuação desses Tribunais, incidem com maior força, justificando uma atuação *forte*.

Num contexto de baixa efetividade de normas constitucionais pertinentes a direitos fundamentais, especialmente as integrante do mínimo existencial, não é razoável defender a ausência de repercussão sobre as atividades desenvolvidas por um órgão capaz de influenciar positivamente na concretização de tais direitos, mormente quando o Constituinte lhe conferiu amplos poderes de atuação, propícios à avaliação de políticas públicas, e ampliou o leque do controle para além da legalidade, a abarcar juízos de economicidade e de legitimidade.

A concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de suas respectivas facetas fornece os subsídios teóricos necessários a uma interpretação

constitucionalmente adequada do papel que os Tribunais de Contas devem desempenhar no exercício de suas atribuições de controle externo da administração pública. A partir da teoria dos direitos fundamentais e à luz da Constituição brasileira, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas não são imunes ou indiferentes às normas de direitos fundamentais.

Por outra via, na perspectiva subjetiva, constata-se que a existência de um direito subjetivo originário, individual e definitivo a uma vaga em estabelecimento oficial de ensino, no âmbito da educação obrigatória e gratuita (direito público subjetivo), decorre de uma constelação normativa que compreende, além do já mencionado art. 208, I, §§ 1º e 2º, da CR, os artigos 227, *caput*; 227, § 3º, inc. I e III; e 229, todos da Constituição, a legislação infraconstitucional correlata (LDB e ECA), que reforça a aplicabilidade imediata desse direito público subjetivo, permitindo até afastar o limite fático da reserva do possível e o argumento da separação dos poderes.

Além disso, descortina-se que a existência de um direito e garantia ao mínimo existencial é inerente à Constituição brasileira e consiste numa norma decorrente (atribuída) dos princípios da dignidade da pessoa humana (que pressupõe o direito à vida), do Estado Social e do direito à liberdade, compreendida aqui a liberdade fática. Conclui-se que, atualmente, o conteúdo do mínimo existencial em educação no Brasil corresponde ao direito ao acesso à educação básica com o padrão mínimo de qualidade constitucionalmente previsto e já legalmente delimitado a todos, independentemente de estarem ou não em idade escolar.

Como visto, as parcelas integrantes do mínimo existencial em educação admitem um controle judicial direto, por serem imunes aos argumentos relacionados à violação da separação dos poderes, da prevalência das deliberações majoritárias ou da reserva do possível (em situações de normalidade), no sentido de viabilizar a concretização material do direito negado pelo Estado.

É preciso, portanto, repensar o “judicialismo”, calcado na ideia de imprescindibilidade do Judiciário como único meio de se obter a solução para o problema da inércia dos órgãos legitimados, para ampliar o rol de atores que possam atuar no sentido de fomentar a concretização de direitos fundamentais, em especial daqueles integrantes do mínimo existencial. Os Tribunais de Contas também se vinculam às normas de direitos fundamentais, devendo atuar no sentido de fomentar a efetivação do direito ao mínimo existencial.

Todas essas noções, desenvolvidas nos capítulos anteriores e aqui brevemente alinhavadas, fornecem as bases para a defesa de uma atuação do controle externo

diferenciada a partir do interesse jusfundamental em jogo, ora numa modalidade *normal*, ora numa atuação aqui denominada de *forte*, ao menos no que se refere ao mínimo existencial em educação, sem prejuízo de desenvolvimentos posteriores analisarem essas possibilidades de atuar e seus limites em relação a outros direitos fundamentais, que tenham uma densidade normativa diferente e outra relação com a dignidade humana.

A opção pela terminologia *atuação forte* dos Tribunais de Contas, em vez de adotar o termo “ativismo de contas”, deve-se a várias razões. Inicialmente, por seu uso, como visto, já estar associado a uma concepção de atuação dos Tribunais de Contas diferente da defendida neste trabalho. A segunda, pelo viés pejorativo atribuído à expressão, muitas vezes associada a um voluntarismo inconsequente, ao qual não se pretende filiar.⁸³⁶ A terceira, para delimitar com maior precisão a interpretação do texto constitucional ora defendida, condizente com o fortalecimento das atribuições dos Tribunais de Contas *sob determinadas condições*, sem cair na defesa da possibilidade irrestrita de criação de normas a partir de enunciados vagos sobre direitos fundamentais, o que caracteriza, em grande medida, o ativismo judicial.⁸³⁷

Não se pretende, por exemplo, extrair, a partir de princípios constitucionais vagos ou de direitos fundamentais de baixa densidade normativa condutas concretas e obrigar a administração a adotá-las pela via do controle externo. A tese postula conferir às atribuições dos Tribunais de Contas uma interpretação condizente com a ideia de centralidade da dignidade humana, que direciona todos os atores constitucionais a atuarem no sentido da concretização desses direitos, dentro dos limites conferidos pela própria Constituição.

Em nossa proposta, os direitos fundamentais, especificamente a parcela concernente ao mínimo existencial em educação, autorizam uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, no sentido de sua promoção, pela releitura das normas pertinentes às suas atribuições, mormente no atual momento em que as competências constitucionais do controle externo – algumas até aceitas tradicionalmente, como o caso do controle difuso de constitucionalidade – passam a ser objeto de fortes críticas quanto aos seus limites de atuação.

⁸³⁶ Sobre a origem da conotação negativa do termo, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 245.

⁸³⁷ BARROSO, op. cit., p. 246-247.

Por outra via, a tese de que os Tribunais de Contas podem exercer uma atuação *forte* parte da premissa – evidente até – de que em situações normais a Corte não deverá desempenhar uma atuação mais incisiva. Em outras palavras, a defesa de uma atuação *forte* implica renunciar a um ativismo de contas amplo, que potencializa ao máximo a sua atuação como regra geral. Isso porque há boas razões para se recomendar uma atuação mais contida desses Tribunais, certa reserva institucional (*self-restraint*), assim como cada vez mais se justificam as críticas dirigidas ao Judiciário por uma atuação mais comedida em determinadas searas.

O mínimo existencial seria o *ponto de convergência* a permitir tanto ao Judiciário quanto aos Tribunais de Contas irem “além”, sem incidir nas críticas – cada vez mais comuns – contrárias aos excessos dessas Cortes. É por tal razão que se defende uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas como a possibilidade de se explorar ao máximo as possibilidades interpretativas de suas atribuições constitucionais, de modo a dotá-los de instrumentos necessários a atuar como um ator relevante na concretização dos direitos fundamentais, ora colaborando com o Judiciário, ora dele prescindindo, favorecendo uma redução da excessiva judicialização que tanto se critica.

5.1.1 “Atuação regular” e “atuação forte” dos Tribunais de Contas: definição, condições e limites para uma atuação extraordinária

A atuação *forte* aqui defendida corresponde, por conseguinte, a uma atuação exercida no limite máximo das possibilidades do texto constitucional e da legislação em vigor, adotando como norte interpretativo a ideia de que os órgãos de controle, por força da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – em certos casos, pela dimensão subjetiva também⁸³⁸ –, encontram-se fortemente vinculados à realização do mínimo existencial em educação, devendo, para tanto, dispor de suas competências e atribuições no sentido de fomentar a concretização desse direito.

⁸³⁸ Como visto na seção 2.3.2, referente à dimensão subjetiva, o enfoque maior recaiu sobre o direito público subjetivo à educação (art. 208, inc. I, § 1º, CR), pela sua forte aproximação com o mínimo existencial. Não se pretende adentrar aqui na discussão relativa à vinculação dos Tribunais de Contas aos direitos fundamentais subjetivos, pois essa Corte não tem o papel de atribuir individualmente o bem da vida jusfundamental a partir da postulação específica de seu beneficiário. Entretanto, embora não exista essa tutela individualizada no âmbito das Cortes de Contas, a atuação forte ora defendida induz à satisfação dessas pretensões individuais, daí ser necessário reconhecer que, em alguma medida, os direitos subjetivos e a atuação dos Tribunais de Contas se relacionam, de forma mais acentuada ainda quando se está diante do referido direito público subjetivo.

As *condições* para o exercício de uma atuação *forte* – sem descartar outras possibilidades, mas que aqui não serão analisadas porque fogem ao escopo da tese – estão presentes quando em jogo a atuação do Tribunal sobre alguma atuação ou omissão relacionada à concretização do mínimo existencial em educação.

Os *limites* para uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas são os limites do próprio texto constitucional e da legislação, que disciplinam a sua atuação. Não se permite, a título de promoção do mínimo existencial, um ativismo descontrolado e sem qualquer amparo no ordenamento jurídico. Para delimitar concretamente esses limites, serão analisadas, a seguir, as atribuições dos Tribunais de Contas à luz do texto constitucional, numa perspectiva de atuação *forte*, ao tempo que se buscará responder aos óbices específicos contrários a essa interpretação, apresentados pela doutrina partidária de uma perspectiva mais restritiva de sua atuação, anteriormente estudada. Buscar-se-á relacionar essas atribuições a situações concretas de controle do mínimo existencial em educação, obviamente sem a pretensão de exaurir todas as possibilidades de controle ao alcance das Cortes de Contas.

5.2 A interpretação das atribuições dos Tribunais de Contas à luz do mínimo existencial e os resultados práticos possíveis de uma atuação *forte*

Como visto anteriormente, nenhuma das versões propostas acerca da atuação dos Tribunais de Contas satisfaz às premissas estabelecidas neste trabalho, no sentido de que a Corte deve desempenhar uma atuação *forte* em casos específicos, como aqueles relacionados ao controle do mínimo existencial em educação. Neste momento, passa-se a analisar as atribuições dos Tribunais de Contas a partir dessa perspectiva *forte*, impulsionada pelo dever de promoção do mínimo existencial. Para tanto, será necessário responder às críticas específicas direcionadas pelos defensores de uma perspectiva restritiva ou “controlada”, pois elas representam uma visão geral limitadora das atribuições das Cortes de Contas em todos os casos, sem distinção entre atuação *forte* ou *fraca*, nem diferenciar quando está em jogo ou não o mínimo existencial.

A análise da postura “ativista”, neste instante, não é mais necessária, pois a resposta crítica à sua proposta já fora suficientemente apresentada anteriormente. Em linhas gerais, a discordância com a tese aqui defendida gira em torno da possibilidade de a Corte exercer, *sempre*, uma postura ativista, sem modular sua postura em relação ao

mínimo existencial, que, a nosso ver, exige um tratamento diferenciado. Em linhas gerais, não há divergências quanto às potencialidades do texto constitucional em termos de atribuições dos Tribunais de Contas, apenas quanto às situações em que esse potencial máximo deve ser exigido.

Desta forma, a análise aqui realizada em relação às atribuições dos Tribunais de Contas terá o objetivo de analisar se as críticas restritivas procedem, impedindo uma atuação *forte* em relação a cada atribuição analisada, e de que forma a atribuição em questão poderia ser exercida numa versão *forte*, quando em jogo o mínimo existencial em educação, indicando alguns exemplos práticos.

Cumprir registrar que essa análise das atribuições dos Tribunais de Contas numa versão *forte* não tem a pretensão de ser exaustiva, dadas as inúmeras possibilidades de controle que surgem a cada dia e a diversidade de formas que as políticas públicas de direitos fundamentais podem assumir. O controle externo pode ocorrer em diversas fases temporais, sobre atos específicos ou atividades, ter parâmetros diferentes (legalidade, legitimidade e economicidade), vários escopos (orçamentário, financeiro, contábil, patrimonial e operacional) e se desenvolver a partir de muitos instrumentos (parecer prévio, julgamento, auditorias, inspeções, monitoramentos, acompanhamentos, registro de atos, consultas etc.). Pretende-se, apenas, demonstrar concretamente a aplicabilidade da tese de forma suficiente a confirmar a hipótese de que uma atuação *forte* é possível, constitucionalmente exigida e tem repercussões práticas.

Também não se exclui a possibilidade de, eventualmente, a versão *forte* de determinada atribuição do Tribunal de Contas aqui apresentada vir a ser utilizada da mesma forma, em outro contexto, por ocasião de alguma atuação considerada regular, isto é, sem estar em jogo o mínimo existencial. Isso pode ocorrer porque a textura dos enunciados sobre as atribuições do Tribunal de Contas permite, em alguns casos e a depender do intérprete, compreender que aquela atuação *forte* por nós defendida seria nada mais do que o exercício das atribuições regulares da Corte, não sendo necessário, portanto, estar presente um interesse relevante, como o mínimo existencial, para justificar o exercício do controle dessa forma. Ademais, como visto, nem todo bem constitucionalmente relevante integra o mínimo existencial, mas poderá, em determinado caso concreto, justificar uma atuação *forte*.

Antes de avançar na análise, destaca-se, ainda, que pela relevância constitucional inerente ao mínimo existencial em educação, as atribuições da Corte, nessas hipóteses, *sempre* poderão ser exercidas em sua versão *forte*, conforme o caso concreto exija. Já nas

situações em que *não* estiver presente o mínimo existencial, essa atuação considerada *forte* deverá ser justificada, seja pela demonstração devidamente fundamentada de que se trata de mero exercício das atribuições ordinárias da Corte, admitido à luz da Constituição, seja ao indicar que, embora não constitua uma atuação ordinária, nem se trate no caso de questão relacionada ao mínimo existencial, a atuação *forte* se justifica dada a relevância constitucional do objeto do controle naquela hipótese específica. Em outras palavras, para as situações não abrangidas pela tese aqui defendida – delimitada em torno do mínimo existencial em educação –, a Corte teria o *ônus* de justificar a sua atuação diferenciada em cada caso concreto, seja fundamentando constitucionalmente suas atribuições, seja apontando a relevância do bem jurídico em jogo. Caso não se desincumba de tal ônus, ficará sujeita a um maior questionamento – inclusive judicial – quanto aos limites de sua atuação.

5.2.1 Os parâmetros constitucionais gerais de controle: legalidade, legitimidade e economicidade

Diversos autores defendem uma limitação na aplicação dos parâmetros gerais de controle previstos no art. 70, *caput*, da Constituição, ao argumento de que as avaliações de legitimidade e de economicidade seriam incompatíveis com algumas das atribuições previstas no art. 71 do texto constitucional.

Rosillo, como visto, restringe a possibilidade de julgamento pela irregularidade das contas, previsto no art. 71, inc. II, da CR, aos casos de expressa violação à lei (legalidade), afastando a possibilidade de rejeição de contas com fundamento nos referidos parâmetros de economicidade e de legitimidade. Vislumbram-se alguns argumentos contrários a essa perspectiva restritiva da atribuição de julgamento.

Inicialmente, soa paradoxal afirmar ser possível usar os três parâmetros de controle por ocasião do julgamento de contas (legalidade, legitimidade e economicidade) para, em seguida, restringir o juízo final sobre as contas ao parâmetro único da legalidade. Não permitir que os parâmetros de legitimidade e de economicidade repercutam sobre o resultado final do julgamento significa, efetivamente, negar-lhes a própria função de parâmetros de controle, em descompasso com o texto constitucional, que atribuiu expressamente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial exercida pelo controle externo os parâmetros da legalidade, legitimidade e da economicidade indistintamente (art. 70, *caput*, CR).

Decorre do próprio texto constitucional a existência dos referidos padrões de controle, previstos de forma equivalente entre si – atendendo aos reclamos históricos por um controle menos formalista e mais efetivo. Em momento algum a Constituição restringiu a competência de julgamento ao critério específico da legalidade, como o fez expressamente por ocasião da competência de registro de atos, esta sim reduzida a um exame de legalidade (art. 71, inc. III, CR).⁸³⁹ Freitas, com razão, assinala que “[...] a legalidade é valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional”.⁸⁴⁰ Não há razão, portanto, para colocá-la num patamar de superioridade em relação aos demais parâmetros constitucionais gerais do controle externo.

Diversos autores admitem a possibilidade de utilização dos três referidos parâmetros de controle por ocasião da emissão de parecer prévio ou de julgamento pelos Tribunais de Contas. Lucas Furtado destaca que tanto a legitimidade – compreendida como a plena observância do ordenamento jurídico, submetendo ao controle a avaliação a partir de todos os preceitos e princípios constitucionais, como moralidade,⁸⁴¹ impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica etc.⁸⁴² – como a economicidade – a abranger a efetividade, a eficácia e a eficiência – podem ser consideradas por ocasião do

⁸³⁹ Ao realizar o registro dos atos de admissão de pessoal ou das concessões de aposentadorias, reformas e pensões não cabe o Tribunal realizar um juízo de economicidade (ex.: negar o registro porque o valor do subsídio legalmente estipulado para determinado cargo é superior ao pago por outros entes públicos ou pela iniciativa privada, pelo mesmo serviço) ou de legitimidade (ex.: analisar a conveniência em se “admitir” determinados servidores para suprir certas carências do serviço público em detrimento de outros cargos vagos, em setores considerados mais relevantes pelo o Tribunal). No caso dos atos de admissão, o exame cinge-se em verificar a legalidade do ingresso do candidato aprovado em concurso no serviço público (ex.: aprovação em concurso público regular, existência de lei prevendo o cargo e suas atribuições, inexistência dos impedimentos do art. 22, parágrafo único, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal ou do art. 109, IV e V, do ADCT, com a redação conferida pela EC nº 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal). Neste sentido, o próprio Rosilho reconhece que a Constituição, em certos casos, limitou expressamente o parâmetro de controle, cf. ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 217.

⁸⁴⁰ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

⁸⁴¹ Para Pietro, o controle judicial do ato discricionário é possível a partir do critério da moralidade. Assinala, com razão, não caber ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus, mas, nos casos em que, a partir dos padrões adotados pelo homem comum, atentar-se manifestamente contra a moralidade, tal controle seria possível. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 212).

⁸⁴² FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1096.

juízo das contas.⁸⁴³ Caldas Furtado assinala que diante de um gasto público ilegítimo, a Corte poderia emitir parecer prévio pela rejeição das contas ou, se for o caso de contas de gestão, julgá-las irregulares e aplicar multa, além de imputar débito, caso exista dano ao erário, e representar ao Ministério Público e à Justiça Eleitoral.⁸⁴⁴ Ainda nesse sentido, para Bugarin, “[...] o ato legal, porém antieconômico (e/ou ilegítimo), também mereceria, em regra, a sua reprovação pelas Cortes de Contas, sujeitando-se seus responsáveis às sanções legais”.⁸⁴⁵ Fernandes, de igual modo, admite a avaliação de legitimidade e de economicidade por ocasião dos julgamentos realizados pelos Tribunais de Contas.⁸⁴⁶

Moreira Neto chegava a defender que o Tribunal de Contas, ao exercer as atribuições de emissão de parecer prévio e de julgamento, previstas nos incisos I e II do art. 71 da Constituição, exercia uma atuação combinada de ordem *técnica e política*. Em suas palavras, “[...] nele se institui uma claríssima competência autônoma do Tribunal de Contas para apreciar não apenas a legalidade e a economicidade das contas do Chefe do Poder Executivo, como se estende à sua legitimidade [...]”.⁸⁴⁷

Freitas, analogamente, defende que o princípio da legitimidade, em matéria de controle sistemático da governança pública, prescreve o dever de cuidar da perspectiva *substancial*, ultrapassando-se as aparências da mera *regularidade formal*.⁸⁴⁸ Bastos observa que o parâmetro de legitimidade foi inserido pelo Constituinte como forma de controlar situações que, no regime anterior, baseado num controle jurídico formal, não

⁸⁴³ Embora reconheça que o âmbito do controle de economicidade é, tradicionalmente, o das auditorias operacionais, não se limitam a elas. Com efeito: “Por meio dos *processos de prestação e de tomada de contas* e das auditorias de natureza operacional, torna-se *possível o exame da economicidade da gestão pública*. Nas situações em que os resultados dessa gestão se mostrarem, a partir de *parâmetros objetivos*, passíveis de crítica e após o exercício do contraditório, *absurdamente contrários à eficiência, à eficácia ou à efetividade*, o gestor deve ser *responsabilizado* e, caso se trate de processo de contas, essas devem ser *julgadas irregulares*”. (FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1099, grifo nosso).

⁸⁴⁴ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 557.

⁸⁴⁵ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 184. O autor cita como exemplo deliberação do TCU em que, embora os requisitos legais tenham sido observados, foi aplicada multa aos responsáveis pelo fato de a proposta vencedora, com o menor preço, apresentar valores superiores aos praticados no mercado (Ibid).

⁸⁴⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 167; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28, 211, 217.

⁸⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 18.

⁸⁴⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-130.

encontravam instrumentos adequados para reparação. Justamente para permitir o controle de atos que, embora regulares do ponto de vista formal, não se harmonizem com os valores fundamentais da sociedade. De igual forma, assinala o autor, em relação à economicidade, na medida em que um ato pode ser legal, legítimo, mas praticado de forma ineficiente ou antieconômica, com desperdício ou gastos muito superiores ao necessário, a merecer um controle mais efetivo.⁸⁴⁹

Torres vai além ao asseverar, com razão, que o controle fundado na legitimidade é uma *garantia institucional da liberdade* que legitima a própria ordem financeira. Seguindo o seu raciocínio, somente um controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é, a seu ver, o preço da liberdade. Por isso, afirma, o controle, sendo *garantia* dos direitos fundamentais, não deve sofrer limitações constitucionais, mas ser estimulado em prol de sua plena realização, controle esse – da legitimidade, que é da própria moralidade, para Torres – reclamado há muito pelos juristas brasileiros.⁸⁵⁰

Barcellos, por sua vez, reconhecendo que o Tribunal de Contas deve ser deferente às opções dos órgãos competentes, admite a utilização do critério da legitimidade, que deve “[...] justificar-se de forma *consistente* à luz da *finalidade* da legislação e do controle de opções *claramente abusivas*”.⁸⁵¹

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

Ademais, o silogismo apresentado por Rosilho como fundamento para afastar da competência de julgamento dois dos parâmetros gerais de controle estabelecidos no art. 70, *caput*, da Constituição, a partir do disposto no art. 5º, inc. XXXIX, da CR, não é, a nosso sentir, consistente o suficiente.⁸⁵² Isso porque há, sim, previsão legal bastante tanto

⁸⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150-151.

⁸⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 271.

⁸⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312, grifo nosso.

⁸⁵² “Em síntese, esse é o silogismo que está na base da Constituição: 1) irregularidade de contas dá ensejo a sanções (art. 71, VIII); 2) sanções pressupõem infração à lei (art. 5º, XXXIX); 3) logo, julgamento de

para o julgamento pela irregularidade das contas, quanto para a aplicação da multa, com a descrição dos respectivos suportes fáticos, nos casos de ilegitimidade ou de antieconomicidade (arts. 16, III, § 1º; 19, *caput* e parágrafo único, LO/TCU).⁸⁵³

Embora, de fato, na composição dos respectivos suportes fáticos o Constituinte e o legislador tenham se valido de conceitos indeterminados, tais como “ato de gestão *ilegítimo* ou *antieconômico*”, é preciso destacar que há diferenças entre a legalidade estrita, vigente no direito penal, nos termos do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição, em relação à legalidade do direito administrativo sancionador.⁸⁵⁴

Osório assinala, com razão, que a legalidade opera funções distintas na esfera penal e no direito administrativo sancionador, sendo esse caracterizado por tipos mais elásticos do que os penais, por força da dinâmica peculiar da seara administrativa.⁸⁵⁵ Com efeito, destaca, em relação ao direito administrativo sancionador, que “[...] a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora[...]”.⁸⁵⁶ Não se pode, portanto, equiparar as “legalidades”, prevalecendo, em relação ao campo administrativo, uma maior lassitude.⁸⁵⁷

contas que resulte em declaração de irregularidade de contas necessariamente pressupõe infração à lei (ao menos em sentido amplo)”. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 158).

⁸⁵³ Refere-se aqui ao suporte fático hipotético ou abstrato, “[...] que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á a sua incidência”, ou ainda, “[...] a previsão, pela norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38-39).

⁸⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 213, 218.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 215-216.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 216.

⁸⁵⁷ Não defendemos, contudo, a negação do princípio da tipicidade na seara do direito administrativo sancionador. Com efeito, assinala Osório, “a tipicidade oferece densidade normativa detalhada à legalidade”, apenas destacamos a diferença de grau habitante em cada esfera – penal e administrativa (*Ibid.*, p. 217). Como exemplo dessa perspectiva diferenciadora das esferas penal, administrativa e cível, cita-se a própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992 – LIA), que prevê sanções até mais graves do que aquelas ao alcance do TCU a partir de tipos igualmente abertos. Enquanto a Corte de Contas pode cominar as penas de multa, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, inidoneidade do licitante fraudador, além de imputar o débito decorrente do dano causado ao erário – que, a rigor, não é penalidade –, previstas, respectivamente, nos arts. 58, 60, 46 e 19 da LO/TCU, a LIA prevê o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12, inc. III, LIA), para os casos de improbidade administrativa decorrentes da violação de princípios da administração pública, tais como os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, tanto na figura dolosa quanto culposa (art. 11, LIA).

Por outra via, ainda que se restringisse o julgamento pela irregularidade das contas à hipótese da “mera” legalidade, essa não poderia ser reduzida apenas à “expressa violação à lei”.⁸⁵⁸ O parâmetro de legalidade – além de ser diferente nas esferas penal e administrativa, como visto acima – deve ser compreendido atualmente a partir da noção de *juridicidade*, no sentido de vinculação ao ordenamento por inteiro, inclusive, por certo, à própria Constituição.⁸⁵⁹

Freitas, nesse sentido, desenvolve a noção de *legalidade temperada*, decorrente, também, do art. 70, *caput*, da Constituição, necessária a um controle reorientado para “a afirmação do direito fundamental-síntese à boa administração pública, que exige respeito às *regras legais* desde que no *cumprimento superior da Constituição*”.⁸⁶⁰ A violação à Constituição é, evidentemente, uma violação à legalidade que está ao alcance do controle exercido pelos Tribunais de Contas, sob pena de, ao adotar entendimento contrário, reduzir a força normativa da Constituição apenas àquilo que estiver reproduzido em lei, o que a esta altura do nosso constitucionalismo aparenta ser uma compreensão equivocada.

Tanto o controle de legalidade, em sentido amplo, está ao alcance dos órgãos de controle que, em certa medida, ele justificou a edição das recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657, de 1942), por meio da Lei nº 13.655, de 2018, que, em seu art. 20, passou a prever algumas exigências para os casos de decisões da esfera controladora com base em *valores jurídicos abstratos*, como a consideração das consequências práticas da decisão e, em caso de imposição de

⁸⁵⁸ Embora o autor mencione “infração à lei (*ao menos em sentido amplo*)”, não fica claro se adere à concepção ora defendida de legalidade no sentido de juridicidade, daí a razão de se apresentar a crítica. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 157-158, grifo nosso).

⁸⁵⁹ Para Moreira Neto, a superação da limitação conceitual racionalista de uma legalidade reduzida à mera produção legislativa fez surgir uma caracterização mais rica, complexa e abrangente de valores, a *juridicidade*, como resultado não só da integração da legalidade com a legitimidade, como também com a licitude. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48, grifo do original). Binenbojm advoga a existência de princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 311-312, grifo do autor, 125-194). Krell defende que todo e qualquer ato administrativo é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, a partir dos princípios constitucionais, não devendo ser controlados somente por sua legalidade, mas também por sua *juridicidade*. (KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76). Sobre a temática da juridicidade, confira, ainda, a seção 4.3.

⁸⁶⁰ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 76-82, grifo nosso.

alguma medida ou de invalidação de ato, contrato, ajuste do processo ou norma administrativa, a necessidade de demonstrar a presença dos critérios da necessidade e adequação.⁸⁶¹

A imposição do recurso ao consequencialismo e da motivação baseada nos ditames da proporcionalidade (necessidade e adequação) como condição para decisões fundadas em valores jurídicos abstratos busca, em linhas gerais, conter o subjetivismo em decisões marcadas por um elevado grau de abstração, muitas vezes genéricas, sem atentar para as nuances do caso concreto. Essa nova exigência de motivação teve por objetivo evitar “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos”, além de obrigar “a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão”.⁸⁶²

De fato, “quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras”.⁸⁶³ Contudo, não há empecilhos para uma atuação dos órgãos de controle a partir de valores jurídicos abstratos, ou seja, para além da legalidade estrita, desde que se desincumbam dos deveres de fundamentação impostos pela legislação.

Destarte, os princípios da legalidade (no sentido de juridicidade), da economicidade e da legitimidade, embora abertos, são parâmetros gerais e constitucionais de controle que devem ser adotados pelo Tribunal de Contas, inclusive no exercício da competência de julgamento, até com maior razão a partir da “nova” LINDB, que trouxe um ônus de argumentação maior não apenas para a esfera controladora, mas também para as esferas administrativa e judicial, ao decidirem a partir de valores jurídicos abstratos. Em certa medida, a previsão normativa da LINDB coincide com as exigências de

⁸⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 24 nov. 2018. p. 40. Sobre o referido dispositivo, cf., ainda, PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 17-19.

⁸⁶² SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. [2018]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018. P. 4.

⁸⁶³ SUNDFELD, op. cit., p. 4.

fundamentação estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 489, § 1º, aplicável também aos Tribunais de Contas por força de seu art. 15.⁸⁶⁴

A rigor, a discussão sobre os possíveis parâmetros de controle remete à antiga questão do controle dos atos discricionários e do mérito administrativo. Em suma, pode-se extrair da concepção mais restritiva a ideia de intangibilidade quando a norma assegura alguma discricionariedade ao administrador, isto é, naqueles casos em que há liberdade para decidir conforme juízo de oportunidade e conveniência; para essa visão, o controle sobre a decisão final do administrador não seria possível.

À parte a discussão da utilidade em se adotar uma rígida distinção entre atos vinculados e atos discricionários,⁸⁶⁵ é preciso reconhecer que, mesmo em se tratando de atos que seriam tipicamente discricionários, por estar presente uma margem significativa de liberdade de escolha, haverá situações em que o controle será permitido, inclusive sobre as possíveis opções ao alcance do gestor. De fato, “[...] quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”.⁸⁶⁶ Não há que se cogitar em preservação do juízo de

⁸⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 24 nov. 2018, p. 35-37.

⁸⁶⁵ Sobre o tema, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-241, que, da perspectiva do controle judicial dos atos administrativos, prefere estabelecer critérios dinâmicos em vez de uma predefinição estática em categorias binárias do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário. Caldas Furtado defende que, por força do art. 70, *caput*, da CR, o controle exercido pelos Tribunais de Contas seria político-administrativo e iria muito além, podendo apreciar, inclusive, o mérito do ato administrativo, enquanto o controle judicial se restringiria apenas ao exame da legalidade do ato administrativo (controle jurídico-administrativo). (FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007, p. 44-45; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 556-557).

⁸⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 32. Embora o parâmetro do controle a partir do interesse público tenha sido criticado por diversos autores, isso não afasta a conclusão de que mesmo em casos de discricionariedade o controle seria possível. As discussões mais recentes enfrentam a questão de como esse controle deve ocorrer, afastando o subjetivismo da concepção de interesse público em Mello, para que não ocorra apenas a sobreposição da vontade de um (controlador ou administrador) sobre a vontade do outro (controlado ou administrado). Como se verá adiante, na seção 5.3, Binenbojm propõe alguns critérios para o controle nestes casos. A respeito das críticas e desenvolvimentos mais atuais da noção de supremacia do interesse público, cf. BINENBOJM, op. cit., p. 81-124; KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 125-157; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo:

conveniência ou discricionariedade administrativa se os resultados da gestão, numa perspectiva de economicidade, forem absurdos.⁸⁶⁷ A violação grosseira do dever de eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, deve ensejar a anulação dos atos praticados e a punição dos responsáveis, não a mera recomendação do aperfeiçoamento da gestão.⁸⁶⁸ Conforme assinala Bugarin, no exame da economicidade dos atos públicos de gestão, não se deve considerar mais o mérito como empecilho à atuação do controle externo, especialmente nas hipóteses em que for possível, diante do universo fático, determinar de forma *racional e fundamentada* qual a alternativa que melhor atende ao interesse público.⁸⁶⁹

É nesse sentido, de uma *legalidade substancial*, que Costa defende, à luz da Constituição portuguesa, um controle mais *amplo* a ser exercido pelo Tribunal de Contas, pautado pelo *dever de boa administração*, rechaçando a separação estrita entre legalidade e mérito, sem, todavia, eliminar por completo a discricionariedade. Para o autor, essa legalidade deve abranger a avaliação da utilidade social alcançada pela atividade financeira (*value for money*),⁸⁷⁰ bem como a avaliação do mérito da gestão segundo critérios de *economia, eficiência e eficácia*. Esse conceito de legalidade substancial seria, a seu ver, coerente com os fundamentos da Constituição portuguesa e seus princípios.⁸⁷¹

Dialética, 2010, p. 62-63; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47-48.

⁸⁶⁷ FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1099.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 1099-1100. “O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança nº 23.550. Relator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 31 out. 2001). No mesmo sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no mandado de segurança nº 26.000. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de outubro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 14 nov. 2012.

⁸⁶⁹ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 122-123, 202. Com efeito, “o controle de legalidade é importantíssimo e não deve ser abandonado, no entanto a ele deve ser acrescentada a análise do mérito da despesa pública, quanto à eficiência da aplicação dos recursos escassos. Percebam que no modelo de *simples legalidade*, a ação do controle tem muito poucas condições de revelar o nível de esforço do agente e ajudar na modelagem mais adequada de contratos. Um controle baseado apenas, ou preponderantemente, na legalidade servirá pouco como instrumento de revelação de informação. Um controle principalmente focado na legalidade minimiza o esforço do agente e gera perda de eficiência”. (NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 342, grifo nosso).

⁸⁷⁰ “Utilidade social obtida por cada unidade monetária de despesa”. (FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 467 apud COSTA, Paulo Nogueira da. O papel dos tribunais de contas na proteção dos direitos sociais. *Jurismat*, Portimão, nº 7, p. 293-303, nov. 2015, p. 297).

⁸⁷¹ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 218-221.

Com efeito, assinala, “uma compreensão *restrita* da legalidade financeira contribui, em larga medida, para ‘desarmar’ os Tribunais de Contas na luta que, nos termos constitucionais, devem travar contra a má utilização dos recursos públicos”.⁸⁷²

De forma concreta, é possível desenvolver alguns exemplos relacionados ao mínimo existencial em educação, para demonstrar as possibilidades de um juízo de legitimidade e de economicidade pelos Tribunais de Contas em relação à competência de julgamento.

Há parâmetros objetivos estipulados no Plano Nacional de Educação, relacionados ao acesso à *educação básica*, que, como visto, integram o mínimo existencial em educação. A Meta 1 estabelece que, até 2016, deveria estar universalizado o acesso à educação infantil na pré-escola para crianças de quatro a cinco anos. Dados apresentados no início deste trabalho apontam para o não cumprimento dessa meta em diversos Municípios brasileiros. O PNE, por sua vez, estabelece o dever de consignar nas normas orçamentárias (PPA, LDO e LOA) dos respectivos entes da federação dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias do PNE, viabilizando sua *plena* execução (art. 10, PNE). A Constituição estabelece competir aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil e no ensino fundamental (art. 211, § 3º, CR).

Neste cenário, após ouvir o gestor, sendo-lhe facultada a possibilidade de justificar eventual *descumprimento* da referida meta ou, até, a *regressão* dos indicadores de acesso na referida etapa de ensino na respectiva localidade, e levando em consideração seus argumentos, não competiria aos Tribunais de Contas, no exercício de suas competências de julgamento (e emissão de parecer prévio, conforme o caso), avaliar, ao final, a *legitimidade* das escolhas orçamentárias e financeiras levadas a cabo? Seria, de plano, inconstitucional utilizar o parâmetro de legitimidade no controle das escolhas públicas diretamente relacionadas com a concreção do mínimo existencial em educação, em procedimento pautado pela ampla defesa e o contraditório, a partir de dados técnicos e objetivos, que siga as novas exigências impostas pela LINDB? Não se pode afirmar, a partir da Constituição e da legislação correlata, existir um grau de vinculação expressivo em favor de escolhas relacionadas ao mínimo existencial em educação, se comparada com outras espécies de despesas, tais como aquelas dedicadas aos festejos momescos ou

⁸⁷² COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 225, grifo nosso.

juninos ou, ainda, com a publicidade institucional meramente laudatória da gestão pública?⁸⁷³

Pensa-se que a resposta a estas questões deve conduzir à possibilidade de um controle *forte*, no sentido de admitir o uso da legitimidade como parâmetro.⁸⁷⁴ Destaque-se que a conduta esperada do gestor não foi definida pelo Tribunal de Contas. A intervenção *forte* refere-se, portanto, à atuação que pode ser desenvolvida pela Corte diante de uma omissão do administrador público, que deveria agir no sentido de dar concreção ao mínimo existencial em educação, objetivamente definido na Constituição e na legislação correlata, ou apresentado justificativas consistentes.

De igual modo observa-se quanto à economicidade. A opção por políticas públicas, ainda que aparentemente “legais”, mas francamente antieconômicas, que comprometam o orçamento público, num ambiente onde o mínimo existencial em

⁸⁷³ Na questão da análise das escolhas realizadas pelo Executivo é necessária muita cautela. É lugar-comum afirmar que gastos com propaganda ou atividades festivas seriam de menor relevância diante de outros constitucionalmente prioritários, a exemplo da saúde e educação básicas. Entretanto, em casos específicos, seria possível questionar tal relação. Seria razoável, numa cidade turística e cuja economia depende de determinadas atrações para o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, da preservação da arrecadação tributária, defender de forma intransigente a suspensão dos gastos com festividades tradicionais? Um exemplo que nos ocorre é o do *réveillon* de Copacabana e a crise instalada no Estado do Rio de Janeiro, ou ainda o Natal em Gramado e a grave crise do Estado do Rio Grande do Sul. Nesses contextos, seria prudente defender de forma inexorável o cancelamento dessas festividades ou tal avaliação de custo benefício seria mais bem encarada pelos poderes públicos, levando em conta o potencial retorno econômico para o próprio ente federativo? A resposta deve ocorrer caso a caso, mas sempre a partir de uma fundamentação consistente. Quanto maior o grau de incerteza acerca da correção da política pública escolhida pelo gestor, menor deve ser a intervenção do controle externo e mais sólido o exame a ser desenvolvido pelo Tribunal, a partir de critérios técnicos e objetivos.

⁸⁷⁴ Furtado lança alguns outros exemplos interessantes de situações de manifesta ilegitimidade: “Imagine-se, por exemplo, que determinada Prefeitura construiu uma rodoviária que ficou na contramão para a coletividade, caindo em abandono por causa do desuso. É claro que essa obra é ilegítima. Lembre-se, também, do estádio de futebol, suntuoso e colossal, que consumiu capital fabuloso e tem elevado custo de manutenção, mas absolutamente desproporcional ao que se pratica naquela praça esportiva. E os imemoriáveis memoriais, que se destinam a manter vivas a vida e a obra de personalidades célebres, mas que só funcionam no dia da inauguração. O povo censura e desaprova esses desperdícios, intitulado-os de elefantes brancos ou obras faraônicas. Esses exemplos ficam ainda mais robustos quando os respectivos cenários são acrescidos de *necessidades básicas insatisfeitas*, tais como: sistema de saúde ineficiente, *educação fundamental precária*, falta de saneamento básico, ausência de segurança pública, carência de moradia e marginalidade social”. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007, p. 42, grifo nosso; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 554-555, grifo nosso). Fernandes, por sua vez, ilustra a questão com outro exemplo: “Desse modo, não é legítimo o uso de recurso público que não vise à preservação do elemento intrínseco à origem, ou seja, que não emprega a *finalidade pública*. É o caso do gasto feito por um órgão em coquetel para o qual está prevista dotação orçamentária: *legal, mas não legítimo*. Diversamente, se o mesmo ocorre numa embaixada, que tem em sua natureza atividade de representação, o fato pode ser legítimo”. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 748-749, grifo nosso). Bastos também aponta situações que, embora regulares do ponto de vista legal, não seriam legítimas, como os gastos excessivos com atividades de representação, cerimônias festivas e gastos suntuosos, que no regime constitucional anterior não encontravam meios para reparação. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 150.).

educação não logrou alcançar a concretude exigida pela Constituição, não parece estar ao alcance do gestor. Mais do que isso, estas devem pautar a análise do controle externo por ocasião do julgamento de contas – e da emissão de parecer prévio –, sempre com a observância do contraditório e da ampla defesa, ouvindo e levando em conta a justificativa apresentada pelo administrador, e, ao final, decidindo a partir de *argumentos técnicos e objetivos*, sem espaço para o voluntarismo.

Apenas para ilustrar de forma concreta, não parece compatível com a Constituição, sob a perspectiva da economicidade, no mesmo cenário fático acima descrito, um Município pequeno, com severas restrições orçamentárias, vir a adquirir uma enorme frota de veículos, gerando elevados custos com a contratação de motoristas e de combustível, para atender a determinados cargos de alto escalão, ou, ainda, contratar, em valores substanciais, coquetel de luxo para a recepção de convidados pela administração municipal, sem justificativas sólidas e em detrimento da viabilização do acesso das crianças da municipalidade ao ensino infantil.

À vista dessas razões, compreende-se que a legalidade, a legitimidade e a economicidade são parâmetros gerais do controle externo, equivalentes entre si, sendo descabida a interpretação tendente a conferir à legalidade um *status* superior, sem amparo algum no texto constitucional.

5.2.2 Os possíveis objetos de controle: contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial

Conforme apresentado anteriormente, também é recorrente na doutrina de viés mais restritivo a proposta de limitar o alcance das competências do art. 71 da Constituição em relação ao escopo ou objeto do controle externo. Embora o art. 70, *caput*, do texto constitucional, preveja, sem distinções, que a fiscalização exercida mediante controle externo possa recair sobre os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, há quem defenda que o exame operacional seria restrito a determinadas competências.⁸⁷⁵

⁸⁷⁵ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 160-161.

De igual forma como demonstrado em relação aos parâmetros gerais de controle, não se justifica, à luz da Constituição, restringir o escopo da competência de *juízo* às questões contábeis, financeira, orçamentária e patrimonial, excluindo as matérias operacionais, diante da clareza do referido art. 70, *caput*, da Constituição, que as equipara, e da ausência de qualquer limitação no art. 70, inc. II, da CR. Por essas razões, também podemos assentar não existir a limitação de escopo por ocasião do exercício da competência para aplicar *sanções*, prevista no inc. VIII, e para *assinar prazo e sustar atos*, disposta nos incisos IX e X, todos do art. 71 da CR, análise aprofundada mais adiante.

O legislador ordinário atuou, portanto, em consonância com o texto constitucional ao dispor que as contas poderão ser jugadas irregulares se comprovada a prática de ato de gestão ilegal, *ilegítimo, antieconômico*, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza *contábil, financeira, orçamentária, operacional* ou *patrimonial* (art. 16, inc. III, “b”, LO/TCU).

É preciso registrar que a inexistência de uma tradição anterior de julgamento que abrangesse o caráter operacional – outro argumento invocado para impedir o exame operacional em sede de julgamento de contas – deve-se ao fato de que tal previsão na Constituição foi uma das grandes novidades trazidas pelo Constituinte de 1988, ao lado da previsão dos novos parâmetros de legitimidade e de economicidade, certamente motivada pelo propósito de tornar o controle externo menos formalista e mais efetivo. A análise de legitimidade e de economicidade, ao lado da fiscalização operacional, permite uma atuação mais direta sobre o resultado esperado pela sociedade em relação às políticas públicas implementadas pelo poder público, que nada mais são do que instrumentos necessários à concretização dos direitos fundamentais.

Conforme mencionado anteriormente, a auditoria operacional, a cargo dos Tribunais de Contas, é voltada mais ao exame da economicidade, da eficiência e da efetividade da atuação governamental, por meio de empreendimentos, sistemas, operações, atividade ou organizações, do que a um exame de legalidade ou de conformidade. Nesse tipo de análise, o resultado alcançado pela administração pública recebe maior atenção do que o exame do atendimento à legalidade estrita. Em regra, o resultado dessa avaliação enseja a emissão de *recomendações*, a serem acolhidas pela administração pública ou recusadas justificadamente.⁸⁷⁶ Não obstante, eventualmente, é

⁸⁷⁶ O TCU já decidiu que “medidas afetas à discricionariedade do gestor ou que impõem ao órgão público obrigações não previstas na legislação não podem ser objeto de *determinação* do TCU, e sim de *recomendação*”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 600/2019*. Processo

possível identificar em sede de auditorias operacionais achados relevantes que correspondam a ilegalidades graves, passíveis de diversas medidas pelo Tribunal, seja em sede de julgamento ou de emissão de parecer prévio, como para a emissão de comandos ou aplicação de sanções.

Em especial no que se refere à *educação básica*, é possível verificar em sede de fiscalização *operacional* falhas que comprometam o desempenho do ente nessa seara e o Tribunal poderá emitir recomendações no sentido do aperfeiçoamento da gestão. Além disso, não se pode afastar, de plano, a possibilidade de a Corte vir a identificar, nesses casos, ilegalidades graves, como a prestação do serviço em desatendimento às normas específicas pertinentes ao transporte escolar, comprometendo a segurança dos alunos, a ensejar uma atuação *forte* da Corte.⁸⁷⁷

A atuação *forte* do Tribunal de Contas permite, portanto, nos casos relacionados ao mínimo existencial em educação, ainda que em sede de fiscalização *operacional*, utilizar os respectivos achados para subsidiar o julgamento de contas, a emissão de pareceres prévios, a aplicação de sanções ou a determinação de condutas.

006.615/2016-3. Relator: Min. Augusto Nardes, 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A600%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 1 maio 2019. Grifo nosso). Todavia, embora não sejam de cumprimento obrigatório, as recomendações não podem ser ignoradas pelo administrador, que tem o dever de justificar eventual discordância. Neste sentido, o TCU já decidiu: “As *determinações* do TCU são de cumprimento *obrigatório* por parte dos responsáveis, e o atraso em seu cumprimento, ou descumprimento, devem ser justificados e comunicados à Corte de Contas, sob pena de responsabilização. As *recomendações* do TCU, embora não sejam de cumprimento obrigatório, *não podem ser desconsideradas* pelo gestor, sem justificativas adequadas, sob pena de responsabilização”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1171/2014*. Relator: Min. Augusto Sherman, 7 de maio de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2014/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuid=ba57bf80-757f-11e9-afda-77c696486dee>. Acesso em: 1 maio 2019. Grifo nosso).

⁸⁷⁷ O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em auditoria operacional realizada no serviço de transporte escolar em 15 (quinze) municípios cearenses, listou uma série de *recomendações*, no sentido da melhoria da gestão, como a realização de estudos técnicos para fundamentar o planejamento de ações com base no custo do aluno transportado por rota, como também *determinações* para que atendam às normas de segurança no transporte escolar, exijam condutores habilitados e que realizem curso específico para o transporte escolar, conforme determina o Código de Trânsito Brasileiro (CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado. *Relatório de Auditoria Operacional no Transporte Escolar*. Fortaleza, CE, 23 dez. 2015. <https://www.tce.ce.gov.br/downloads/Jurisdicionado/Fiscalizacao_Control/Auditoria_Operacional/1-FUNCAO-EDUCACAO-1_3-TRANSPORTE_ESCOLAR-AUD201500022015053050.pdf>. Acesso em 1 maio 2019).

5.2.3 O alcance da competência para aplicar sanções

Conforme já mencionamos, a limitação da aplicação de sanções apenas ao controle de legalidade, nos termos defendidos pela doutrina restritiva, afastando a possibilidade de multa em caso de atos manifestamente ilegítimos ou antieconômicos, soa em descompasso com o texto constitucional. A *Lei Orgânica do TCU* prevê expressamente a possibilidade de aplicação de *multa* em caso de ato de gestão *ilegítimo* ou *antieconômico* de que resulte injustificado dano ao erário (art. 58, inc. III, LO/TCU). Há casos em que, embora haja uma aparência de legalidade, no aspecto formal, o ato fiscalizado é evidentemente contrário à economicidade ou à legitimidade. Como bem assevera Speck, “nem todas as gestões legais poderão ser enquadradas como legítimas e morais, no sentido de atender ao bem público”.⁸⁷⁸

Acerta Bugarin ao defender que o ato *legal*, mas *antieconômico* ou *ilegítimo*, merece reprovação e aplicação das sanções *legais* aos responsáveis, noticiando decisão do TCU em que, apesar de constatada a legalidade do procedimento licitatório, foi aplicada multa aos responsáveis em razão de a proposta vencedora, por menor preço, conter preços acima dos verificados no mercado.⁸⁷⁹

Nem sempre a legislação descreverá uma conduta específica, de forma literal, como hipótese de violação à economicidade, de modo que a qualificação, pela *Lei Orgânica do TCU*, dos atos de gestão *antieconômicos* ou *ilegítimos*, em geral, como sendo ilícitos é suficiente, a nosso sentir, para ensejar a aplicação da sanção *legal* – no caso, a multa – em casos de *manifesta* antieconomicidade ou ilegitimidade, não sendo necessário exigir outra previsão, *em lei*, para permitir a punição do responsável nessas hipóteses.

Outro aspecto importante deve ser considerado. A previsão do art. 71, inc. VIII, da Constituição, não se apresenta como uma limitação da competência sancionatória dos Tribunais de Contas, mas apenas a *explicitação* desse poder – de aplicar sanções – nos casos de despesas ilegais ou irregularidade de contas, sem prejuízo da cominação de outras sanções, estabelecidas a partir de outros suportes fáticos, desde que previstas em lei. Interpretar o referido enunciado de forma estrita tornaria inconstitucionais diversos

⁸⁷⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 77-78.

⁸⁷⁹ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência dos Tribunais de Contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 184.

instrumentos essenciais para a efetividade do controle externo, limitando o pleno exercício dessa função constitucional.

A sanção de declaração de inidoneidade, por exemplo, prevê em seu suporte fático “a ocorrência de fraude comprovada à licitação” (art. 46, LO/TCU), que comporta inúmeras situações, não necessariamente relacionadas a uma despesa ilegal ou a contas irregulares.⁸⁸⁰ Importante destacar que essa penalidade já teve a constitucionalidade reconhecida no âmbito do STF, que admitiu a possibilidade de a lei prever sanções aplicáveis pelos Tribunais de Contas além das hipóteses previstas no art. 70, inc. VIII, da Constituição.⁸⁸¹

Outro caso consiste na previsão de aplicação de multa pela sonegação de processo, documento ou informação ao Tribunal, por ocasião de inspeções e auditorias (art. 58, inc. VI, LO/TCU). Faria sentido a Constituição prever a competência da Corte para 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 também em outras entidades, nos termos de seu art. 71, inc. IV, sem fornecer os instrumentos necessários à obtenção dos dados imprescindíveis a essa análise? Entende-se que não. E aqui também não se trata de penalidade relacionada à despesa ilegal ou a irregularidade de contas, mas de medida sancionatória *instrumental* essencial ao desenvolvimento das competências do Tribunal.⁸⁸²

Nesse sentido, a Lei Orgânica andou bem ao prever que nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou

⁸⁸⁰ Num caso concreto, o TCU, acertadamente, declarou a inidoneidade de empresa que havia feito declaração falsa para participar de licitação como empresa de pequeno porte. A Corte entendeu que basta, para aplicar a penalidade, a mera participação no certame, não sendo necessário obter a vantagem pretendida, fato esse que deve ser considerado para fins de dosimetria da pena. O certame chegou a ser suspenso, mas posteriormente teve a medida cautelar revogada, sem que chegasse a ocorrer uma despesa ilegal ou contas irregulares. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1677/2018*. Processo 028.597/2017-6. Relator: Min. Augusto Nardes, 25 de julho de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1677%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

⁸⁸¹ “É constitucional o art. 46 da Lei 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no mandado de segurança nº 30.788*. Relator para acórdão: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 ago. 2015. Ementa).

⁸⁸² Em Portugal, cuja Constituição, assim como a brasileira, não prevê expressamente a aplicação de multa nesses casos, a LOP/TCP definiu como infrações, passíveis de multa, a falta injustificada de prestação de informações pedidas, de remessa de documentos solicitados ou de comparência para a prestação de declarações; e a falta injustificada da colaboração devida ao Tribunal (art. 66, nº 1, “c” e “d”, LOP/TCP).

auditorias, sob qualquer pretexto (art. 42, LO/TCU), sob pena de comunicação ao superior do responsável pela sonegação e multa (art. 42, §§ 1º e 2º, LO/TCU). Além disso, a Corte poderá determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção (art. 44, LO/TCU).

Um último exemplo de multa dissociada dos casos de contas irregulares e despesas ilegais consiste naquelas hipóteses do art. 5º da Lei nº 10.028, de 2000. Essa Lei teve o importante papel de dotar de coercibilidade as disposições da LRF, estabelecendo tanto hipóteses penais quanto penalidades pecuniárias, essas aplicáveis pelos Tribunais de Contas. Não se discute a relevância da divulgação e do envio do relatório de gestão fiscal ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas para fins de controle concomitante da gestão, tampouco a indicação das metas fiscais na Lei de Diretrizes Orçamentárias. O descumprimento desses deveres enseja a aplicação de multa de responsabilidade pessoal do agente causador. Entretanto, não correspondem, necessariamente, a casos de despesas ilegais ou contas irregulares.

Deve-se reconhecer, ainda, que desde a sua origem o Tribunal de Contas dispõe de competência para aplicar sanções pecuniárias, independentemente de previsão constitucional expressa.⁸⁸³ O argumento da ausência de norma constitucional jamais

⁸⁸³ A Constituição de 1891 se limitava a dispor: “Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença”. O Decreto nº 1.166, de 1892, por sua vez, previa: “Art. 31. Compete ao Tribunal, na tomada de contas dos responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República: [...] § 4º Impôr *multas* aos responsáveis que não apresentarem as contas, ou os livros e documentos de sua gestão, nos prazos que lhes houverem sido marcados, quando não o tiverem feito nos prescriptos nas leis, regulamentos, instruções e ordens em vigor” (grifo nosso). O referido Decreto-lei previa, inclusive, a competência do Tribunal para propor a *prisão* dos responsáveis remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo, nos prazos previstos em lei, regulamento, instruções ou qualquer outro ato, além de promover contra eles e fiadores sequestros, nos termos do art. 31, § 3º. (BRASIL. *Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892*. Dá regulamento para execução da lei nº 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=391356&id=14446208&idBinar=15631169&mime=application/rtf>>. Acesso em: 8 dez. 2018). Sob a égide do regime constitucional anterior a 1988 (Constituição de 1967 e EC nº 1, de 1969), que também não previa a competência sancionatória dos Tribunais de Contas, o Decreto-lei nº 199, de 1967 dispunha: “Art. 51. O Tribunal de Contas fixará prazo para conclusão dos expedientes necessários à aplicação das penas referidas no art. 49. Parágrafo único. Aos servidores que deixarem de observar ou prejudicarem a observância do disposto neste artigo, além das penas disciplinares aplicáveis pelas autoridades administrativas de que dependem, imporá o Tribunal de Contas *multa* de até 50% (cinquenta por cento) de seus vencimentos mensais. [...] Art. 53. As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira, sujeitarão seus autores a *multa* não superior a 10 (dez) vezes o valor do maior salário-mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis. Parágrafo único. A *multa* de que trata o presente artigo será, à vista da comunicação feita pelo Tribunal, imposta pela autoridade administrativa que, não atendendo a esta disposição, ficará sujeita às penas disciplinares e à multa referidas no

serviu de empecilho para a possibilidade de instituição de sanções por lei. Está ao alcance do Tribunal de Contas, portanto, a aplicação de outras penalidades para além daquelas situações expressas no texto constitucional, desde que previstas em lei e que estejam em consonância com as atividades exercidas pela Corte.⁸⁸⁴

Ademais, como visto, não se vislumbra, em princípio, impedimento constitucional total à aplicação de penalidades em sede de qualquer uma das fiscalizações atribuídas ao TCU, inclusive os casos de auditorias operacionais, sem se restringir às matérias tidas como financeiras em sentido amplo, como defende a doutrina de viés restritivo. Conforme já citado anteriormente, a LO/TCU prevê multa instrumental específica para esses casos do art. 58, inc. VI (“sonegação de processo, documento ou informação ou em caso de obstrução ao livre exercício de *inspeções e auditorias*”). Entender de modo contrário seria admitir que a competência para realizar auditorias e inspeções depende da aquiescência do administrador, que poderia recusar-se a ser alvo da fiscalização. Trata-se, aqui, da violação de um *dever de colaboração*, semelhante ao instituído em Portugal e punível com multa, nos termos do (art. 66, n° 1, “c” e “d”, LOP/TCP).⁸⁸⁵

Por outra via, a solução proposta por Pelegrini,⁸⁸⁶ no sentido de a Corte solicitar ao órgão a aplicação de multa ao agente recalcitrante, que nega o envio de documentos ou obstrui a fiscalização, não parece adequada por enfraquecer demasiadamente o poder de fiscalização do Tribunal, que passaria a depender da coerção do próprio órgão fiscalizado para viabilizar a sua atuação, além de praticamente inviabilizar algum resultado prático útil quando o agente responsável pelo ilícito for o responsável maior pelo órgão ou ente (v.g. prefeitos). Nesse sentido, o STF já entendeu não ser possível que as decisões dos Tribunais de Contas não possuam teor de coercibilidade.⁸⁸⁷

parágrafo único do art. 51”. (BRASIL. *Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0199.htm>. Acesso em: 8 dez. 2018, grifo nosso).

⁸⁸⁴ No mais, as considerações antes tecidas quanto à legalidade no direito administrativo sancionador são inteiramente aplicáveis em relação à competência sancionatória dos TCs, cf. seção 5.2.1.

⁸⁸⁵ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 454.

⁸⁸⁶ PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas*: contornos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 119-129, 225.

⁸⁸⁷ “Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das cortes de contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos tribunais de contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal”.

Além disso, é possível a aplicação de multas em sede de auditorias não apenas pela quebra do dever de colaboração do ente ou órgão auditado, mas também quando se verifica a ocorrência de alguma outra *ilegalidade* relativa à própria gestão. Conforme leciona Costa, a partir da experiência portuguesa, caso se observe a violação da legalidade financeira, em sede de *auditoria*, os responsáveis devem ser identificados e recolhidos os elementos probatórios necessários ao seu *juízo*.⁸⁸⁸ Para o autor, que trata da temática à luz das peculiaridades do sistema português, “[...] os relatórios de auditoria constituem uma peça fundamental do processo para efetivação de responsabilidades financeiras, representando uma importante especificidade deste tipo de processos”.⁸⁸⁹ Não se pode, portanto, impedir a atuação sancionatória do Tribunal de Contas quando diante de alguma ilegalidade, independentemente da sede onde se identificar o ilícito.

Ainda sob a experiência lusitana, Serra noticia que, no decurso de ações de *auditoria*, caso sejam detectados indícios de erros, irregularidades ou infrações, é dever do auditor realizar as diligências necessárias à obtenção de provas, que são consideradas suficientes e adequadas para a utilização pela função jurisdicional.⁸⁹⁰

No mesmo sentido, Cunda assinala, em relação às consequências quanto às inconformidades identificadas em sede de auditoria operacional, a possibilidade de emissão não apenas de recomendações, mas também de determinações e *sanções*, nos casos de descumprimento do plano de ação firmado, bem como de desatendimento às recomendações e determinações prolatadas na respectiva decisão. A autora admite, nesses casos, a aplicação de *multas* e a repercussão dos fatos no *juízo* das contas dos gestores responsáveis.⁸⁹¹

Zymler pontua que os processos de fiscalização não têm, em princípio, caráter contencioso, mas passam a tê-lo quando, nos termos do inciso II do art. 43 da LO/TCU determina-se a audiência do responsável para apresentar justificativas quanto a irregularidades de atos administrativos nos aspectos da legitimidade e da economicidade. Com efeito, “nessa hipótese, busca o TCU avaliar a conduta do agente público, podendo

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 190.985. Relator: Min. Néri da Silveira, 14 de fevereiro de 1996. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 24 ago. 2001. Ementa).

⁸⁸⁸ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 448.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 455-456.

⁸⁹⁰ SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controlo Financeiro Público e Responsabilidade Financeira*. 2015. 110f. Relatório Profissional (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 96.

⁸⁹¹ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controlo de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 199.

aplicar-lhe as *penas* previstas na Lei nº 8.443/92”.⁸⁹² Como bem assevera o autor, não há violação ao contraditório nem à ampla defesa, pois tais princípios passam a informar os processos de fiscalização nesses casos.⁸⁹³

Quanto ao argumento da aplicação do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição, como norte para a previsão das multas por lei, remete-se à análise anterior realizada acerca das diferenças entre a legalidade na seara penal e no âmbito do direito administrativo sancionador.

Em termos práticos, relacionados ao controle do mínimo existencial em educação, uma intervenção *forte* do Tribunal permitiria a aplicação de multas pela prática de ato praticado em violação à norma de natureza operacional ou por ato de gestão ilegítimo ou econômico praticado pelo gestor que resulte em dano injustificado ao erário. Para a configuração de tais situações, mormente por se tratar de aplicação de sanção, a *conduta esperada* do gestor e a *respectiva violação* – seja por omissão, seja pela prática de uma conduta diversa da esperada – devem estar devidamente delineadas.

Poderão ocorrer situações em que a conduta esperada era evidente e a violação, manifesta. Noutros casos, a conduta esperada poderá ser fruto de uma atuação prévia do órgão de controle externo, e o seu descumprimento observado gradualmente. Nesse sentido, a LO/TCU estabelece a possibilidade de aplicar multa em caso do não atendimento, sem causa justificada, a decisão do Tribunal, ou em reincidência no descumprimento de determinação da Corte (arts. 71, inc. IV e VII, LO/TCU), de forma semelhante como ocorre em Portugal, onde o não acatamento reiterado e injustificado das *injunções* e das *recomendações* do Tribunal de Contas, após a reforma de 1997, passou a ser tipificado como infração financeira, passível de multa.⁸⁹⁴

⁸⁹² ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996*: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 170, grifo nosso. Cf., ainda: “Tal fato atesta o *caráter subsidiário e acessório* dos *processos de fiscalização* em relação aos processos de contas. Dessa forma, autorizada a realização de *inspeção* ou *auditoria* (art. 71, incisos IV, V, VI e VII, CF), é formado processo que incorporará o relatório confeccionado pelas unidades técnicas do TCU. *Verificadas eventuais irregularidades*, pode a Corte de Contas, por exemplo, *assinar prazo* para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (inciso IX); *sustar*, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; *representar* ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (inciso XI); e *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 (inciso VIII)”. (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 246, grifo nosso).

⁸⁹³ ZYMLER, op. cit., 1997, p. 169-170, 186-187.

⁸⁹⁴ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 118.

Nessa segunda hipótese, uma atuação *forte* seria admissível em relação ao cumprimento da já citada Meta 1 do PNE, integrante do mínimo existencial, nos termos do exemplo anteriormente apresentado. Caso se verifique a ausência de programas ou ações governamentais, ou falhas na execução desses, em sede de auditoria operacional, implicando o desatendimento de meta objetiva, é possível assinalar prazo ao gestor para que cumpra o disposto na Constituição e na legislação, conforme se verá adiante, exigindo a apresentação de um plano de ação.⁸⁹⁵ Associado a isso, é possível que, num estágio inicial, a Corte faça *recomendações* concretas (sem força coercitiva) caso observe a oportunidade de melhorias, para a viabilização do acesso à educação infantil.⁸⁹⁶ Em seguida, poderá ocorrer o *monitoramento* do programa pela Corte para acompanhar a execução do plano de ação desenvolvido.⁸⁹⁷

Caso, ao final, após o trâmite de todo esse procedimento, verifique-se que a referida meta referente ao mínimo existencial em educação não foi atendida, estagnou ou, até, regrediu, não apresentando o administrador qualquer justificativa concreta, nem havendo adotado qualquer providência no sentido de tentar promover melhorias, vislumbra-se a possibilidade de serem aplicadas sanções ao gestor.⁸⁹⁸

Merece destaque que as metas a serem alcançadas não foram definidas pelo Tribunal de Contas, mas pela própria Constituição e, no caso, pelo PNE. Tampouco a forma de atuação, no sentido da escolha das políticas públicas adequadas ao alcance das metas, foi *determinada* pelo Tribunal. A Corte apenas analisa o cumprimento das metas e *recomenda* melhorias no sentido do aperfeiçoamento da gestão. A função sancionatória é exercida somente nos casos de recusa do gestor à adoção de *qualquer* medida no sentido de alcançar a meta relacionada ao mínimo existencial em educação, não necessariamente

⁸⁹⁵ “Art. 4º A determinação para elaboração e apresentação de *plano de ação*, conforme modelos do Anexo I, exigirá que sejam especificados pela unidade jurisdicionada, no mínimo: I - as ações a serem adotadas para tratamento dos problemas identificados; II - os responsáveis pelas ações; III - os prazos para implementação”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 265, de 9 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a expedição e o monitoramento de deliberações que tratam de determinações, recomendações e de ciência a unidades jurisdicionadas, no âmbito do Tribunal de Contas da União. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 17 dez. 2014, grifo nosso).

⁸⁹⁶ RI/TCU: “Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: [...] III – *recomendará* a adoção de providências quando verificadas oportunidades de *melhoria de desempenho*, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações; [...]” (grifo nosso).

⁸⁹⁷ RI/TCU: “Art. 243. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos”.

⁸⁹⁸ Numa fase anterior, também se vislumbra a possibilidade de aplicar sanção caso o gestor se recuse a cumprir a determinação de apresentar (algum) plano de ação com a finalidade de solucionar o *déficit* de cumprimento do mínimo existencial, com fundamento nos arts. 71, inc. IX, e 58, inc. IV, da LO/TCU.

aquela recomendada, mas alguma atuação concreta voltada ao cumprimento de seu dever de promoção do direito fundamental em jogo.⁸⁹⁹

Nesse sentido, com Iocken, a atuação do Tribunal de Contas ao exercer um controle sobre políticas públicas deve, numa fase inicial, ter caráter orientador, pois uma postura de cunho sancionatório imediato poderia conduzir a um déficit de legitimidade ao desconsiderar as imprevisibilidades e indeterminações no percurso da ação pública. Com isso não defende que as decisões da Corte sejam desprovidas de natureza sancionatória, mas apenas que ocupam, numa fase inicial, um papel secundário. Com efeito, assinala que na *etapa final* do ciclo da política pública o controle deve ser exercido nos moldes da fiscalização típica dos Tribunais de Contas, por meio de decisões de natureza *sancionatória* e ensejadoras da aplicação de multas ou imputação de débito, submetendo-se à carga valorativa decorrente das diretrizes constitucionais.⁹⁰⁰

A intervenção *forte* do Tribunal de Contas, por ocasião do controle sobre a concretização do mínimo existencial em educação, autoriza a utilização de sua competência sancionatória inclusive em sede de fiscalização operacional, não existindo qualquer inconstitucionalidade na previsão, em lei, de sanção decorrente da prática de ato ilegítimo ou antieconômico.

⁸⁹⁹ Conforme destacado anteriormente, no âmbito do TCU as medidas afetas à discricionariedade do gestor ou que impõem ao órgão público obrigações não previstas na legislação não podem ser objeto de *determinação*, mas sim de *recomendação*. Sem embargo, embora não sejam de cumprimento obrigatório, as *recomendações* não podem ser ignoradas pelo administrador, que tem o dever de justificar eventual discordância, sob pena de responsabilização. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 600/2019*. Processo 006.615/2016-3. Relator: Min. Augusto Nardes, 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A600%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 1 maio 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1171/2014*. Relator: Min. Augusto Sherman, 7 de maio de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2014/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuid=ba57bf80-757f-11e9-afda-77c696486dee>. Acesso em: 1 maio 2019).

⁹⁰⁰ IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 101-105.

5.2.4 O alcance da competência para determinar a prática de condutas (assinar prazo) e sustar atos

O texto constitucional, nos incisos IX e X do art. 71, abre caminho para o Tribunal de Contas facultar ao órgão ou entidade a correção de ilegalidades, sob pena de sustar o ato praticado. A rigor, nessas hipóteses o Tribunal possui um poder de comando que lhe permite exigir uma determinada conduta – necessária ao exato cumprimento da lei – em caso de ilegalidade, sob pena de sustar diretamente a prática do ato. Aqui o parâmetro é, em princípio, mais estrito, pois a Constituição refere-se apenas à legalidade e não à legitimidade ou economicidade.

Não obstante, é necessário relembrar que a legalidade, atualmente, abrange a noção de *juridicidade*, já analisada anteriormente, não sendo possível afastar, de plano, a incidência da Constituição e a normatividade de seus princípios. Com efeito, embora se reduza consideravelmente o parâmetro de controle nesses casos – pois afastados os critérios da legitimidade e da economicidade –, ainda assim não se cogita negar a aplicação, por exemplo, aos princípios gerais da administração pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Em relação ao parâmetro da economicidade, em especial, cumpre destacar que a própria legislação incorpora, em muitos casos, o dever de o gestor observar seus preceitos, de modo que a separação estrita entre o parâmetro de economicidade e o da legalidade não é tão simples como pode parecer.⁹⁰¹

Pode-se depreender dos referidos enunciados, portanto, uma menor margem de apreciação por parte do Tribunal, que deve se valer de uma argumentação jurídica mais *consistente* ao exigir do administrador uma determinada conduta (assinar prazo) e, se for o caso, sustar o ato. No caso de normas da espécie regra, as violações costumam ser mais evidentes.⁹⁰² Não se pode, contudo, descartar por completo a possibilidade de, a partir de normas da espécie princípio, extrair também comandos que fundamentem o exercício de

⁹⁰¹ Barcellos faz a pertinente observação: “[...] ainda que aparentemente ‘legal’, um contrato administrativo poderá ser viciado caso preveja valores muitíssimos superiores aos praticados pelo mercado para bens ou serviços, ensejando revisão: a rigor, a própria legislação trata dessa situação para o fim de coibi-la, de modo que, em determinadas circunstâncias, a violação da economicidade será, em última análise, uma ilegalidade”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312). Sem querer exaurir a temática, analisando apenas a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), podem-se inferir diversos enunciados que remontam à noção de economicidade, tais como os artigos 12, inc. III; 15 inc. IV e V, § 1º; 23; §§ 1º e 7º; 24, inc. VII, VIII, X, XX, XXIII, XXIX e XXXIV; 26, parágrafo único, inc. III; 43; 48, II; 57, II; 96, I; e 120.

⁹⁰² Conforme mencionado anteriormente, neste trabalho adota-se a distinção entre princípios e regras defendida por Alexy, cf. nota de rodapé nº 475.

tais competências pelo Tribunal de Contas.⁹⁰³ Daí a relevância dos deveres específicos de fundamentação decorrentes dos arts. 20 da LINDB e 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), anteriormente mencionados.

Além da questão dos princípios, há os casos de violação direta a regras da Constituição. Não nos parece razoável afirmar que inexistam, de plano, competência para o TCU assinar prazo para fins de adoção da providência necessária ao cumprimento do texto constitucional, que pela sua característica analítica disciplinou matérias que, em outros ordenamentos jurídicos, são regulamentadas por lei.

O descumprimento da regra jurídica não deixa de ser uma ilegalidade apenas por se tratar de norma oriunda diretamente da Constituição. Tampouco faz sentido conferir a ela uma proteção menor, impedindo um controle pelos Tribunais de Contas, somente por seu *status* constitucional, mormente quando se trata de regra cujo descumprimento enseja, na perspectiva do ordenamento jurídico como um todo, as mais diversas e duras hipóteses de punição. Não nos parece em harmonia com o sistema, em casos que tais, cuja temática é tão cara ao Constituinte e ao legislador ordinário, enxergar uma vedação à atuação do controle externo sobre o cumprimento de normas constitucionais.

Outro importante aspecto a ser analisado corresponde à (in)existência de óbice constitucional ao exercício das competências de assinar prazo (art. 71, inc. IX, CR) ou sustar ato (art. 71, inc. X, CR) em sede de auditorias *operacionais*. Os relevantes instrumentos das auditorias e inspeções permitem ao Tribunal de Contas atuar de ofício (art. 71, inc. IV, CR), independentemente de tomar conhecimento dos fatos a serem apurados em sede de prestação de contas, denúncias, representações ou no exame de atos para fins de registro. O fato de se tratar de uma auditoria de conformidade / legalidade ou

⁹⁰³ Um exemplo de atuação de órgão de controle externo que resultou na emissão de uma determinação dirigida à administração, fundada apenas em princípios constitucionais, ocorreu no caso do nepotismo. A sua vedação não encontra previsão em lei alguma, mas decorreu da interpretação dos princípios do art. 37 da Constituição, sendo inicialmente aplicada apenas no âmbito do Poder Judiciário, por regulamentação infralegal, oriunda do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 7/2005 do CNJ). Em seguida, por decisão judicial, passou a ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todos os Poderes, em todas as esferas de governo (Súmula Vinculante nº 13). Nesse caso, se as deliberações do CNJ e do STF não tivessem ocorrido, seria vedado aos TCs determinar o cumprimento da regra do nepotismo, caso identificado algum caso no exercício de suas atividades? Assim como o CNJ tratou da questão, os Tribunais de Contas poderiam ter agido de igual forma. Confira-se, dentre os precedentes representativos da referida súmula, este: “I — Embora restrita ao âmbito do Judiciário a *Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça*, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II — A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III — Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF/1988”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 579.951. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de agosto de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 24 out. 2008, grifo nosso).

operacional é irrelevante, à luz da Constituição, para definir se a Corte poderá exercer seu papel sancionatório ou seu poder de comando.⁹⁰⁴

Embora as auditorias operacionais não tenham, em princípio, um viés punitivo, caso o Tribunal se depare com uma situação de ilegalidade que permita – ou exija – um controle mais rígido, assim deverá fazê-lo. Entendimento contrário apenas obrigaria o Tribunal a levar os fatos apurados em sede operacional para análise em outra auditoria, por iniciativa própria, mas agora pautada pela legalidade, ou, talvez, dar conhecimento dos fatos ao Ministério Público de Contas, para que, assim entendendo, este dê início à “jurisdição direta” por meio de representação.⁹⁰⁵

A questão que se coloca, portanto, não é a da natureza da auditoria em questão – se de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial –, mas se o juízo a ser exercido pelo Tribunal de Contas será compatível com suas atribuições constitucionais, com seu papel de órgão controlador de índole técnica – e não política –, pautado por critérios científicos, objetivos, e se respeita o livre espaço de atuação das autoridades legitimadas democraticamente para as escolhas inerentes às políticas públicas a seu cargo.

Se analisada pela perspectiva histórica, a atribuição para assinar prazo para corrigir irregularidades e adotar providências ao exato cumprimento da lei, bem como para sustar atos (diretamente) e contratos (por intermédio do Congresso Nacional), era autorizada expressamente pela Constituição 1967 e pela EC nº 1/1969, para os casos de ilegalidades identificadas tanto *de ofício*, quanto por *provocação* do Ministério Público ou das *auditorias* financeiras e orçamentárias (art. 73, § 5º, CR/1967, “a”; art. 72, § 5º, “a”, CR/1969).

A Constituição de 1988 em nada limitou a atribuição para assinar prazo ou para sustar atos apurados em sede de auditorias ou inspeções, dispondo sobre tais instrumentos num rol único e sem nenhuma relação expressa de prejudicialidade ou limitação (art. 71, CR). Atribuir restrições onde a própria Constituição não as inseriu, além de contrariar a

⁹⁰⁴ Iocken relata discussão acerca dos desdobramentos das auditorias operacionais, quanto à (im)possibilidade de separar as atividades de fiscalização, sanção e auditoria, logo após a promulgação da Constituição e a existência, já naquele instante, de manifestação favorável à possibilidade de, mesmo em sede de uma auditoria operacional, caso se verifique em seu curso a existência de possível dano irreparável ou de grave lesão, o Tribunal vir a determinar a sustação de ato. (IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 68-69).

⁹⁰⁵ ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 169; ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 246.

literalidade do texto, significaria interpretá-lo em desconformidade com o ideal de fortalecimento do controle externo que norteou o Constituinte, para reduzir atribuições que desde 1967/1969 já eram asseguradas como decorrência da mudança da sistemática do controle prévio pela sistemática de auditorias.

No mesmo sentido, Costa destaca, a partir da perspectiva portuguesa, que “se a *legalidade* financeira for violada, devem, *em auditoria*, ser identificados os responsáveis e recolhidos os elementos de prova necessários para o seu *juízo*”.⁹⁰⁶ É dizer, pouco importa se a ilegalidade foi identificada por ocasião do julgamento de contas ou em sede de uma auditoria operacional; a atuação da Corte se impõe nestes casos e aqui não há que se cogitar em *recomendação*, mas em *determinação* para fins de cumprimento da lei, que, caso não atendida, poderá gerar a sustação do ato e a aplicação de sanção pecuniária, independentemente da sede onde a irregularidade fora observada, respeitados, como sempre, o contraditório e a ampla defesa.

Daí o acerto de Costa ao afirmar que em relatórios de auditoria as *recomendações* devem visar apenas à melhoria da gestão financeira e da organização e funcionamento dos serviços, não cabendo formular *recomendações* para que a entidade *auditada* cumpra a lei, pois “um tribunal, mesmo quando não atua sob as vestes jurisdicionais [o autor reconhece que a auditoria não é atividade jurisdicional], *não recomenda* que se cumpra a lei; *impõe* o seu cumprimento”.⁹⁰⁷

No Brasil, essa *imposição* se dá pela sistemática de assinar prazo e, caso não atendido, sustar a execução do ato (art. 71, inc. IX e X, CR). Tais atribuições, conforme dispõe a Lei Orgânica do TCU, podem ocorrer em sede de fiscalização por meio de inspeções e auditorias (arts. 41, inc. II, c/c 38, inc. I; e 43, inc. II, parágrafo único, LO/TCU).⁹⁰⁸ Para a Corte, as medidas afetas à discricionariedade do gestor ou que impõem ao órgão público obrigações não previstas na legislação não podem ser objeto de *determinação*, mas sim de *recomendação*, que não pode ser ignorada pelo administrador.

⁹⁰⁶ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 448, grifo nosso.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 448.

⁹⁰⁸ Cunda, de igual forma, defende, mesmo em sede de auditorias operacionais, a previsão não apenas de *recomendações*, mas também de *determinações*, passíveis de multa e de repercussão no julgamento das contas do gestor, em caso de descumprimento. A autora destaca ser essa a prática adotada no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. (CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 199 e nota de rodapé nº 789).

Caso discorde das diretrizes apontadas pelo Tribunal, o gestor tem o dever de justificar, sob pena de responsabilização.⁹⁰⁹

Com razão os autores que não admitem a substituição das opiniões do administrador pelas do órgão de controle por puro voluntarismo, rejeitando que esse controlador se converta num gestor de segunda ordem ou revisional. A mera discordância de opinião não pode avalizar a imposição de uma concepção pessoal pelo controlador, nem pelo magistrado. Contudo, não é porque se está no contexto de uma auditoria operacional que necessariamente toda e qualquer atuação mais forte da Corte ensejará automaticamente uma invasão do espaço constitucionalmente reservado aos demais atores constitucionais. Nem as auditorias operacionais se baseiam em meras opiniões (ao contrário, diversos exemplos demonstram um exame apurado e consistente da realidade, com parâmetros técnicos e objetivos⁹¹⁰), nem é improvável que se deparem com temáticas

⁹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 600/2019*. Processo 006.615/2016-3. Relator: Min. Augusto Nardes, 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A600%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 1 maio 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1171/2014*. Relator: Min. Augusto Sherman, 7 de maio de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2014/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuid=ba57bf80-757f-11e9-afda-77c696486dee>. Acesso em: 1 maio 2019.

⁹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3001/2016*. Processo TC: 011.884/2016-9. Auditoria Operacional no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES. Relatora: Min. Ana Arraes, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-fundo-de-financiamento-estudantil-fies.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2775/2017*. Processo TC 025.153/2016-1. Relatório de auditoria de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) para avaliar, sob aspectos operacionais, ações governamentais relacionadas ao acesso à educação infantil (Meta 1 do Plano Nacional de Educação), com foco no Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância) e na transferência de recursos financeiros da União para os municípios e o Distrito Federal com a finalidade de prestar apoio financeiro à manutenção de novos estabelecimentos públicos de educação infantil (EI Manutenção). Relatora: Min. Ana Arraes, 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/AC-2775-50%252F17-P/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 jan. 2019; “Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu metodologia específica para acompanhar o PNE 2014-2024 (instituído pela Lei 13.005/2014), averiguando continuamente o desenvolvimento do Plano, o cumprimento das obrigações nele contidas e os resultados alcançados e a alcançar (item 9.5 do Acórdão 528/2015-TCU-Plenário). A metodologia foi aprovada pelos Acórdãos 795 e 2921/2016-TCU Plenário, tendo como premissa a identificação de eventos de risco que possam impactar negativamente a consecução do PNE. A partir da detecção desses riscos, são planejadas as principais ações de controle na área de educação” (1º RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO 2014-2024. *Tribunal de Contas da União*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/1-relatorio-de-acompanhamento-do-plano-nacional-de-educacao-2014-2024.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2019); BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 618/2014*. Processo TC nº 007.081/2013-8. Relator: Min. Valmir Campelo, 19 de março de 2014. Relatório de auditoria coordenada no ensino médio. Disponível em:

que ultrapassam o escopo operacional inicial, até porque a atividade administrativa reúne um plexo de relações que inevitavelmente se comunicam. Embora não fosse o escopo inicial, é possível que uma auditoria operacional se depare com casos de violação à legalidade (no sentido de juridicidade), permitindo o exercício das atribuições dos arts. 71, inc. IX e X, da Constituição.⁹¹¹

O problema se coloca, tanto quanto no Judiciário, muito menos no instrumento utilizado para a atuação do que na decisão em si. Independentemente de se estar num processo individual ou coletivo, concreto ou abstrato – em relação ao Judiciário –, ou em sede de auditorias, inspeções, julgamentos ou emissão de parecer prévio – em relação às Cortes de Contas –, relevante é saber se a atuação do Judiciário ou do Tribunal de Contas, naquele caso específico, ultrapassou os limites da separação dos poderes, configurou um voluntarismo injustificado, que simplesmente sobrepôs a opinião pessoal do juiz ou do controlador sobre a do administrador, ou, ao contrário, se a decisão está inserida nas linhas da repartição constitucional dos poderes, amparada em sólida fundamentação técnica, além de plenamente justificada diante da relevância dos bens constitucionais em jogo. Essas questões, que conduzem à discussão da legitimidade democrática e da legitimidade essencial dos Tribunais de Contas, serão retomadas final, por ocasião do enfrentamento dos possíveis óbices direcionados a uma atuação forte dessas Cortes.

Uma outra questão merece ser enfrentada, até pela relação com o próximo tema (medidas cautelares). É necessário não confundir a possibilidade de emissão de juízos

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A618%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 jan. 2019.

⁹¹¹ Pense-se numa auditoria operacional sobre a prestação do serviço de educação básica numa determinada municipalidade com objetivo de avaliar o desempenho de programas e atividades governamentais relacionadas com a educação básica. Justificou-se a escolha do ente porque, embora as prestações de contas revelassem ao longo dos anos o atendimento dos gastos mínimos constitucionais exigidos em educação, o município passou a apresentar seguidos resultados insatisfatórios em avaliações nacionais de desempenho de seus alunos. A ideia inicial, portanto, era avaliar operacionalmente os programas implantados pela municipalidade e *recomendar* melhorias, a serem adotadas a critério do próprio gestor. Durante os trabalhos, contudo, os auditores de controle externo verificam que os professores estão prestando seus serviços precariamente, há alta rotatividade e o descumprimento expressivo da regra do concurso público, ou, ainda, a partir da verificação *in loco*, verifica-se que diversos gastos declarados ao Tribunal como sendo destinados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino correspondiam, na verdade, a gastos de natureza francamente dissociada da educação, impactando diretamente no alcance do montante mínimo exigido pela Constituição. Em relação às melhorias nos programas de educação, certamente a atuação da Corte deve ocorrer num sentido colaborativo, pedagógico e provocativo do gestor, incentivando melhorias nas políticas públicas, mas sem nenhum viés impositivo ou sancionatório, em princípio. Quanto às claras violações às regras constitucionais do concurso e dos gastos mínimos em educação, ao contrário, permite-se uma atuação diferenciada e, por envolver o mínimo existencial em educação (educação básica), forte, abrangendo determinações (art. 71, IX, CR) e sustar atos (art. 71, X, CR).

cautelares, baseados em cognição sumária e na urgência, com juízos definitivos, lastreados numa cognição exauriente.⁹¹² Por vezes, a fim de evitar um dano iminente, a sustação de um ato não poderá aguardar a realização do contraditório e a oitiva do gestor será necessariamente postergada. Aqui, o ato de *sustação* terá natureza *cautelar*. Se após a manifestação do responsável, realizados o contraditório e a ampla defesa, a Corte verificar a ocorrência de ilegalidade, estar-se-á noutra patamar em termos de cognição a merecer um juízo *definitivo*. Nesses casos, a Corte deverá, ainda, possibilitar ao gestor a correção da ilegalidade, assinando-lhe prazo (art. 71, inc. IX, CR), para, em caso de não vir a ser corrigida, sustar a prática do ato (art. 71, inc. X, CR).

Se se comparam os enunciados referentes à cautelar de afastamento do responsável e a competência para assinar prazo, na LO/TCU, as referidas observações tornam-se mais claras. Na primeira hipótese, a lei exige “indícios suficientes”, enquanto na segunda já há a convicção, pois “verificada a ilegalidade de ato ou contrato” (arts. 44

⁹¹² A menção a juízo definitivo aqui tem o propósito de destacar a diferença em relação ao juízo exercido por ocasião da análise da medida cautelar, a partir de um cenário fático muitas vezes incompleto e sem a oitiva prévia de todos os interessados. A definitividade aqui é relacionada à ideia de decisão final do Tribunal de Contas, após reconstruir todo o cenário fático fiscalizado e possibilitar o contraditório e a ampla defesa aos envolvidos, exprimindo uma convicção final (definitiva no âmbito do TCU) acerca dos fatos fiscalizados. Não se refere, portanto, à definitividade como possibilidade de vir a formar coisa julgada no sentido comumente adotado no processo civil. Tampouco afasta a possibilidade de esse juízo “definitivo” vir a ser modificado posteriormente, em situações peculiares comuns no âmbito dos Tribunais de Contas (como a superação de algumas preclusões em nome do princípio da verdade real), e outras conhecidas no processo civil, como a ação rescisória, que, no TCU, encontra como equivalente o recurso de revisão (art. 35, LO/TCU). Sobre o princípio da verdade real na visão do TCU: “É possível relevar, em caráter excepcional, o não atendimento do prazo decencial para conhecimento de embargos de declaração, com base nos princípios do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado e da verdade real”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2788/2016*. Relator: Min. Augusto Nardes, 1 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/verdade%2520real/%2520/DTR.ELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1/false>>. Acesso em: 21 dez. 2018). Sobre a semelhança entre a ação rescisória do NCPC e o recurso de revisão do TCU: “O recurso de revisão constitui instância excepcional, semelhante à ação rescisória no processo civil, destinada a correção de erro de cálculo, falsidade ou insuficiência de documentos ou análise de documentos novos, não se admitindo o mero reexame de argumentos e teses jurídicas expostas no julgamento das contas e no recurso de reconsideração”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1617/2018*. Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de julho de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/revis%25C3%25A3o%2520e%2520rescis%25C3%25B3ria/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1/false>>. Acesso em: 21 dez. 2018). A LO/TCU utiliza, em relação às decisões em processo de tomada ou prestação de contas, a terminologia decisão *preliminar* para aquela por meio da qual o Relator ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo (art. 10, § 1º), decisão *definitiva* para aquela na qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares (art. 10, § 2º) e decisão *terminativa* para aquela pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos dos arts. 20 e 21 da LO/TCU (art. 10, § 3º).

e 45, LO/TCU). Caso ainda não esteja constatada tal ilegalidade, mas existam indícios, ter-se-á a sustação *cautelar*, fundamentada na teoria dos poderes implícitos, conforme veremos na próxima seção.

Ademais, tudo o que fora escrito anteriormente em relação à sustação de atos aplica-se à sustação de *contratos* com algumas pequenas modificações, estabelecidas pela Constituição. No regime constitucional anterior, diante de uma ilegalidade verificada num contrato, em caráter definitivo (não cautelar), competia ao TCU assinar prazo para o cumprimento da lei e, se não atendido, solicitar ao Congresso a sustação do contrato. Caso o Congresso não deliberasse em 30 dias, a impugnação do TCU ao contrato era considerada *insubsistente* (art. 73, §§ 5º e 6º, CR/1967; art. 72, §§ 5º e 6º, CR/1969). No novo regime, instaurado a partir de 1988, caso o Congresso Nacional ou o Executivo não sustem o contrato, cabe ao TCU *decidir* a respeito (art. 71, inc. IX, §§ 1º e 2º, CR).

Há várias discussões sobre a possibilidade de os Tribunais de Contas sustarem contratos. Defende-se a possibilidade de sustação tanto de forma *cautelar*, pelas razões antes apresentadas e aprofundadas na próxima seção, como por decisão *definitiva*. Nessa última hipótese, disciplinada no art. 71, §§ 1º e 2º, da CR, o Tribunal não poderá sustar diretamente o contrato, a não ser que já o tenha feito de forma cautelar, presentes os requisitos específicos dessa medida (em linhas gerais, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, previstos no art. 276 do RI/TCU).

Em sede de decisão *definitiva*, deve haver a provocação do Congresso Nacional, para que, caso assim entenda, promova diretamente o ato de sustação, solicitando ao Executivo que, de imediato, tome as medidas cabíveis (art. 71, § 1º, CR). Ocorre que, não sendo efetivadas as medidas mencionadas – ato de sustação pelo Congresso e medidas cabíveis pelo Executivo –, o TCU deverá *decidir* a respeito (art. 71, § 2º, CR). Percebe-se, portanto, que ao fazer menção a “decidirá a respeito”, o enunciado refere-se às “medidas previstas no parágrafo anterior”, que são “o ato de sustação”, adotado diretamente pelo Congresso, e “as medidas cabíveis”, pelo Executivo.

A própria Constituição repassa ao TCU a competência para deliberar sobre a sustação de contratos, revelando, portanto, uma mudança em relação ao regime constitucional anterior, em que a inércia do Legislativo resultava em descon sideração da ilegalidade apontada pelo TCU (art. 71, §§ 1º e 2º, CR). No regime constitucional atual, o juízo político eventualmente exercido pelo Parlamento, no prazo de 90 dias, é respeitado pelo TCU. Todavia, de forma consentânea com a ampliação dos poderes de controle atribuídos ao controle externo, a inércia do Congresso ou do Executivo permite ao TCU

exercer o controle de forma efetiva. Entender de forma diversa resultaria em simplesmente atribuir ao texto atual a mesma eficácia do texto anterior.

Em outras palavras, a inércia do Parlamento redundaria, nos dois casos (CR/1967/1967 e CR/88), na continuidade da execução de contrato considerado ilegal pelo controle externo, a despeito da mudança significativa observada na redação da referida atribuição. Nesse sentido, trilhou bem o legislador ordinário ao estabelecer que “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 da sustação do contrato*” (art. 45, § 3º, LO/TCU).⁹¹³

Em linhas gerais, podemos concluir que uma intervenção *forte* em relação à atribuição para emissão de atos de comando pelos Tribunais de Contas – a qual compreende a possibilidade de assinar prazo para adoção de providências e, em caso de descumprimento, a sustação da execução do ato – pode ocorrer, quando em jogo o mínimo existencial em educação, diante de uma situação de ilegalidade em sentido amplo, compreendida aqui a noção de *juridicidade*, seja por ofensa a regras, seja por ofensa a princípios, inclusive por ocasião do exercício de fiscalização de natureza operacional, de modo a reconduzir o administrador à observância dos ditames constitucionais e legais, observados os deveres de fundamentação decorrentes da LINDB e do NCPC. Em relação aos contratos, após assinar prazo para a adoção de providências, a sustação somente poderá ocorrer diretamente pelo Tribunal de Contas, em juízo definitivo, caso o Parlamento não efetive as medidas cabíveis, no prazo de 90 dias, após a comunicação da ofensa à legalidade (juridicidade).

Por fim, como exemplo de uma atuação *forte* na seara da educação básica, podemos trabalhar como o mesmo caso prático analisado nas seções anteriores, referente à Meta 1 do PNE. Eventual descumprimento *injustificado* quanto ao dever de universalização do acesso à educação infantil na pré-escola, para crianças de quatro a cinco anos, cujo prazo findou em 2016, poderá ensejar uma atuação *forte* do Tribunal no

⁹¹³ Neste sentido, favorável à competência plena para decidir em caso de inércia superior a 90 dias, cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 597; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233. Para José Afonso, após 90 dias de inércia, o conteúdo dessa decisão seria a declaração da nulidade do contrato e eventual imputação de débito e multa (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 730). Moreira Neto defendia que embora a iniciativa da sustação seja reservada ao Poder Legislativo, devolve-se o *poder decisório* ao Tribunal de Contas se ocorrer omissão, do Congresso Nacional ou do Poder Executivo. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 20).

sentido de assinar prazo para a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da Constituição e da Lei (PNE).

É importante destacar que a justificativa de uma atuação *forte* do Tribunal, nesse caso, é resultado de uma omissão em relação à concretização, pela administração pública, de uma conduta específica, definida pela própria Constituição e pela Lei (PNE) – e não pela Corte de Contas –, que resultou na violação do mínimo existencial em educação. É essa *ilegalidade* que justifica uma atuação *forte* do Tribunal, na medida em que a conduta esperada do gestor estava objetivamente definida. Além disso, a oitiva do gestor, para que apresente suas justificativas em relação ao descumprimento desses deveres é essencial e deverá ser considerada pela Corte, ao decidir, nos termos dos arts. 20 da LINDB e 489, § 1º, do NCPC.

Por tais razões, diante da ausência de programas ou ações governamentais, ou de falhas na execução desses, a Corte poderá determinar (assinar prazo) para que o administrador indique concretamente um *plano de ação* voltado ao atendimento das metas relacionadas ao mínimo existencial em educação. Esse plano deverá ser apreciado quanto à viabilidade de, num prazo razoável e conforme as possibilidades concretas do Município, vir a produzir resultados reais de evolução quanto ao alcance da referida Meta. Demonstrada a sua adequação, o monitoramento da execução do plano de ação deverá ocorrer de forma continuada pela Corte (art. 243, RI/TCU).⁹¹⁴

Na hipótese de o problema do descumprimento da Meta decorrer da insuficiência de recursos, é possível, a partir dessa *ilegalidade*, resultante do descumprimento do mínimo existencial em educação, exercer um controle sobre outros gastos públicos de menor relevância constitucional, como os já citados festejos momescos ou juninos, ou ainda a publicidade institucional meramente laudatória, para, eventualmente, *sustar* os respectivos atos de despesa e assinar prazo para a sua destinação constitucionalmente adequada.⁹¹⁵

⁹¹⁴ Nesse sentido, Castro propõe considerar como uma *ilegalidade*, para os fins do art. 71, inc. IX, da Constituição, a deficiência de uma determinada política pública adotada com o objetivo de implementar um direito fundamental, de modo a permitir à Corte indicar as medidas necessárias a sanar tal vício. (CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015, p. 199).

⁹¹⁵ O Tribunal de Contas do Estado de Sergipe *vedou* a realização de eventos festivos, quando da decretação do estado de calamidade pública ou em caso de inadimplência com os servidores públicos (art. 1º da Resolução TC nº 280, de 18 de julho de 2013, alterada pela Resolução nº 295, de 19 de maio de 2016). O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, o Ministério Público de Contas e o Ministério Público do Estado editaram a Recomendação Conjunta nº 01/2019, *recomendando* aos prefeitos que evitem a realização de despesas com festividades juninas, especialmente shows, quando a folha de pessoal do Município estiver em atraso, inclusive nos casos em que a inadimplência esteja atingindo apenas parcela

Outro exemplo de possível ocorrência, relacionado à temática da educação básica, seria um Município, de forma reiterada e manifesta, não cumprir a regra constitucional que estabelece a aplicação anual de nunca menos de 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino (arts. 212, CR, e 110, do ADCT, acrescido pela EC nº 95/2010). Tal descumprimento pode ensejar até a intervenção do Estado na municipalidade, nos termos do art. 35, inc. III, da CR, além de inúmeras punições graves previstas no âmbito infraconstitucional.⁹¹⁶ Novamente se questiona: não competiria aos TCs assinar prazo ao gestor para que cumpra o próprio texto constitucional, embora não haja propriamente o descumprimento de uma lei? Seria necessário judicializar a questão em vez de buscar uma alternativa possivelmente mais rápida? Parece-nos que as repostas devem ser, respectivamente, sim e não.

Caso o gestor não atenda à determinação, outras questões surgem e merecem análise mais detida, quanto às consequências do desatendimento. Sem aprofundar a temática, pode-se vislumbrar a possibilidade de ocorrer a emissão de parecer prévio pela irregularidade das contas, que, a rigor, seria possível mesmo sem assinalar prazo, mas com essa medida há, certamente, uma melhor configuração da ocorrência de um ato doloso de improbidade, para os fins do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010.⁹¹⁷ Pelas mesmas razões, a representação ao Ministério Público Estadual para fins de ação de improbidade, após o descumprimento do prazo conferido pelo TC, tende a ter um resultado mais efetivo.

dos servidores, mesmo que comissionados e temporários. O Tribunal de Contas do Estado de Alagoas *recomendou* aos municípios alagoanos que não aplicassem recursos públicos em festividades juninas de monta vultosa com a contratação de bandas e/ou trios elétricos, montagem de palco e demais estruturas, que caracterize clara desproporção à realidade financeira e social do ente municipal ou que venham comprometer a regular prestação de serviços públicos essenciais, notadamente nos municípios que atravessam crise financeira e fiscal, a exemplo daqueles que decretaram estado de emergência (art. 1º do Ato Normativo nº 01/2017).

⁹¹⁶ Além da intervenção, Garcia destaca a possibilidade de punições com fundamento no art. 11, *caput*, ou 10, XI, da Lei de Improbidade Administrativa, art. 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas ou rendas públicas), art. 85, V, VI e VII, da CR (crime de responsabilidade), art. 1º, III, do Decreto-lei nº 201/1967 (crime de responsabilidade do prefeito). (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 470-473). A LC nº 141/2012, no mesmo sentido, em relação aos gastos mínimos em saúde, faz a remissão às punições do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), da Lei nº 1.079/1950, do Decreto-Lei nº 201/1967, da Lei nº 8.429/1992, e das demais normas da legislação pertinente. A LRF também prevê uma sanção ao ente público, que fica impedido de receber transferências voluntárias caso não cumpra os limites constitucionais relativos à educação e à saúde (art. 25, § 1º, IV, “b”, LRF).

⁹¹⁷ A identificação e qualificação do elemento subjetivo nos atos de improbidade, em sede judicial, têm sido bastante tormentosa, sobre a temática, cf. GARCIA; ALVES, *op. cit.*, p. 401-407.

Outra consequência cogitada refere-se à já mencionada sustação da execução de despesas constitucionalmente menos relevantes do que aquelas destinadas à educação, caso se verifique concretamente que a insuficiência dos investimentos constitucionalmente devidos impediu, de forma evidente, à luz de dados técnicos e objetivos, a concretização do mínimo existencial em educação naquela localidade, assinando prazo para a adequação orçamentária e financeira das despesas públicas, em conformidade com a Constituição.⁹¹⁸

Uma intervenção *forte* a ponto de interferir nas escolhas orçamentárias somente se justifica em situações extremas, como nos casos acima tratados, em que a violação do mínimo existencial em educação é manifesta.

Também se vislumbra a possibilidade de uma atuação *forte* no caso, corriqueiro até, de contratação extensiva de professores sem concurso público. Essa conduta viola diretamente, ao menos, duas regras constitucionais. A primeira, decorrente do enunciado do art. 37, inc. II, da CR, que estabelece a regra geral do concurso público. A segunda restringe a possibilidade da contratação temporária à existência de lei e ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inc. IX, CR). Em diversos julgados, o STF densificou o conteúdo dessas regras, apontando os requisitos específicos para a contratação temporária.⁹¹⁹ Caso os gestores venham a contratar professores para suprir a demanda ordinária e permanente do Município, compete aos TCs assinar prazo para que cumpram o próprio texto constitucional, além da jurisprudência do STF, embora não haja propriamente o descumprimento de uma lei.

Questões de tal ordem não precisam ser questionadas exclusivamente no âmbito judicial, sobrecarregando ainda mais o Judiciário. Se possível, tais demandas devem ser enfrentadas primacialmente pela esfera do controle externo.

⁹¹⁸ Nesse sentido, para CUNDA, o descumprimento do percentual constitucional mínimo de investimento em educação deve ensejar a atuação dos Tribunais de Contas por *flagrante e específica omissão inconstitucional*, referente à inércia em relação ao atendimento de deveres constitucionalmente estabelecidos, como o dever de tutela de direitos fundamentais, para determinar as providências necessárias ao “exato cumprimento da Lei Maior”, com fundamento no art. 71, inc. IX, da CR, a partir da concepção de controle ampliado de legalidade, a abranger a noção, já referida, de juridicidade. (CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233-238).

⁹¹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3247/MA. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 26 de março de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 18 ago. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3237/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de março de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 19 ago. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 658026/MG. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de abril de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 31 out. 2014.

5.2.5 O alcance da competência para emissão de provimentos cautelares

A emissão de provimentos de natureza *cautelar* é conhecida em diversos ramos do direito e tem como características gerais uma cognição sumária, a presença de indícios de materialidade ou da probabilidade do direito ou da ocorrência de um ilícito (*fumus boni iuris*) e uma situação de urgência que impõe uma atuação rápida a fim de evitar um dano, seu agravamento ou a ocorrência de um ilícito (*periculum in mora*).⁹²⁰ No âmbito do TCU, tem-se a previsão de medidas acautelatórias em sua Lei Orgânica e no Regimento Interno.

A medida de afastamento temporário do responsável exige a existência de *indícios* suficientes de que possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou impedir seu ressarcimento. Como se trata de medida *cautelar*, é natural que, ao final do processo, a partir de uma cognição mais aprofundada (exauriente), conclua-se que o responsável não cometeu ilegalidade alguma, nem deu causa aos danos, sendo “absolvido” de qualquer responsabilidade. Caso contrário, comprovada a ocorrência de ilícito, sendo grave a infração cometida, caberá, em sede de decisão *definitiva*, a aplicação de sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (art. 60, LO/TCU), imputação de débito, em caso de dano (art. 19, LO/TCU), e multa (arts. 57 e 58, LO/TCU).

De igual forma, é possível a ocorrência da sustação de ato cautelarmente, antes da oitiva do responsável, com fundamento no art. 276 do RI/TCU, e não no art. 45 da LO/TCU, que exige cognição de maior profundidade. Os enunciados não se confundem e referem-se a possibilidades diversas, condicionadas a requisitos específicos.⁹²¹ Por isso

⁹²⁰ “A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 316). Sobre a presença dos referidos requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – também nos processos de contas, cf. ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 198.

⁹²¹ RI/TCU: “Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de *urgência*, de *fundado receio* de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de *risco* de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar *medida cautelar*, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a *suspensão do ato ou do procedimento* impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992” (grifo nosso). LO/TCU: “Art. 45. *Verificada a ilegalidade* de ato ou contrato, o

não se concorda em conferir à competência do art. 71, inc. X, da Constituição, regulamentada no art. 45 da LO/TCU, o caráter de medida cautelar. A cautelar de sustação de ato é prevista no art. 276 do RI/TCU e tem por fundamento a necessidade de se viabilizar o exercício das competências gerais de controle externo a cargo do TCU, inclusive da própria competência para sustar atos em caráter definitivo.

A partir da teoria dos poderes implícitos, adotada no âmbito do STF, entende-se que, ao se atribuir poderes explícitos ao Tribunal de Contas, nos termos de art. 71 da Constituição, impõe-se reconhecer, ainda que por implicitude, a existência dos meios necessários a viabilizar a adoção de medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.⁹²²

Somente atribuir ao TCU a possibilidade de sustar atos em caráter definitivo, após facultar ao gestor prazo para correções, poderia tornar inútil a decisão final ou tornar muito mais onerosa – e às vezes até impossível – a plena recomposição do dano ao erário. Essa perspectiva justifica a suspensão cautelar de contratos, pois é diversa da competência para sustar contratos em caráter definitivo, cuja atribuição primeira é do Congresso Nacional (art. 71, § 2º, CR), mas que, em caso de inércia, poderá vir a ser do Tribunal, como visto anteriormente, nos termos do art. 45, § 3º, da LO/TCU.

Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, *assinará prazo* para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - *sustará a execução* do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei” (grifo nosso).

⁹²² “[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. [...] É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 24.510. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 19 mar. 2004. Voto do Min. Celso de Mello); “TCU. Tomada de contas especial. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Mandado de Segurança nº 33.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 17 ago. 2015).

Ao atribuir as competências de sustar atos (diretamente pelo TCU) e contratos (via Congresso Nacional), deve-se compreender que o Constituinte admitiu implicitamente a possibilidade de o TCU se valer dos meios necessários ao desempenho efetivo dessas atribuições. De muito pouco valeria sustar um ato ou contrato somente após as ilegalidades já antevistas e os prejuízos vislumbrados tiverem ocorrido e seus efeitos exauridos, restando ao controle externo uma atuação de viés apenas repressivo e nunca preventivo.⁹²³

Para Zymler, caso a Administração Pública esteja na iminência de efetuar pagamento irregular, com fundamento em *contrato* eivado de vício insanável, comprovada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há a possibilidade de o TCU deferir liminarmente, *inaudita altera parte*, a *sustação* do referido ato. O autor destaca que a *sustação* do ato em si não corresponde a um juízo acerca da responsabilidade pessoal do agente público, pois somente após a *citação* e a *audiência* poderá formular um *juízo de mérito* quanto à conduta do responsável.⁹²⁴

Outrossim, descabe a restrição do uso de cautelares, para limitá-las ao controle de legalidade e apenas por ocasião da denominada jurisdição financeira ampla. Como visto, a lógica a justificar a existência de provimentos cautelares está em preservar a efetividade da atuação do TCU em todas as suas atribuições, à luz da teoria dos poderes implícitos, não se relacionando de forma direta e exclusiva com uma atribuição específica, com defende Rosilho, ao atrelar a competência de *sustação* do inc. X do art. 71 da CR à competência para assinar prazo, prevista no inc. IX do mesmo artigo. Ademais, ainda que a cautelar de *sustação* estivesse associada inexoravelmente à competência para assinar prazo, o exercício do poder de comando pelo TCU abarca a

⁹²³ “Não se pode olvidar que excluir a possibilidade de utilização das medidas cautelares nas análises de execução contratual, com o fito de *evitar a ocorrência, ou mesmo a continuação, de eventuais prejuízos ao erário*, esvazia, significativamente, o grau de efetividade de suas decisões. Ademais, leva ao contrassenso de exigir das Cortes de Contas o desafio de recomposição de eventuais danos causados ao erário, sem instrumentalizá-las dos mecanismos aptos a uma *atuação preventiva* e, por conseguinte, revestida de maior eficácia”. (IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 62, grifo nosso). Neste sentido, assinala Furtado: “O certo é que, como bem asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence, ‘o poder cautelar é inerente à competência para decidir’. Se o Tribunal de Contas pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, exatamente por esse motivo, *pode também prevenir, suspendendo o ato impugnado enquanto se verifica se há ilegalidade ou não, evitando que se torne inútil a decisão futura*”. Vale, assim, o argumento do Ministro Cezar Peluso: quem tem o poder de remediar tem o de prevenir”. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medida cautelares dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 31-37, jan./dez. 2007, p. 34, grifo nosso).

⁹²⁴ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Fórum; Belo Horizonte, 2013, p. 198, 274.

noção de legalidade em sentido de *juridicidade* e não exclui sua aplicação aos casos de controle operacional, conforme demonstrado anteriormente.

Um caso relacionado ao mínimo existencial em educação (financiamento do ensino fundamental) bem ilustra a imprescindibilidade de se assegurar aos Tribunais de Contas poderes cautelares, inclusive em relação a contratos. Recentemente, os Tribunais de Contas se depararam com a tormentosa questão da vinculação das verbas decorrentes de precatórios oriundos da diferença do repasse a menor, pela União, ao antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), ao longo de vários anos (de 1998 a 2005), em favor de diversos Municípios brasileiros, conhecido como o caso dos “precatórios do Fundef”.⁹²⁵ Em síntese, a discussão girava em torno da vinculação dos recursos às finalidades do Fundo, relacionadas ao ensino, abrangendo, dentre várias questões, a possibilidade de destinar parcela do valor dos precatórios ao pagamento de despesas estranhas à educação. Segundo levantamento do TCU, os precatórios do Fundef podem alcançar, nacionalmente, a cifra de R\$90 bilhões.⁹²⁶

Diante da constatação de que diversos Municípios haviam contratado escritórios de advocacia apenas para a execução dos referidos valores, obtidos em demandas coletivas, destinando percentuais elevados dos precatórios do Fundef para o pagamento

⁹²⁵ Em sua redação original, o art. 60 do ADCT previa que, nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o poder público deveria aplicar, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos do art. 212 da CR para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental. Em seguida, com a nova redação conferida pela EC nº 14/1996, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), com o objetivo de financiar a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental, bem como assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. A partir da EC nº 53/2006, passa-se a ter o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), destinado à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação. As duas ECs previram a complementação dos recursos desses fundos pela União, de modo a assegurar um valor mínimo por aluno definido nacionalmente. A definição desse valor em âmbito nacional gerou várias demandas judiciais de municípios em face da União, sob o argumento de terem recebido valores a menor. O STJ fixou a seguinte tese em sede de recurso repetitivo: “Para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 14/96), o 'valor mínimo anual por aluno' (VMAA), de que trata o art. 6º, § 1º da Lei 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Acórdão no recurso especial nº 1.101.015. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 26 de maio de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2 jun. 2010).

⁹²⁶ “A materialidade da questão tratada nos presentes autos é substancial. Levantamento feito pelo Ministério Público Federal, nos autos da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, indica que o passivo da União em relação ao erro na forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno no âmbito do Fundef, para fins de complementação da União, no período de 1998 a 2006, pode alcançar R\$ 90 bilhões” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1518/2018*. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4 de julho de 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E64480910016466B5AA1B2E6D>>. Acesso em: 21 dez. 2018. p. 17).

de honorários contratuais, diversos Tribunais de Contas Estaduais proferiram medidas cautelares no sentido de obstar o levantamento dos montantes, diante da presença de indícios de que tais contratações poderiam ser irregulares e de que os recursos estariam sendo destinados a finalidades estranhas àquelas estabelecidas pela Constituição.⁹²⁷

Posteriormente, o Tribunal de Contas da União, analisando a questão no mérito de representação formulada pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Maranhão e pelo Ministério Público de Contas do Maranhão, decidiu, ao final, pela impossibilidade de os recursos dos precatórios do Fundef serem destinados para finalidades alheias à educação, como o pagamento de honorários advocatícios contratuais.⁹²⁸

Em seguida, instado a se pronunciar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo, pela vinculação de tais recursos às finalidades específicas do art. 60 do ADCT, vedando a possibilidade de reserva e retenção dos valores dos precatórios para fins de pagamento de honorários contratuais pactuados entre diversos Municípios e escritórios de advocacia.⁹²⁹ No âmbito do STF, a temática também fora enfrentada, no mesmo sentido.⁹³⁰

Percebe-se, portanto, que a rápida atuação dos Tribunais de Contas dos Estados, no sentido de obstar o levantamento de valores destinados constitucionalmente ao ensino fundamental, etapa integrante do mínimo existencial em educação, evitou a concretização de um dano de difícil reparação. Os valores eventualmente levantados e utilizados para o

⁹²⁷ Cf., por todos, ALAGOAS. Tribunal de Contas do Estado. Decisão Simples Monocrática nº 09/2016 no processo TC nº 2401/2016. Relator: Cons. Anselmo Roberto de Almeida Brito, 6 de abril de 2016. *Diário Oficial Eletrônico do TCE/AL*: Maceió, AL, 6 abr. 2016, p. 4-5.

⁹²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1824/2017*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1824%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 21 dez. 2018. A Lei nº 9.424, de 1996, que instituiu o Fundef, previa em seu artigo 11 a competência concorrente do TCU e dos TCEs para a fiscalização. Há discussão a respeito de a competência para a fiscalização de tais valores ser ou não exclusiva do TCU, por decorrerem de complementação devida pela União. Sobre a temática, que ultrapassa os objetivos deste trabalho, não aprofundaremos.

⁹²⁹ Decisão proferida no recurso especial nº 1.703.697, ainda não publicada (PRIMEIRA Seção veda retenção de honorários em verba do Fundef liberada judicialmente. *Superior Tribunal de Justiça*, Notícias, 11 out. 2018). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-veda-reten%C3%A7%C3%A3o-de-honor%C3%A1rios-em-verba-do-Fundef-liberada-judicialmente>. Acesso em: 15 dez. 2018).

⁹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação civil originária nº 648*. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ *Acórdão*: Min. Edson Fachin, 06 de setembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 09 mar. 2018; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 1.122.529. Relator: Min. Edson Fachin, 7 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 12 jun. 2018.

pagamento de despesas contratuais não relacionadas à educação certamente ensejarão nova discussão judicial e muito tempo para, enfim, (re)ingressar no erário municipal. Nos casos em que os valores ficaram retidos, por força das referidas cautelares, o entendimento consolidado no âmbito do STJ e do STF terá maior efetividade e poderá ser adotado imediatamente.⁹³¹

Não nos parece que afastar dos Tribunais de Contas a possibilidade de agirem cautelarmente, para limitar sua atuação, nesses casos, à emissão de representação para que outros órgãos de controle exerçam esse controle ou, ainda, à emissão de meras recomendações ao gestor, seja preferível em prol da judicialização de praticamente todas as questões relacionadas a contratos administrativos, especialmente se se considera que sua função de controle da atividade administrativa – razão de sua própria existência institucional – é exercida de forma direta e ininterrupta, permitindo-lhe conhecer dos fatos rapidamente, analisá-los tecnicamente, dada sua *expertise*, e, por conseguinte, atuar com celeridade e segurança.

Há um reclamo consistente diante do excesso de demandas judiciais intervindo na atuação administrativa e questionamentos quanto à capacidade institucional de o Judiciário decidir determinadas questões de ordem mais técnica. A existência de um poder geral de cautela do Poder Judiciário, por força do art. 5º, inc. XXXV, da CR, não exclui a atuação cautelar de outros órgãos de extração constitucional em prol da efetividade de suas decisões, mas apenas sujeita a atuação de tais órgãos à palavra final do Judiciário.

As medidas cautelares deferidas monocraticamente, no âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados, para sustar atos e contratos, podem ser caracterizadas, portanto, como um exemplo de atuação *forte*, em defesa do mínimo existencial em educação, plenamente compatível com a nossa Constituição.

⁹³¹ Recentemente, o TCU emitiu nova medida cautelar, referendando decisão monocrática do Relator, para obstar a utilização dos valores referentes ao antigo Fundef para o pagamento do rateio de 60% aos profissionais da educação (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1518/2018*. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4 de julho de 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E64480910016466B5AA1B2E6D>>. Acesso em: 21 dez. 2018). No âmbito do STF, o Presidente da Corte, por decisão monocrática, modificou decisório anterior para delimitar que a suspensão das decisões judiciais que autorizaram o destaque de honorários advocatícios contratuais, em precatórios expedidos pela União, para o pagamento de verbas de complementação do FUNDEF, restringe-se às execuções decorrentes de título judicial coletivo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática nos embargos de declaração na medida cautelar na suspensão de liminar nº 1.186. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 13 maio 2019).

5.2.6 A competência para realizar auditorias operacionais: seleção de prioridades

Inegavelmente, um dos instrumentos de maior relevância no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas após a quebra do paradigma formalista de controle, observada especialmente após a Constituição de 1988, consiste na possibilidade de a Corte realizar, por iniciativa própria, auditorias de natureza operacional, nos termos do art. 71, inc. IV e VII, da CR.

Como visto, a auditoria operacional tem por objetivo avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 239, inc. II, RI/TCU), e representa um importantíssimo instrumento para a avaliação de políticas públicas.

Aqui não serão enfrentadas as questões relacionadas à possibilidade de a Corte editar atos de comando ou exercer sua competência sancionatória a partir de achados de auditoria operacional, por se tratar de temática já abordada nas seções anteriores. A questão que resta a ser considerada, na perspectiva de um possível resultado prático decorrente da adoção da tese de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas quando em jogo o mínimo existencial em educação, consiste na limitação da discricionariedade da Corte para, por iniciativa própria, definir os objetos de suas auditorias de natureza operacional.

Por todas as razões já mencionadas ao longo desta pesquisa, entende-se que os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, repercutem sobre a atuação do controle externo. Em relação ao mínimo existencial, a força desses efeitos é maior e exige uma atuação diferenciada da Corte. Nesse sentido, defende-se que os Tribunais de Contas não estão imunes às disposições constitucionais referentes ao mínimo existencial em educação, existindo, em relação a essas parcelas, um dever de agir, que se sobrepõe a outros possíveis objetos de fiscalização. Em outras palavras, os Tribunais de Contas devem *priorizar* em suas escolhas, por ocasião do planejamento de auditorias para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, aquelas que repercutam na avaliação da concretização do mínimo existencial em educação.

Diante de um cenário de limitação de recursos, em que os Tribunais de Contas precisem restringir sua atuação, cingindo-se a um reduzido número de ações por ano, necessariamente deverão ser contempladas as auditorias relacionadas à avaliação do grau

de concretização do mínimo existencial em educação, em termos de acesso e qualidade, por parte dos entes da federação submetidos ao controle da respectiva Corte. Enquanto não alcançado o patamar mínimo exigido pela Constituição, esse dever é *permanente e inadiável*.

No âmbito federal, trata-se de uma prática constante. O TCU já vem desempenhando diversas auditorias em educação, para acompanhar a concretização do Plano Nacional de Educação, da educação infantil, do ensino médio e até do ensino superior.⁹³² No entanto, considerando a distribuição das prioridades de atuação conforme as etapas de ensino, prevista na Constituição, é preciso que os demais Tribunais de Contas também despertem para esse dever constitucional em relação à fiscalização dos deveres dos Estados e Municípios.⁹³³

⁹³² 1º RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO 2014-2024. *Tribunal de Contas da União*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/1-relatorio-de-acompanhamento-do-plano-nacional-de-educacao-2014-2024.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2775/2017*. Processo TC 025.153/2016-1. Relatório de auditoria de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) para avaliar, sob aspectos operacionais, ações governamentais relacionadas ao acesso à educação infantil (Meta 1 do Plano Nacional de Educação), com foco no Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância) e na transferência de recursos financeiros da União para os municípios e o Distrito Federal com a finalidade de prestar apoio financeiro à manutenção de novos estabelecimentos públicos de educação infantil (EI Manutenção). Relatora: Min. Ana Arraes, 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/AC-2775-50%252F17-P/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 jan. 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 618/2014*. Processo TC nº 007.081/2013-8. Relator: Min. Valmir Campelo, 19 de março de 2014. Relatório de auditoria coordenada no ensino médio. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A618%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 jan. 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3001/2016*. Processo TC: 011.884/2016-9. Auditoria Operacional no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES. Relatora: Min. Ana Arraes, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-fundo-de-financiamento-estudantil-fies.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁹³³ Alguns Tribunais de Contas Estaduais realizam auditorias operacionais relacionadas ao mínimo existencial em educação: “O Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS) ampliou os procedimentos de auditoria na área da educação para acompanhar de forma mais detalhada a execução dos planos de educação em todo o Estado. A resolução, aprovada na tarde desta quarta-feira (20), em sessão Plenária do Órgão, prevê a fiscalização da execução dos planos por meio de inspeções especiais em todos os Municípios e na Secretaria Estadual da Educação” (TCE-RS INTENSIFICA A FISCALIZAÇÃO NA ÁREA DA EDUCAÇÃO. *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, 21 jun. 2018. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TCE-RS%20intensifica%20a%20fiscaliza%E7%E3o%20na%20%E1rea%20da%20educa%E7%E3o>. Acesso em: 2 jan. 2019); DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão nº 2837/2017. Processo 32417/15-e. Relatório de auditoria operacional para avaliar ações do Governo do Distrito Federal relacionadas à execução do Plano Distrital de Educação – PDE, em consonância com o Plano Nacional de Educação. Relator: Conselheiro José Roberto de Paiva Martins, 13 de junho de

5.2.7 A possibilidade do controle difuso de constitucionalidade

Embora alguns autores sustentem inexistir na Constituição de 1988 norma constitucional a autorizar o exercício do controle *difuso* de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, Pontes de Miranda, desde o texto constitucional de 1967/1969, com fundamento na competência de julgamento atribuída à Corte à época e prevista, também, na Constituição atual, defendia a possibilidade de o Tribunal de Contas interpretar a Constituição definitivamente e julgar da constitucionalidade das leis, regulamentos e atos do Poder Executivo.⁹³⁴

De igual modo, para Torres, já à luz da Constituição de 1988, o controle *incidental* de inconstitucionalidade das leis e atos administrativos está ao alcance das Cortes de Contas como decorrência do controle de legalidade e, de forma mais evidente após 1988, por força do controle de legitimidade a elas atribuído.⁹³⁵

2017. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/ExecucaoDoPlanoDistrital.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

⁹³⁴ “¿Pode o Tribunal de Contas, no julgamento de que trata o art. 72, § 8º, *interpretar* a Constituição, definitivamente, e julgar da *constitucionalidade* das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo? O Tribunal de Contas tem duas funções – uma, que é a antiga, ligada à *execução* orçamentária, e outra, a de julgamento. Tanto numa quanto noutra é possível que ocorra a necessidade de se responder à pergunta – *¿é, ou não, inconstitucional a regra jurídica?* Como tribunal, tem de julgá-lo. Imaginemos que texto de lei retire ao Tribunal de Contas o julgamento nos casos do art. 72, § 8º. Tendo de pronunciar-se a respeito, cabe ao Tribunal de Contas julgar-se competente e, pois, inconstitucional a lei. ¿Seria possível, somente porque surgiu lei em sentido contrário, retirar o Tribunal de Contas, a si mesmo, a competência? De modo nenhum. Imaginemos que lei ordinária excedesse, na organização do Tribunal de Contas, as raíças fixadas pela Constituição. ¿Seria de admitir-se que o Tribunal de Contas se não pronunciasse a respeito? Imaginemos ainda que, sem lei do Congresso Nacional, o Presidente da República expedisse decreto, que tivesse de ser invocado perante o Tribunal de Contas. ¿Fôra de tolerar-se que tal tribunal se abstinisse do exame constitucional do ato do Presidente da República? De modo nenhum. Se o Presidente da República expede decreto sem observância de princípios constitucionais e dos limites das dotações orçamentárias, ¿fica o Tribunal de Contas inibido de manifestar-se? Ora, o que se pretendeu, com a inação constitucional do Tribunal de Contas, destoava do sistema que adotamos desde 1891, a respeito dos órgãos judiciários e dos próprios funcionários públicos. Qualquer funcionário público poderia invocar princípio constitucional; só os membros do Tribunal de Contas, não. Seria absurdo!”. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. III. p. 249, grifo do original).

⁹³⁵ “O controle da legalidade implica ainda o da superlegalidade, ou seja, o da constitucionalidade das leis e atos administrativos. A matéria sempre foi controvertida no direito brasileiro e merece exame cuidadoso. A inconstitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, pois que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprova-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição. Se a inconstitucionalidade da lei não a declaram nem o Tribunal de Contas nem os demais órgãos fiscalizadores, por lhes falecer a competência jurisdicional, podem e devem, contudo, propor ao Congresso a sua revogação. *A declaração incidental da inconstitucionalidade tomou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle da legitimidade*”. (TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 194, p. 31-45, out./dez 1993, p. 36, grifo do original; TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar. 1994,

Juarez Freitas desenvolve a noção de controle de constitucionalidade em sentido amplo, abrangendo não apenas o Poder Judiciário. Argumenta, a partir do art. 23, inc. I, da Constituição, segundo o qual União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm a competência *comum* de zelar pela guarda da Constituição, que todos os Poderes do Estado devem realizar uma tutela sistêmica da constitucionalidade, de ofício, com vistas à promoção do reconhecimento da eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública.⁹³⁶ No mesmo sentido, Barroso assinala que o Judiciário detém a primazia de conferir a interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição.⁹³⁷

De fato, é preciso reconhecer que a Constituição não atribuiu de forma literal a competência para declarar inconstitucionalidade no caso concreto aos Tribunais de Contas, assim como não a atribuiu, de forma expressa, aos juízes de primeiro grau.⁹³⁸ O argumento dos que admitem tal possibilidade encontra respaldo, como visto, na interpretação que se confere à atribuição de julgar contas, que atrairia tal possibilidade de controle de constitucionalidade por ser inerente ao exercício da jurisdição (de contas)⁹³⁹

p. 266-267). Neste sentido, também, extraindo dos controles de legalidade e de legitimidade a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade, nos termos da Súmula nº 347 do STF, cf. FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1097; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232. Para Caldas Furtado, o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos do poder público pelos Tribunais de Contas, nos termos da Súmula nº 347 do STF, decorre do controle de legalidade atribuído a essas Cortes (FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 552).

⁹³⁶ FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 10, nº 40, abr./jun., 2010. Para o autor, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice, corresponde ao “direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36). Reconhecendo a existência desse direito fundamental, que, em sua perspectiva objetiva, se identificaria com a administração comprometida com a governança, com a gestão democrática da coisa pública, aberta às contribuições, censura e controle da sociedade civil organizada, cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Direito Fundamental à boa administração e à governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Sobre o tema da boa administração pública, cf. ainda MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 15-16.

⁹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

⁹³⁸ Além da doutrina *Marshall*, no célebre caso *Marbury v. Madison*, o amplo controle difuso de constitucionalidade no Brasil, de longa tradição, pode ser extraído, no texto constitucional de 1988, dos arts. 5º, inc. XXXV, 97 e 102, inc. III, da Constituição.

⁹³⁹ É também o entendimento de Fernandes, para quem o art. 71, inc. II e III, da CR, traria a autorização para o controle de constitucionalidade pelos TCs. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 325-336). Neste sentido, também, cf. IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 63-66.

– assim como ocorre em relação à jurisdição “tradicional” –, bem como nos parâmetros de controle de legalidade e de legitimidade ou, em relação aos entes federativos, na competência comum de guarda da Constituição. A ausência de norma literal não seria, portanto, um obstáculo intransponível ao controle difuso / incidental / concreto de constitucionalidade por Poderes e órgãos alheios ao Poder Judiciário.

Tal constatação – de que a inexistência de norma expressa não é um empecilho insuperável – ganha força ao se perceber que, em decisão do Pleno, o STF já entendeu ser possível ao CNJ exercer o controle *difuso* de constitucionalidade,⁹⁴⁰ embora, nos termos do art. 103-B da Constituição, o Conselho não tenha competência para julgar, tampouco para exercer o controle de legitimidade, mas somente para *zelar* pela observância do art. 37 da Constituição e *apreciar a legalidade* dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (sem prejuízo da competência do TCU).⁹⁴¹

Some-se a tal argumento o fato de que o controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, na modalidade difusa, nos termos da Sumula nº 347,⁹⁴² não foi

⁹⁴⁰ Durante o referido julgamento, alguns ministros também abordaram a situação do Tribunal de Contas, pela semelhança dos casos. A Relatora, Min. Cármen Lúcia, e o Min. Luiz Fux manifestaram-se favoravelmente ao controle difuso pelos TCs. Para o Min. Gilmar Mendes, em novo entendimento, o controle difuso pelos TCs, nos termos da Súmula nº 347 do STF, deveria ser restrito aos casos em que existisse entendimento pacífico já chancelado ou validado pelo STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na petição nº 4.656. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 278, 4 dez. 2017).

⁹⁴¹ Interessante notar que, assim como o TCU, o CNJ – e, da mesma forma, o CNMP, em relação ao Ministério Público – exerce o controle externo, sendo o do CNJ restrito à atuação administrativa e financeira do Judiciário (o do TCU alcança a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial). Assim como o TCU, o CNJ pode atuar de ofício. O CNJ tem como parâmetro de controle a legalidade, abrangendo expressamente os princípios do art. 37, *caput*, da CR. O TCU tem como parâmetros a legalidade, a legitimidade (que, como visto, para muitos doutrinadores corresponde à possibilidade de controle baseado em princípios constitucionais) e a economicidade. Diante de uma ilegalidade, o TCU pode assinar prazo para providências e, caso não seja atendido, sustar a execução do ato impugnado. O CNJ pode desconstituir ou rever atos administrativos, além de fixar prazo para a adoção de providências. Há, portanto, muitas semelhanças e, embora a Constituição ressalve expressamente a competência do TCU, já há embates ocasionados por conflito de entendimentos entre o TCU e o CNJ. No Acórdão nº 2900/2014 (Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), por exemplo, o TCU não aceitou a defesa do gestor no sentido de que estava cumprindo orientação do CNJ, assinalando que as decisões do CNJ não alcançam a atuação do TCU, cujas independência e jurisdição estão estabelecidas pela Constituição, em seus arts. 70 a 73. Para Rosilho, as atribuições do CNJ e do CNMP seriam mais amplas que as do TCU, entendendo que somente aqueles, e não o TCU, seriam, à luz da Constituição “revisores gerais da atividade administrativa”. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 220-221). Pelas razões já expostas ao longo deste trabalho e mais adiante, não se compartilha da mesma visão do autor.

⁹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF:

revisto pelo STF após a Constituição de 1988, sendo prematuro, apesar das recentes decisões monocráticas questionando a aplicação da referida súmula,⁹⁴³ negar a possibilidade de o STF vir a reconhecer tal competência nos mesmos moldes em que ocorreu em relação ao CNJ. No âmbito do Tribunal de Contas da União, a Corte rejeita a possibilidade de exercer um controle *abstrato* de constitucionalidade,⁹⁴⁴ reconhecendo, todavia, sua competência para realizar o controle *difuso / incidental / concreto*, nos termos da Súmula nº 347 do STF.⁹⁴⁵

Supremo Tribunal Federal, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

⁹⁴³ O Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática de 2006, assinalou que “[...] a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 25.888. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, p. 11, 29 mar. 2006). Posteriormente, o Min. Alexandre de Moraes, em outra decisão monocrática, entendeu que “é inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 35.410. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 18, 1 fev. 2018). No mesmo sentido, o Min. Alexandre de Moraes proferiu outra decisão, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 35.836. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de agosto de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 167, 16 ago. 2018).

⁹⁴⁴ Em sede de processo de *consulta*, que tem a peculiaridade de responder a questionamentos formulados por gestores públicos de forma *abstrata*, resultando em deliberação que constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou do caso concreto (art. 1º, inc. XVII, § 2º, LO/TCU), a Corte entendeu não ser possível enfrentar a questão da inconstitucionalidade de norma editada pelo Congresso. Na ocasião, embora tenha considerado que a Lei nº 13.177/2015, que passou a validar e permitir a renovação automática das outorgas de permissão para lotéricas, contivesse regras absolutamente inconstitucionais, sobretudo em relação ao art. 175 da Constituição, tratava-se de norma aprovada pelo Congresso e promulgada pelo Chefe do Executivo. Por tal razão, a Corte entendeu que: “Ainda que não se consiga identificar o interesse público almejado com a alteração da legislação que regulamenta as lotéricas, validando permissões há muito irregulares, é necessário reconhecer que não compete a esta Corte de Contas o controle de constitucionalidade *abstrato* das leis ou atos normativos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 276/2016*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:276%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 1 maio 2019. P. 7, grifo nosso). No voto do Relator, destacou-se que o Plenário da Corte já havia encaminhado à Procuradoria-Geral da República Nota Técnica sugerindo a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face da referida norma. A Corte decidiu responder que não havia óbice legal à continuidade da execução das permissões alcançadas pela referida norma, enquanto mantidos os seus efeitos (Ibid.).

⁹⁴⁵ “Compete ao TCU a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em caráter *incidental* e a cada *caso concreto* que lhe é submetido (Súmula STF 347), com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito erga omnes, compete somente ao STF”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1758/2018*. Relator: Min. Augusto Nardes, 1 de agosto de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A276%2520ANOACORDAO%253A2016/score%20desc,%20>

Possíveis problemas decorrentes dessa proposta restritiva já puderam ser vislumbrados nas seções anteriores. O controle sobre a destinação das verbas do Fundef, já mencionado, tem origem na constitucionalidade da destinação desses recursos, quando decorrentes de demandas judiciais (precatórios). Ou ainda em relação à contratação temporária irregular de professores da educação básica ou do cômputo de gastos, para fins do art. 212 da Constituição, em áreas que claramente não tenham relação com a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Em se tratando de um direito fundamental de matriz fortemente alicerçada na Constituição, a vedação ao controle difuso de constitucionalidade poderia representar um fator contrário à promoção desse direito, com repercussão no mínimo existencial em educação. Bastaria uma lei municipal, ainda que visivelmente inconstitucional, para afastar o controle exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais, Municipais e dos Municípios, com o agravante de que, embora o rol de legitimados tenha sido consideravelmente ampliado após 1988, tais Cortes não têm legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade.

Por outro lado, para evitar eventuais abusos, o Ministro Luiz Fux, na Petição nº 4.656, propôs uma premissa teórica no sentido de que o afastamento de leis ou atos normativos somente deve ocorrer se houver *cabal e incontestemente* ultraje à Constituição, verificado com maior força nos casos de precedentes do STF, mas não apenas nessas situações. Na hipótese de *dúvida razoável* acerca do conteúdo da norma adversada, o Ministro defende a *autocontenção*, prestigiando-se a opção do legislador investido democraticamente.⁹⁴⁶

Pensa-se que este seja o caminho a ser trilhado pelos Tribunais de Contas, facultando-se o controle difuso como instrumento hábil a uma atuação *forte* em prol do

COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuiid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>. Acesso em: 1 maio 2019. Grifo nosso). “A possibilidade de o TCU apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (Súmula STF 347) está adstrita ao exame de caso concreto, sem alcançar consulta sobre caso hipotético”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2391/2017*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*TIPONORMATIVO%253A%2522S%25C3%25BA%2522%2520NUMEROLEGISELACAO%253A347/DTRELEVANCIA%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuiid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>. Acesso em: 1 maio 2019.). Mais recentemente, cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 964/2019*. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 30 de abril de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/controlado%2520e%2520constitucionalidade%2520e%2520difuso/ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>>. Acesso em: 1 maio 2019.

⁹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na petição nº 4.656. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 278, 4 dez. 2017, p. 298.

mínimo existencial em educação, mas limitado aos casos em que a violação constitucional for *patente*.

Por fim merece registro que a tese da intervenção *forte* não se confunde com a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem um controle difuso de constitucionalidade. Na tese sustentada defende-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente do mínimo existencial em educação, impõe uma atuação diferenciada dessas Cortes no sentido de promover a concretização desses direitos, dentro dos limites de suas atribuições. Propõe-se, portanto, a releitura dessas atribuições a partir da perspectiva da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição brasileira, que destacam a dignidade humana como fundamento da República.

O controle *difuso* de constitucionalidade é apenas uma dentre as diversas possibilidades de atuação *forte* ao alcance dos Tribunais de Contas. Ademais, nem sempre esse controle estará necessariamente atrelado à promoção dos direitos fundamentais, todavia, nos casos relacionados ao mínimo existencial em educação essa será sempre uma atuação *forte* possível. O fundamento constitucional para o controle difuso, conforme assinalamos, decorre das atribuições da Corte, relacionadas ao julgamento de contas, além dos parâmetros de legalidade e de legitimidade do controle, que justificam o controle de constitucionalidade no caso concreto, incidentalmente.

Basta imaginarmos uma contratação irregular de servidor público, para provimento de qualquer cargo efetivo, em descumprimento às normas constitucionais que impõem a regra do concurso público, mas fundada em lei municipal claramente inconstitucional. Nesse caso, no exercício da atribuição do art. 71, inc. III, da Constituição, deveria o Tribunal de Contas efetuar o registro do ato, por estar amparado em lei local, embora viole a Constituição? Entende-se que não, pois o exame de *legalidade (juridicidade)* deve abranger a análise de compatibilidade entre a norma local que fundamentou o ato de admissão e a própria Constituição, para *negar o registro* ao ato sob análise, reconhecendo, no caso concreto, a inconstitucionalidade.

Da mesma forma podemos concluir diante de uma norma municipal que preveja a possibilidade de o servidor municipal se aposentar com critérios mais benéficos e manifestamente contrários àqueles previstos na Constituição. Deveria o Tribunal de Contas registrar o ato de aposentadoria por estar amparado em lei local, embora manifestamente inconstitucional? Entende-se que não.

Ou ainda no caso de Município que cria uma nova lei de licitações inteiramente diferente do modelo federal, definindo a contratação direta por dispensa de licitação como

regra geral, com limites altíssimos, ferindo tanto a norma de competência do art. 22, inc. XXVII, da Constituição, como a regra constitucional que prevê ser a licitação a regra geral a ser observada pela administração pública (art. 37, inc. XXI, CR). Nesse caso, deveria o controle externo reputar como legais as despesas com contratação direta fundamentadas nessa lei local? Defende-se que seria possível, no caso concreto, considerar as respectivas despesas ilegais, aplicando as penalidades ao alcance da Corte e, eventualmente, julgar irregulares as contas do responsável.

Se há questionamentos recentes quanto ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas, contrários à aplicação da Súmula nº 347 do STF, o mínimo existencial em educação fornece argumentos consistentes no sentido da preservação dessa possibilidade, tradicionalmente exercida por essas Cortes, como uma modalidade de intervenção *forte*, ao menos para as situações relacionadas à concretização dos direitos fundamentais relacionados a esse mínimo e nos casos em que a inconstitucionalidade for patente.

5.2.8 O uso das técnicas do Código de Processo Civil como instrumento para uma atuação forte dos Tribunais de Contas

Outra possibilidade a ser analisada na perspectiva de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, mas que não será objeto de aprofundamento, consiste na utilização de mecanismos processuais ao alcance do controle externo a partir da disciplina do art. 15 do Código de Processo Civil (NCPC).⁹⁴⁷ Com efeito, o NCPC prevê a possibilidade de aplicação *supletiva* e *subsidiária* das normas de processo civil aos processos administrativos. Nesse sentido, afirma Theodoro Júnior: “[...] a lei processual civil não só se presta a *suprir* lacunas da disciplina de outros processos, como, *v.g.*, o administrativo, mas atua também *subsidiariamente*, mesmo quando nestes não se

⁹⁴⁷ Sobre a aplicação do NCPC aos Tribunais de Contas, por força de seu art. 15, independentemente de previsão regimental expressa, cf. MATOS, André Luis de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O impacto do Código de Processo Civil de 2015 na modelagem procedimental dos Tribunais de Contas. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS*, Brasília, v. 5, nº 1, p. 484-515, jan./jun, 2018.

verificam omissões”.⁹⁴⁸ Para o autor, no último caso estaria exercendo uma função auxiliar de dar sentido a disposições legais menos precisas.⁹⁴⁹

Os processos de contas possuem particularidades que os diferenciam dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos em geral. Não obstante, há diversos influxos processuais comuns a todos os ramos processuais, como a aplicação das normas relativas a direitos e garantias processuais.⁹⁵⁰ Não é por outra razão que o TCU, há bastante tempo, sumulou o entendimento de que “na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil” (Súmula nº 103),⁹⁵¹ e o seu Regimento Interno dispõe serem aplicáveis ao Tribunal, subsidiariamente, as normas

⁹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 11, grifo do original.

⁹⁴⁹ Ibid.

⁹⁵⁰ Cavalcanti destaca que os processos de contas teriam três dimensões: a de julgamento da gestão do responsável, a de punibilidade do gestor faltoso e a de reparação de dano eventualmente causado ao erário. (CAVALCANTI, Augusto Shermanº O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 30, nº 81, p. 17-27, jul./set. 1999). “Os defensores de um caráter plenamente judicial das decisões do TCU apontam para o fato de que o processo administrativo obedece a um rigor próximo do processo judicial quando separa instrução e julgamento, oferece ampla possibilidade de defesa e revisão, e segue, em outros aspectos, os princípios da legalidade e da imparcialidade”. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 181, grifo nosso). “A possibilidade de o TCU agir de ofício – na instauração e na condução de processos – constitui particularidade estranha ao processo judicial, e impede qualquer tentativa de enquadramento das decisões dos Tribunais de Contas como decisões judiciais. [...] Esta circunstância não impede que se reconheça 1. que o TCU *exerce jurisdição*; 2. que o TCU *julga* contas; e 3. que as decisões do TCU *se pautam pelo processo administrativo*”. (FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1115, grifo nosso). “No controle externo, baseado no primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, *necessário fazer respeitar, com rigor, o due process of law*, de maneira a emprestar crescente credibilidade aos Tribunais de Contas, inclusive na sua valiosa atuação preventiva”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 114, grifo nosso). Sobre a aplicação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inclusive aos processos de fiscalização, cf. ZYMLER, Benjamin. *Processo administrativo no Tribunal de Contas da União*. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 169-170. Neste sentido, embora de forma um pouco mais restrita, também se observa em Portugal: “Estamos, pois, perante um complexo conjunto de normas que, juntas, formam um verdadeiro regime processual autónomo, mais ou menos adequado às *especificidades* actuais da responsabilidade financeira e que, como em outros sistemas processuais específicos, *apenas em casos concretos e subsidiariamente se socorre dos normativos e princípios processuais estabelecidos nos códigos <<mãe>>: o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal*”. (CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 199, grifo nosso).

⁹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 103*. Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 25 nov. 1976. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/processo%2520e%2520civil/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a LO/TCU (art. 298, RI/TCU).

A doutrina vem desenvolvendo diversos estudos voltados à utilização de institutos do processo civil no âmbito dos Tribunais de Contas, tais como acerca da possibilidade do uso de multas (*astreintes*) com o objetivo de dotar suas decisões de maior coercibilidade; da aplicação do regime de tutelas provisórias de urgência do NCPC; das alterações na sistemática de produção de provas (modificação do ônus da prova); da participação dos Tribunais de Contas em processos judiciais, fortalecendo o diálogo interinstitucional em prol da concretização de políticas públicas em direitos fundamentais; da utilização da sistemática de precedentes no âmbito dos Tribunais de Contas; e do uso de soluções alternativas consensuais de questões envolvendo o poder público.⁹⁵²

Conforme já analisado anteriormente, em sua perspectiva objetiva, os direitos fundamentais projetam efeitos também em relação à dimensão organizacional e procedimental dos Tribunais de Contas, no sentido de que as normas a eles aplicáveis sejam interpretadas e conformadas a partir dos potenciais efeitos de promoção dos direitos fundamentais que possam desempenhar por ocasião do controle de políticas públicas. Quando em jogo o mínimo existencial em educação, tais efeitos potencializam-se.

Tais diretrizes devem conduzir, portanto, a uma aplicação extensiva das regras processuais civis, a partir da abertura propiciada pelo art. 15 do NCPC, consideradas as

⁹⁵² SOUZA, Andrea Barreto de; AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. Da aplicação de sanção pecuniária pelos Tribunais de Contas no caso da interposição de embargos de declaração com intuito protelatório. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, nº 1, p. 325-361, jan./jun. 2018; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; CESTARI, Renata Constante. Direito Processual Moderno nos Tribunais de Contas: poder geral de cautela e *astreintes*. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 1, p. 124-136, nov. 2014 / maio 2015; MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-84; FERREIRA, Diogo Ribeiro. Novo Código de Processo Civil e sua aplicação pelo Tribunal de Contas: distribuição dinâmica do ônus da prova e princípios do devido processo legal e da verdade material. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 141-152; MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, v. 273/2017, p. 69-93, nov. 2017, p. 79; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos. A interação do Tribunal de Contas da União com o sistema de precedentes do CPC/2015. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 24, nº 2, p. 749-776, set./dez., 2018; MEGALE, Maria Regiane Marques. Possibilidade de adoção de mecanismos de solução consensual nos processos dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 167-180.

especificidades do controle externo e a necessária compatibilização com as normas constitucionais e legais do controle externo, no sentido de extrair desse sistema processual comum o máximo de instrumentos que possam viabilizar um controle mais expressivo e efetivo sobre as políticas públicas em direitos fundamentais, designadamente as relacionadas com o mínimo existencial em educação.

5.2.9 O uso dos Termos de Ajustamento de Gestão no âmbito dos Tribunais de Contas

Por fim, uma outra proposta concreta que poderia resultar de uma atuação *forte* em prol do mínimo existencial em educação consistiria na utilização de Compromissos ou Termos de Ajustamento de *Gestão* pelos Tribunais de Contas (TAG).

A inspiração para a elaboração de tais ajustes é o Compromisso ou Termo de Ajustamento de *Conduta* (TAC) previsto no § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985.⁹⁵³ Com bem assinala Gavronski, para tal compromisso ser firmado não se exige necessariamente uma desconformidade evidente, sendo possível também nos casos em que haja a conveniência ou a necessidade de uma solução pactuada que possa atender melhor aos princípios legais. Com efeito, “[...] a lei sempre pauta o compromisso, mas não apenas aquela conduta em direta contrariedade à lei serve-lhe de objeto; pode-se, por meio dele, por exemplo, *avançar na implementação de um direito assegurado genericamente*”.⁹⁵⁴

O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o referido dispositivo legal, nos termos da Resolução nº 179, de 2017, definindo-o como um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público. Sua natureza é de *negócio jurídico* e tem por finalidade a *adequação da conduta às exigências legais e constitucionais*, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração (art. 1º). É vedado, por meio do TAC, fazer concessões que impliquem *renúncia* aos direitos

⁹⁵³ SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018, 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018, p. 116.

⁹⁵⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 379, grifo nosso.

ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e a indenização dos danos que não possam ser recuperados (art. 1º, § 1º).⁹⁵⁵

Recentemente, a Lei nº 13.655, de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), instituiu a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar *compromisso* com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, desde que presentes razões de relevante interesse geral (art. 26, LINDB).⁹⁵⁶ Para Guerra e Palma, esse dispositivo figura como um permissivo genérico à celebração de acordos pela administração pública, enquanto o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, estaria restrito ao âmbito da ação civil pública em fase de inquérito ou ajuizamento. Dessa forma, assinalam os autores, o sistema jurídico brasileiro passa a contar com dois permissivos à celebração de acordos pela administração pública.⁹⁵⁷

Em âmbito local, Lima noticia ter sido instituído, em Belo Horizonte, pelo Decreto nº 12.634/2007, o Termo de Compromisso de *Gestão*. Segundo o autor, trata-se de um instrumento de controle consensual, espécie de “contrato *lato sensu*”, firmado pela Controladoria-Geral do Município com as autoridades do primeiro escalão da administração nos casos em que, em auditorias, são detectadas faltas não intencionais, sem prejuízo deliberado ao erário e que possam ser corrigidas.⁹⁵⁸

Inspirado no exemplo de Belo Horizonte, afirma Megale, foi criado pela Lei complementar nº 120/2011, no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais

⁹⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁹⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum – RA*, Marília, SP, v. 19, nº 2, p. 305-318, maio/ago. 2018.

⁹⁵⁷ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018, p. 147-148.

⁹⁵⁸ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *Princípios Constitucional da Economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89.

(TCE/MG), o Termo de Ajustamento de Gestão, instrumento de controle consensual voltado a uma atuação preventiva, evitando a má gestão e substituindo o modelo de controle sancionatório por um controle consensual. Esse TAG permite ao TCE/MG ajustar com os jurisdicionados medidas voltadas ao saneamento de irregularidades e suspensão de punição, nos casos em que não haja ocorrido desvio de recursos públicos nem má-fé. Segundo a autora, no TAG, que pode ser proposto pelos relatores, presidente do Tribunal, pelos Poderes ou órgãos e entidades fiscalizados pela Corte, devem constar as obrigações e metas assumidas, além dos prazos para implementação, sendo franqueado acesso de seu inteiro teor a qualquer cidadão.⁹⁵⁹

A partir de uma perspectiva declaradamente *ativista*, Souza defende o uso do TAG como forma de tutelar direitos sociais fundamentais.⁹⁶⁰ Para a autora, o TAG também corresponde a uma forma de controle consensual baseada num ajuste entre controlador e controlado, que se obriga ao cumprimento da lei, em prol do alcance da efetividade de uma política pública que represente a mudança do viés sancionador pelo conciliador.⁹⁶¹

Para Souza, os TAGs fundamentam-se desde o preâmbulo da Constituição, com a previsão da solução pacífica dos conflitos, passando pelo princípio da juridicidade

⁹⁵⁹ MEGALE, Maria Regiane Marques. Possibilidade de adoção de mecanismos de solução consensual nos processos dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 174-178. A autora cita o indeferimento, pelo TCE/MG, no processo nº 877081, de proposta de TAG voltada a “regularizar” o descumprimento do dever constitucional de aplicar recursos em percentuais mínimos em saúde e *educação*, pelo fato de já haverem transcorrido três exercícios de descumprimento, ao argumento de que não seria possível nesse caso voltar ao passado para sanar a irregularidade. (MEGALE, Maria Regiane Marques. Possibilidade de adoção de mecanismos de solução consensual nos processos dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 177).

⁹⁶⁰ “As contas públicas, como se pode observar, estão nos portais do Governo, com acesso livre a todos os cidadãos, formando um novo contexto em relação as esferas ativistas, sejam quais forem os significados que se atribuam ao termo em questão. Logo, considerando o acima exposto, *é forçoso reconhecer-se que as Cortes de Contas, igualmente às Judiciárias, podem e devem praticar o ativismo de contas*, posto que nem sempre o texto literal da lei conduz à melhor solução, não só para o controle externo da Pública Administração, bem como para o melhor uso dos recursos disponíveis, tornando-os eficazes no seu objetivo final. Para tanto se faz necessário a adoção dos TAGs que propiciam ao controlador as convicções mais viáveis de solução de conflitos onde não exista dolo ou má-fé, por parte do gestor, para mediante uma análise principiológica da lei se estabelecer ajustes para a correção de rumos das ações irregulares dos gestores públicos, conforme os princípios do direito administrativo. *Eis aí o ativismo através dos TAGs*, porque estes, na composição com os gestores, não se prendem à letra fria da lei (literal), mas sim aos princípios instituídos na carta republicana e no direito”. (SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018, p. 124-125, grifo nosso).

⁹⁶¹ *Ibid.*

administrativa, até os demais princípios constitucionais. Embora não esteja previsto expressamente no texto constitucional, defende ser possível extraí-lo, a partir da teoria dos poderes implícitos, das atribuições conferidas pela Constituição aos Tribunais de Contas, designadamente para realizar inspeções e auditorias (art. 71, inc. IV, CR), julgar contas (art. 71, inc. II, CR), aplicar sanções (art. 71, inc. VIII) e assinar prazo (art. 71, inc. IX, CR).⁹⁶²

Somam-se a tais argumentos a previsão do NCPC no sentido de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem promover a celebração de termo de ajustamento de conduta, para fins de solução consensual de conflitos no âmbito *administrativo* (art. 174, inc. III, NCPC), e as novas disposições da LINDB, em especial o já mencionado art. 26, que prevê a possibilidade de a administração firmar compromisso.⁹⁶³ A seu ver, por se tratar de um *procedimento*, por força do art. 24, inc. XI, da Constituição, há competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre o tema. A autora informa que 20 Tribunais de Contas já adotam o TAG no Brasil.⁹⁶⁴

Em relação à educação, Souza narra a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE), que firmou o TAG com 25 municípios, no intuito de solucionar problemas relacionados à estrutura, funcionamento e reativação de unidades de ensino desativadas, paralisadas ou extintas, equipamentos de informática, biblioteca, transporte e merenda escolar.⁹⁶⁵

Destarte, se a medida não for desvirtuada para legitimar a postergação indevida da realização do mínimo existencial ou apenas para deliberadamente afastar a responsabilidade dos gestores, coonestando ilicitudes, o TAG pode ser um instrumento

⁹⁶² SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018, p. 124-125, grifo nosso.

⁹⁶³ Ibid.

⁹⁶⁴ Ibid., p. 141-146, apêndice 2. Ainda não adotaram a ferramenta o Tribunal de Contas da União, o Tribunal de Contas do Distrito Federal e, no âmbito estadual, os Tribunais de Contas dos Estados de Alagoas; Bahia; Ceará; Maranhão; Pará; Rio de Janeiro; Roraima; São Paulo; e Tocantins. No âmbito municipal, não adotaram o TAG Bahia, São Paulo e Rio de Janeiro. (Ibid., p. 146).

⁹⁶⁵ “O que é percebido em percentuais: dos 25 termos firmados, 10 correspondem a casos concluídos (40%), 1 a caso não concluído (4%) e 14 correspondem a casos em andamento (56%), relativos a problemas ou itens mais recorrentes dos Termos de Ajustamento de Gestão, como: merenda escolar, os problemas recorrentes foram sanados e comprovados diante de relatórios de inspeção com fotos e documentos; b) estrutura escolar: os problemas foram solucionados ou cumpridos total ou parcialmente; c) equipamentos de uso escolar permanentes ou de consumo: foram atendidos totalmente, parcialmente e em sua minoria, não atendido; d) transporte escolar: a resolutividade ocorreu em todos os processos; e) indicação da destinação de uso das unidades escolares que se encontram desativadas ou paralisadas, levando-se em consideração a possibilidade de aproveitamento das creches: foram atendidas total ou parcialmente”. (Ibid., p. 174-177).

útil no sentido de viabilizar a concretização consensual de direitos fundamentais. Uma solução imposta tende a gerar maiores resistências do que a estruturação de deveres em comum acordo, delineados em conformidade com a capacidade do ente envolvido. O TAG, se bem ajustado, poderá propiciar resultados efetivos mais rapidamente, devendo ser levado em consideração pelos Tribunais de Contas por ocasião da definição das opções de atuação *forte* de que dispõe para promover a concretização do mínimo existencial em educação.

5.3 Respostas às possíveis críticas a uma intervenção forte dos Tribunais de Contas no controle do mínimo existencial em educação

Diversas críticas contrárias a uma atuação *forte* do Tribunal de Contas podem ser prognosticadas, a partir dos apontamentos que a doutrina mais restritiva já apresenta em face da atuação regular dessas Cortes, como também pela possibilidade de estabelecer um paralelo entre os questionamentos referentes à atuação *forte* ora defendida e a atuação do Poder Judiciário na seara do controle judicial de políticas públicas. Sobre elas passa-se a tratar neste instante.

Alega-se que o exercício de algumas atribuições, se exercidas com uma postura mais ativa, nos termos do art. 70, *caput*, da CR – ou seja, com escopo contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e, também, operacional, a partir dos parâmetros da legitimidade e da economicidade, além da legalidade –, teriam o condão de converter os Tribunais de Contas em uma *instância revisora geral* da administração pública, de modo a impor a opinião do controlador como sendo a “melhor” e a “mais correta”, em detrimento do administrador, legitimado primaz para as escolhas públicas.⁹⁶⁶ Enfim, afirma-se que haveria a mera substituição da discricionariedade do gestor público por um juízo subjetivo dos órgãos de controle externo.

Trata-se, aqui, das conhecidas críticas da teoria da Constituição e filosófica, que se somam à também habitual crítica operacional, comumente direcionadas ao Judiciário contra sua atuação sobre políticas públicas, agora remodeladas e direcionadas aos

⁹⁶⁶ ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 158-163, 176; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 176, 180-185.

Tribunais de Contas. Em resposta, podem-se reiterar argumentos já ventilados outrora, acrescentando outras razões.⁹⁶⁷

Inicialmente, deve-se reconhecer que foi uma opção expressa do Constituinte – fruto, portanto, de uma deliberação *democrática* majoritária – conferir aos Tribunais de Contas um papel de controle mais amplo, para além da mera legalidade, não sendo adequado sujeitar suas atribuições atuais ao modelo de atuação do passado, mas permitir que alcancem toda a potencialidade que o texto constitucional atual lhes concedeu.

A isso se soma o fato de que o atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, especialmente no que se refere à educação, limita a participação popular para fazer valer seus anseios pelos canais de pressão disponíveis, deixando de influenciar de forma significativa a atuação dos atores legitimados primacialmente. Daí que a atuação de outros atores, como o Judiciário e os Tribunais de Contas, tem o condão de mitigar o déficit de atuação do controle social, em especial quanto aos direitos fundamentais mais significativos, como aqueles reunidos sob a figura do mínimo existencial.

A rigor, a ideia da separação dos poderes não pode ser mais encarada com a mesma rigidez de sua concepção tradicional. Em relação aos três poderes do Estado já se discute, há algum tempo, os seus limites de atuação. O advento de novos atores, igualmente dotados de autonomia e independência, exige uma reformulação da noção de separação, a partir das escolhas inseridas na Constituição de cada país.⁹⁶⁸

⁹⁶⁷ Para Barcellos, em linhas gerais, o primeiro conjunto de críticas questiona se o direito e o judiciário poderiam imiscuir-se em temas tipicamente reservados ao campo da deliberação política majoritária (legitimidade democrática). Já o segundo grupo de críticas refere-se à temática da legitimidade *essencial*, se as decisões dos juristas e dos juízes seriam melhores em matéria de políticas públicas do que as dos agentes responsáveis por tais atividades. A terceira crítica corresponde à ausência de instrumental técnico e ou de informações para que o juiz possa decidir, especialmente em demandas individuais, sem gerar distorções no sistema global de políticas públicas. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 107-116). Valle também trata das objeções comumente direcionadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, separando-as em dois eixos, um sobre a temática do *déficit democrático* e o outro acerca das *deficiências funcionais* do judiciário para o controle ou o redirecionamento de políticas públicas. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 99-107). Sobre a análise dessas questões, a partir da perspectiva dos Tribunais de Contas, cf. RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas*. Maceió: Viva, 2014, p. 161-163. Cf., ainda, sobre o tema, a seção 4.3.

⁹⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 254 e segs. “[...] É superada a ideia de separação rígida entre os poderes, pois esta não responde aos dilemas atuais da sociedade, afinal não se pode mais entender o Legislativo como simples elaborador de normas formalmente de acordo com a Constituição, o Executivo como implementador absoluto das políticas públicas e o Judiciário como simples regulador das relações privadas ou simples repressor do avanço do Estado sobre os Direitos Fundamentais Clássicos. Todas essas funções se entrelaçam formando um sistema de inter-relação e guarda da

Além disso, Caldas Furtado traz outro argumento interessante em reforço à legitimidade democrática dos Tribunais de Contas para exercerem um controle mais amplo, abarcando a legitimidade, a partir da previsão na Constituição de sua função de auxiliar o Poder Legislativo na atividade de controle externo. Com efeito, defende não existir afronta ao *princípio da separação dos poderes*, “eis que é missão constitucional do Poder Legislativo examinar, sob o aspecto da legitimidade, a atuação do Poder Executivo e demais poderes, tendo, nesse mister, o auxílio do Tribunal de Contas”.⁹⁶⁹

Torres acentua essa perspectiva de abertura do controle atribuído ao Tribunal de Contas pela sua relação com o Congresso – pois exercem ambos a *função de controle externo*, embora com competências distintas e exclusivas –, evidenciada com a inclusão dos três parâmetros gerais de controle no art. 70, *caput*, da Constituição. Com efeito, assinala o autor:

[...] O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, *sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas suas preferências*. Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do País.

A abertura do controle financeiro para a política, que sempre foi motivo de grande controvérsia, torna-se possível, repita-se, diante da

Constituição Material. [...]”. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais*: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14). Pontes, ao analisar a posição do Tribunal de Contas entre os poderes clássicos do Estado, assinalou: “Em órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 248). No mesmo sentido, Moreira Neto destaca que o processo organizativo do poder não se esgotou no constitucionalismo moderno e evoluiu, destacando novas funções específicas que passam a ser desempenhadas por órgãos não integrantes nos três complexos orgânicos denominados de Poderes (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 12).

⁹⁶⁹ Para Furtado, por força do parâmetro de legitimidade, o controle pelos Tribunais de Contas seria até mais amplo do que o controle judicial e não feriria a separação dos poderes: “Se o controle judicial se restringe apenas ao exame da legalidade do ato administrativo (controle jurídico-administrativo), o sistema de fiscalização previsto no artigo 70, *caput*, da Carta da República (controle político-administrativo) vai muito além, *podendo apreciar, inclusive, o mérito do ato administrativo*. E não se trata de afronta ao princípio da separação dos poderes. Eis que é missão constitucional do Poder Legislativo examinar, sob o aspecto da legitimidade, a atuação do Poder Executivo e demais poderes, tendo, nesse mister, o auxílio do Tribunal de Contas”. (FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007, p. 44-45, grifo nosso; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 556-557, grifo nosso).

reforma constitucional que autoriza o controle dos aspectos da legitimidade e da economicidade. Pesava sobre o Tribunal de Contas, como ademais o Banco Central e até o próprio Poder Judiciário, a suspeita da *falta de legitimação* para as decisões políticas, por ausência de representação popular na investidura de seus membros; hoje a Constituição eliminou o problema, como prevê expressamente o controle da legitimidade, que tem entre a suas consequências o controle incidental da constitucionalidade das leis. A questão se resolve sob a ótica dos princípios superiores da democracia e da divisão de poderes.⁹⁷⁰

Embora haja essa “abertura para a política”, decorrente do fato de compartilharem a mesma função de controle externo, os Tribunais de Contas são, inegavelmente, *órgãos técnicos*, e *não políticos*. Devem atuar a partir de critérios objetivos e possuir um corpo técnico multidisciplinar e qualificado, com acesso e capacidade para armazenar inúmeros dados da gestão pública, de forma independente em relação aos fiscalizados. Labutam diária e exclusivamente com a temática relacionada ao controle e à fiscalização da atividade administrativa, tendendo, desta forma, a possuir uma *expertise* maior do que a observada em relação a outros atores que exercem a atividade de controle ocasionalmente.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 270, grifo nosso.

⁹⁷¹ Com efeito, “essa função assecuratória de um espaço público de debate e conhecimento do problema, que subsidie o processo de formação e aperfeiçoamento das políticas públicas, em verdade, pode igualmente ser desenvolvida, e com grande proveito à cidadania, também pelas Cortes de Contas. Afinal, congregam os Tribunais de Contas não só a *expertise* técnica, mas também, e especialmente, *histórico de informações* em relação ao já havido, naquele campo temático, naquela entidade administrativa. Esse é um acervo de conhecimento que não se pode desconsiderar quando se cogita de aferição da existência/adequação do agir da administração”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 152, nota de rodapé nº 247). Rosilho aponta diversas características do TCU que, em nosso sentir, corroboram o *caráter técnico* de atuação da Corte, “[...] pelo fato de o Tribunal 1) ocupar posição institucional privilegiada (observador externo independente), 2) possuir corpo técnico plural e extremamente qualificado, 3) possuir estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos do Estado e 4) ser capaz de centralizar dados e informações advindas de toda a administração pública — em tese permitindo-o identificar gargalos e refletir sobre melhores práticas na administração —, pode, por meio das auditorias operacionais — que estão eminentemente preocupadas em aferir a qualidade da ação estatal —, dar relevantíssima contribuição ao aprimoramento da gestão pública”. (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 297). Sobre a atuação de índole *técnica* dos Tribunais de Contas, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 726-727, 732, 733; SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 373; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223-224; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 463; IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 83-84. Sobre o tema, cf., ainda, a seção 4.3.

Sua composição, pela própria Constituição, impõe uma abertura para diversos ramos do conhecimento, ao exigir de seus membros notórios conhecimentos não apenas jurídicos, mas também contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, além de mais de dez anos de experiência (art. 73, § 1º, inc. III e IV, CR).

A composição de seu colegiado *mescla* indicações – em sua maioria – provenientes do Parlamento e do Executivo com outras – feitas também pelo Poder Executivo – realizadas necessariamente dentre agentes públicos de origem *técnica* (Auditoria e Ministério Público de Contas). Essas características únicas em sua composição, a amearhar conhecimentos de diversas áreas e ter entre suas fileiras membros oriundos de escolhas gestadas em diferentes universos – Legislativo, Executivo e técnico – também tende a conferir ao seu colegiado, ao menos em teoria, uma maior legitimidade para deliberar sobre questões que vão para além da legalidade estrita, a abranger a economicidade e a legitimidade.⁹⁷²

Reforça a noção de legitimidade da atuação dos Tribunais de Contas, em face das críticas mencionadas, o fato de que suas numerosas prerrogativas, tanto subjetivas quanto institucionais, preveem a atuação de um corpo ministerial próprio junto ao seu corpo deliberativo, somado à sua forma colegiada de atuação, sobre a qual incidem as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade de suas decisões, permitindo desenvolver a já conhecida ideia da *legitimação pela fundamentação* técnica e transparente de suas decisões.⁹⁷³ É dizer, quanto mais

⁹⁷² Conforme já mencionado anteriormente, não se desconhecem os já notórios desvios de conduta praticados por diversos membros de Tribunais de Contas, muitos dos quais foram afastados de suas funções recentemente e outros até condenados em juízo, a insinuarem possíveis problemas na sistemática de indicações aos respectivos cargos prevista na Constituição e que são objeto de diversos projetos de emenda constitucional, no sentido de reduzir o espaço de discricionariedade dessas escolhas. Sem embargo de concordar com a necessidade de um aperfeiçoamento do sistema de controle externo como um todo, pensa-se que os problemas se devem, em grande parte, mais a fatores estranhos à seara jurídica, enraizados em nossa sociedade, do que propriamente aos enunciados constitucionais relativos aos requisitos de acesso aos cargos de ministro e conselheiros de Tribunais de Contas, que, a rigor, são mais rígidos do que aqueles previstos, por exemplo, para o acesso ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. O foco da pesquisa, contudo, limitou-se ao exame das potencialidades ao alcance dos Tribunais de Contas, a partir de seu regime jurídico constitucional e legal, razão pela qual não aprofundaremos a temática.

⁹⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 99-102. Para Britto, a presença do Ministério Público de Contas atuando junto ao Tribunal de Contas se revela como um elemento fortalecedor da necessária autonomia operacional dessas Cortes. (BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público a União e do Tribunal de Contas – órgãos distintos. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, nº 69, p. 32-44, jan./mar., 1984, p. 43). Zymler destaca que a atuação do MP/TCU como fiscal da lei deriva da indisponibilidade dos direitos tutelados pelo Tribunal, que refogem da esfera de disponibilidade dos gestores públicos, além da necessidade de garantir-se aos responsáveis e interessados o *due process of law*. A seu ver, a sua existência deflui também da necessidade prática de *realçar as cores jurídicas do processo* estabelecido na jurisdição de contas, pela *formação específica* que lhes permite lidar com temas jurídicos de maior

técnica, substancialmente motivada e atenta às garantias constitucionais processuais, quanto mais independente e especializado seu corpo técnico e deliberativo, quanto mais aberto às demandas da sociedade, maior a legitimidade do resultado da atuação dessas Cortes.

Outro fator relevante e que confere aos Tribunais de Contas legitimidade para atuar, segundo Torres, consiste nas normas que estabelecem a possibilidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato *denunciarem* irregularidades ou ilegalidades à Corte (art. 74, § 2º, CR), além da regra constitucional que impõe a obrigatoriedade da exposição das contas dos Municípios, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, que poderá questionar-lhes a *legitimidade* (art. 31, § 3º, CR).⁹⁷⁴ Para o autor, “[...] a legitimação popular para deflagrar o processo de controle externo dá legitimidade política ao Tribunal de Contas”.⁹⁷⁵ Essa iniciativa popular para provocar o controle de irregularidades e ilegalidades é vista por Torres com a mesma *dimensão democrática* dos instrumentos processuais pertinentes à defesa dos direitos difusos, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção.⁹⁷⁶

Analisando a questão a partir da Constituição portuguesa, Costa defende a possibilidade de um controle financeiro em sentido *amplo* pelo Tribunal de Contas, a abranger o *mérito* da gestão pública, para além das questões de estrita legalidade, sem, contudo, ensejar qualquer violação ao *princípio da separação dos poderes*. Assinala que o controle de mérito *robustece o controle político e o controle social*, sem sacrificar a discricionariedade administrativa, contribuindo para um *maior equilíbrio entre os Poderes* e reforçando a *credibilidade* das instituições democráticas.⁹⁷⁷

complexidade. (ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996*: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 179; ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Fórum; Belo Horizonte, 2013, p. 259). Speck destaca que a indicação de auditores e procuradores para o cargo de ministro fortalece a noção de um órgão técnico-profissional. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 79).

⁹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994, p. 270-271.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 270.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 270-271.

⁹⁷⁷ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 209-216.

Esse cenário defendido pelo autor, de um controle *amplo* que não invade as funções dos demais poderes, sustenta-se, contudo, pela adoção da premissa de que essa análise do mérito *não vincula* o controle político. Com efeito, assinala Costa, do princípio da separação dos poderes desdobra-se que “os efeitos do controle externo não podem condicionar o exercício do controle político nem constranger a margem de discricionariedade da atuação administrativa”.⁹⁷⁸

Uma atuação ampla do controle externo não é, em si mesma, violadora do princípio da separação dos poderes, mas apenas se extrapolar a seara funcionalmente adequada de sua atuação para se substituir ao gestor, gerando, nas palavras de Costa, uma confusão entre quem gere e quem controla.⁹⁷⁹ Essa concepção está correta e passa pela compreensão adequada do que efetivamente corresponde ao *mérito*.

Adota-se a concepção de que o mérito corresponde à margem de atuação do gestor público estabelecida não apenas pela lei em sentido estrito, mas a partir da Constituição. Nas palavras de Freitas, ao tratar da economicidade, não ocorre uma invasão do espaço reservado à discricionariedade, “[...] porque é certo que qualquer discricionariedade *válida* somente o será se guardar vinculação fiel aos imperativos da sensatez econômica, incompatível com qualquer desperdício [...]”.⁹⁸⁰ Em outras palavras, se o mérito (devidamente considerado à luz da Constituição) não é diretamente controlável, “[...] o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Mais que nunca a discricionariedade *legítima* supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à *afirmação dos direitos fundamentais* [...]”.⁹⁸¹

O cerne da questão consiste justamente em identificar esse mérito que pode ser avaliado, sobre o qual o Tribunal de Contas deverá se manifestar e apontar recomendações, mas não vincula a atuação do gestor, em relação aos casos onde há apenas a *aparência de mérito*, pois, a rigor, liberdade não havia, e, sim, vinculação decorrente da própria Constituição.

Deve-se considerar a existência de outros padrões ou consensos morais e técnicos consolidados, para além da lei, que permitem o controle, tanto pelo Judiciário quanto pelos Tribunais de Contas. Superado o fundamento restrito à legalidade, ainda

⁹⁷⁸ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 209-216.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 215.

⁹⁸⁰ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125, destaque nosso.

⁹⁸¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48, grifo nosso.

assim há situações que permitem ao controlador verificar de forma consistente um juízo de certo/errado com fundamentação técnica/científica, como ocorre nos casos de atos de gestão *manifestamente* ilegítimos ou *claramente* antieconômicos.⁹⁸² Trata-se aqui da ideia de controlador no papel de “administrador negativo”, desenvolvida por Freitas, em analogia com a figura do “legislador negativo”, pois, “[...] se é verdade que o controle, salvo situações excepcionalíssimas, não pode adentrar a zona de atribuições do administrador, tem o *dever* de sinalizar como *não devem* ser utilizadas as competências administrativas”.⁹⁸³

Speck destaca, ao analisar o parâmetro de economicidade do controle, por ocasião da avaliação das escolhas realizadas entre vários meios disponíveis, o alcance de determinados fins, e frisa que essa relação (entre meios e fins) perdeu, sucessivamente, o caráter *político* e, a partir da moderna ciência da administração e de economia, passou a se estabelecer como *método objetivo* com *parâmetros claros*.⁹⁸⁴

Sem pretender exaurir a temática, a doutrina aponta diversos critérios que devem orientar o controle nos casos de conceitos abertos. Em relação ao controle judicial, Binenbojm propõe alguns standards básicos: o grau de restrição a *direitos fundamentais* – quanto maior a restrição, maior o controle (esse entendimento vai ao encontro do que se defende neste trabalho, em relação a uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, quando em jogo o mínimo existencial em educação); *o grau de objetividade extraível do relato normativo* – quanto maior, mais intenso o controle (ideia que também se relaciona com nossa defesa de um controle diferenciado a partir da densidade normativa do direito fundamental em jogo); *o grau de tecnicidade da matéria* – quanto maior, menos intenso o controle (aqui a proposta de Binenbojm, voltada ao Judiciário, deve ser analisada com um olhar diferente quando se refere aos Tribunais de Contas, cuja atuação se dá, em tese, a partir de critérios técnicos, objetivamente aferíveis, considerando ainda a *expertise* no controle da atividade administrativa); *o grau de politicidade da matéria* – quanto maior,

⁹⁸² Para Maurer, ao tratar da temática dos conceitos jurídicos indeterminados, é justamente a possibilidade de valorações diferentes que torna ainda mais imperioso um controle jurídico, para o qual o conhecimento especializado necessário poderá ser encontrado também em tribunais administrativos. (MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 58-59).

⁹⁸³ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

⁹⁸⁴ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 77-78.

menos intenso o controle; *o grau de participação efetiva e consenso obtido* em torno da decisão administrativa – quanto maior, menos intenso o controle.⁹⁸⁵

Com efeito, tem razão Barcellos, ao analisar o parâmetro da legitimidade, que ao Tribunal de Contas não cabe substituir-se à competência atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo e à Administração Pública. Não obstante, a autora não rechaça o uso de tal parâmetro pelas Cortes de Contas, mas impõe que sua utilização ocorra mediante uma *justificação consistente*, à luz da *finalidade* da legislação, e que recaia sobre as opções *claramente abusivas*.⁹⁸⁶

Nesse contexto, resulta imprescindível, em especial no âmbito do controle externo, um efetivo controle sobre as *motivações obrigatórias*.⁹⁸⁷ Diferentemente do que se observa nos processos judiciais, o controle externo é guiado pela noção republicana e democrática do *dever de prestar contas*, encartada no parágrafo único do art. 70 da Constituição e que consiste num verdadeiro *princípio sensível*, a autorizar, em caso de descumprimento, a excepcional possibilidade de intervenção de um ente da federação em outro.

Pelas suas características constitucionais únicas, o controle externo atua prioritariamente sobre as informações prestadas pelo próprio gestor ou responsável, que tem o dever de prestar contas e demonstrar a regularidade de seus atos (arts. 34, VII, “d”, 35, II, e 71, parágrafo único, CR; art. 93, Decreto-lei nº 200/67; art. 113, Lei nº 8.666/1993; art. 87, Lei nº 13.303/2016). O *ônus da prova*, em regra, compete ao gestor, quanto à demonstração da regularidade de sua atuação em conformidade com a Constituição e com a legislação de regência.⁹⁸⁸ Aos Tribunais de Contas cumpre, a partir

⁹⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 693, 226-241. Neste sentido, ainda, cf. KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75-83.

⁹⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312.

⁹⁸⁷ “Com base nos princípios em exame (eficiência, eficácia e economicidade), não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das *motivações obrigatórias*”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126, grifo nosso)

⁹⁸⁸ “De forma tópica, cabe destacar: a) o *ônus da prova* em relação à *boa e regular aplicação de recursos públicos* incumbe a quem os recebe, posto que é inerente à função de administrar coisa alheia, o *dever de prestar contas*; [...]”. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 197-198, grifo nosso); “Diferentemente do que ocorre no Direito Privado, em que a presunção de boa-fé predomina e deve ser afastada por quem alega o contrário, *no campo do Direito Financeiro, de caráter eminentemente público, a ausência de prestação de contas faz surgir contra o gestor de recursos públicos presunção de ilicitude, que pode ser elidida pela apresentação de sólidos argumentos de defesa.*” (ZYMLER, Benjamin. *Processo administrativo no Tribunal de Contas da União*. In: BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1996: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello

da análise dessas justificativas, exercer seus juízos valorativos de forma *fundamentada, técnica e objetiva*.

Esses juízos valorativos exercidos pelos Tribunais de Contas não são arbitrários, mas condicionados pelas exigências da própria legislação. O Código de Processo Civil, aplicável supletiva e subsidiariamente aos de processos contas, nos termos do seu art. 15, estabelece deveres de fundamentação mínima no §1º de seu art. 489, exigindo, em linhas gerais, a efetiva demonstração da incidência de uma determinada norma ao caso concreto, vedando uma deliberação genérica e subjetivista.⁹⁸⁹

Mais recentemente, conforme antes mencionado, o art. 20, inserido na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, passou a exigir uma fundamentação específica por parte dos órgãos de controle – e também da administração e do judiciário – no sentido de impor a análise das consequências práticas da decisão fundada em valores jurídicos abstratos, além da demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, de modo a deixar expressas suas consequências jurídicas e administrativas.

É possível afirmar, portanto, que o dever de o administrador apresentar a motivação e comprovar a regularidade dos atos administrativos praticados, somado ao dever de os órgãos de controle externo fundamentarem adequadamente suas decisões, reduzem significativamente os riscos de uma atuação voluntariosa por parte dos Tribunais de Contas. Eventuais abusos, caso ocorram, certamente resultarão na violação dos deveres impostos pelo NCPC ou pela LINDB, atraindo a possibilidade de um controle judicial que reconduza o órgão controlador aos ditames da legalidade.

Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 167, grifo nosso); “Em outras palavras, gerir recursos públicos inclui assumir o ônus de demonstrar a regularidade de sua própria aplicação, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da própria Constituição da República de 1988. [...] Assim a interpretação geral do art. 70, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, dever de prestação de contas, é no sentido de recair o *ônus da prova aos gestores públicos*, que possuem via de regra, amplo acesso às provas que demonstram a regularidade da sua própria gestão”. (FERREIRA, Diogo Ribeiro. Novo Código de Processo Civil e sua aplicação pelo Tribunal de Contas: distribuição dinâmica do ônus da prova e princípios do devido processo legal e da verdade material. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 143-144, grifo nosso).

⁹⁸⁹ No sentido da aplicação do art. 489, § 1º, do NCPC aos Tribunais de Contas, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 24 nov. 2018, p. 35-37. Para Theodoro Júnior, além de suprir lacunas a lei processual civil exerce a função auxiliar de dar sentido a disposições legais menos precisas. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 11).

Pode-se, portanto, afirmar que há razões tão ou mais consistentes em favor de uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas, em prol da efetivação do mínimo existencial em educação, do que se observa em relação ao próprio Judiciário. Apesar das possíveis críticas, impõe-se uma releitura do papel dessas Cortes, no sentido de que passem a desempenhar suas atribuições com o olhar voltado aos fundamentos e objetivos fundamentais da República (arts. 1º e 3º, CR), em especial conferindo à dignidade da pessoa humana a posição de centralidade a que faz jus em nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida teve por objetivo avaliar os limites da atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle sobre o mínimo existencial em educação. A hipótese de partida consistiu em atribuir a essas Cortes a possibilidade de exercerem uma atuação *forte* nos casos em que sua função de fiscalização fosse desenvolvida sobre atividades estatais relacionadas à concretização da parcela do direito fundamental à educação integrante do mínimo existencial.

Para avaliar a procedência ou não dessa hipótese, a pesquisa abordou diversos aspectos relacionados ao direito fundamental à educação. Inicialmente, foi empreendida uma análise normativo-constitucional, abrangendo a evolução histórica desse direito nas Constituições brasileiras, no Direito Comparado e no plano internacional, para em seguida pesquisar a sua efetividade no plano empírico, a partir de indicadores nacionais e internacionais.

Em comparação com os textos constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 alcançou elevado nível de densidade normativa, jamais visto em relação ao direito à educação. Foi possível perceber a preocupação do Constituinte em incrementar e conferir máxima efetividade a esse direito, ao ampliar a sua normatização em nível constitucional, como forma de propiciar as necessárias mudanças na realidade social.

Comparando-se os arranjos constitucionais brasileiro, português e espanhol, observou-se, no Brasil, uma decisão fundamental do Constituinte no sentido de compelir o Estado a desincumbir-se com maior força do dever de disponibilizar a educação básica a todos, indo além de uma mera declaração de intenções e prevendo todo um arranjo institucional necessário para tal fim, como a repartição específica de atribuições e os recursos necessários.

Embora no plano normativo a disciplina do direito fundamental à educação seja pródiga, a realidade ainda está longe de se amoldar ao ideal do Constituinte de 1988. A educação básica, integrada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, apresenta ainda inúmeros desafios em termos de acesso e de qualidade.

Posteriormente, a pesquisa enfocou os aspectos teóricos do direito fundamental à educação, em especial as dimensões subjetiva e objetiva, além da doutrina do mínimo existencial, a fim de sedimentar as bases necessárias à interpretação das atribuições dos Tribunais de Contas à luz da Constituição.

Especificamente quanto ao direito à educação, para além da ideia de um direito público subjetivo, verificou-se uma decisão fundamental do Constituinte de 1988 no sentido da *objetiva* concretização desse direito ao estabelecer, entre vários fins a ser alcançados, a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País etc. Há, portanto, uma perspectiva objetiva em prol da concretização do direito à educação que vai além do indivíduo considerado isoladamente. É possível afirmar que a própria higidez do sistema democrático impõe a existência de um corpo social habilitado a exercer a cidadania.

Nesse contexto, na perspectiva da *eficácia irradiante*, foi possível perceber que o poder público se vincula aos direitos fundamentais, não apenas os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas alcança também outros atores constitucionais, como o Tribunal de Contas. A interpretação das atribuições de tais órgãos deve ser pautada pela efetividade do direito fundamental à educação.

O controle da atividade estatal de concretização de direitos fundamentais é exercido a partir do paradigma da Constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais nela assegurados. O controle externo não está imune à *eficácia dirigente* dos direitos fundamentais e a ela se submete, inclusive ao fiscalizar as atividades relacionadas à prossecução de políticas públicas de direitos fundamentais. A atuação dos órgãos de controle é potencialmente conformadora de uma atuação estatal mais consentânea com a concretização dos direitos fundamentais. A sua razão de ser, ao desempenhar o controle externo da administração pública, tem por finalidade última contribuir para que os objetivos fundamentais da República sejam alcançados (art. 3º, CR). A atividade de controle não é um fim em si mesma, mas está subordinada aos fundamentos da República, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CR). Daí que além de paradigma de controle, os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, devem produzir efeitos sobre a forma de atuação dos órgãos de controle, a exigir, em casos de maior relevância, quando em jogo uma grave lesão a direitos fundamentais, uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas.

O modelo jurídico constitucional de Tribunal de Contas adotado no Brasil, compreendido a partir da premissa de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º, inc. III, CR) e de que há objetivos fundamentais que sinalizam as metas gerais a serem alcançadas pelo Estado (art. 3º, CR), consiste numa *garantia institucional não específica*, decorrente do importante papel que exerce no controle e na

avaliação da atuação estatal – e de eventuais omissões – quanto à concretização de diversos direitos fundamentais, em especial daqueles que exigem uma atuação estatal, como ocorre com o direito à educação.

A ocorrência de violações a direitos fundamentais, especialmente nos casos em que há parâmetros objetivos de avaliação, como ocorre com o direito à educação, reclama a fiscalização dos Tribunais de Contas, a fazer uso dos instrumentos constitucionalmente colocados a seu dispor, no sentido de proteger ou resguardar os direitos fundamentais, censurando eventuais ações e omissões estatais violadoras desses direitos, independentemente de, no caso concreto, já estar caracterizada a violação a um direito individual. Aqui o *dever de proteção* surge numa dimensão nitidamente objetiva, pois independe da verificação de qualquer lesão individual e concreta a um direito fundamental de um titular específico.

Na perspectiva da *dimensão organizacional e procedimental*, a organização dessas Cortes e seus procedimentos devem ser interpretados e conformados a partir da noção do relevante papel que desempenham na fiscalização e controle das políticas públicas de direitos fundamentais. Os efeitos dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais devem alcançar não apenas o exercício da atividade de fiscalização ou controle em si, mas, também, a sua configuração organizacional e os procedimentos que delimitam o exercício concreto de suas atividades.

Os Tribunais de Contas submetem-se, ainda, ao *dever geral de monitoramento de políticas públicas*, integrando e ocupando um papel central no “sistema de monitoramento”. Como destinatários diretos desse dever constitucional, são influenciados e condicionados em toda a sua atuação. A centralidade da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, dos direitos fundamentais dela decorrentes, impõe a tais Cortes uma atuação voltada primordialmente à concretização desses direitos, por meio do controle e fiscalização das políticas públicas de direitos fundamentais.

Reconhecendo-se que os direitos fundamentais não possuem a mesma relação com a dignidade da pessoa humana, havendo aqueles que dela mais se aproximam, pode-se afirmar que a repercussão desses direitos sobre a atuação dos Tribunais de Contas deverá oscilar conforme o direito fundamental em questão, dada a sua densidade normativa e sua maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana. No que se refere às parcelas integrantes do mínimo existencial, por sua maior proximidade com o referido princípio, tais deveres, que repercutem sobre toda a atuação desses Tribunais, deverão incidir com maior força, justificando uma atuação *forte*.

Não é razoável, num contexto de baixa efetividade de normas constitucionais pertinentes a direitos fundamentais, especialmente as integrantes do mínimo existencial, defender a ausência de repercussão sobre as atividades desenvolvidas por um órgão capaz de influenciar positivamente na concretização de tais direitos, mormente quando o Constituinte lhe conferiu amplos poderes de atuação, propícios à avaliação de políticas públicas, e ampliou o leque do controle para além da legalidade, a abarcar juízos de economicidade e de legitimidade.

A concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas respectivas facetas fornecem os subsídios teóricos necessários a uma interpretação constitucionalmente adequada do papel que os Tribunais de Contas devem desempenhar no exercício de suas atribuições de controle externo da administração pública. A partir da teoria dos direitos fundamentais e à luz da Constituição brasileira, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas não são imunes ou indiferentes às normas de direitos fundamentais.

Na dimensão ou perspectiva *subjetiva* dos direitos fundamentais, pode-se identificar a característica de direito subjetivo, quanto ao direito à educação, em várias disposições, como, por exemplo, no direito de acesso e permanência na escola em condições de igualdade (art. 206, I, CR), na liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CR), correspondentes a direitos de não agressão ou liberdade contra agressões públicas, além do direito subjetivo à educação básica e gratuita (art. 208, inc. I e §§ 1º e 2º, CR).

Todavia, a existência de um direito subjetivo originário, individual e *definitivo* a uma vaga em estabelecimento oficial de ensino, no âmbito da educação *básica* obrigatória e gratuita (direito público subjetivo), decorre de uma constelação normativa específica que compreende, além do já mencionado art. 208, I, §§ 1º e 2º, da CR, os artigos 227, *caput*; 227, § 3º, inc. I e III; e 229, todos da Constituição, além da legislação infraconstitucional correlata (LDB e ECA), que reforçam a *aplicabilidade imediata* desse direito público subjetivo, permitindo afastar o limite fático da reserva do possível e o argumento da separação dos poderes.

O Constituinte, ao estabelecer a existência de um direito público subjetivo em educação, nada mais fez do que adotar uma técnica jurídica para conferir especial reforço àquela parcela do direito à educação que compreende como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho, qual seja, a educação básica. Constituiria um patamar de partida, abaixo do qual os referidos aspectos, essenciais para a dignidade individual, não

seriam alcançados minimamente e, por conseguinte, o indivíduo não lograria obter condições mínimas para desenvolver-se plenamente como pessoa, exercer a cidadania e qualificar-se para o trabalho dignamente.

A construção do *mínimo existencial* no Brasil deve considerar o nosso contexto jurídico e social. Diferentemente dos países europeus onde a temática desenvolveu-se inicialmente, aqui a promessa de um Estado Social ainda está longe de ser cumprida. A existência de um direito e garantia ao mínimo existencial é inerente à Constituição brasileira e consiste numa norma decorrente (atribuída) dos princípios da dignidade da pessoa humana (que pressupõe o direito à vida), do Estado Social e do direito à liberdade, compreendida aqui a liberdade fática.

Embora não exista um rol taxativo universal e completo de prestações integrantes do mínimo existencial, é reconhecida a existência de alguns *consensos* sobre a temática, como a sua não redução ao denominado mínimo vital, abrangendo um mínimo de prestações socioculturais, entre as quais alguma parcela do direito à educação.

Atualmente, o *conteúdo do mínimo existencial em educação* no Brasil corresponde ao direito ao *acesso à educação básica* com o padrão mínimo de *qualidade* constitucionalmente previsto e já legalmente delimitado, a todos, independentemente de estarem ou não em idade escolar.

As normas que asseguram direitos integrantes do mínimo existencial possuem *eficácia jurídica positiva ou simétrica*, autorizando a concessão judicial de todos os efeitos jurídicos que deveriam ter sido materializados – por força da norma de direito fundamental –, mas não o foram. A eficácia jurídica positiva ou simétrica do direito fundamental à educação tem por consequência o direito a uma *tutela jurisdicional específica* que assegure ao indivíduo o mesmo resultado – ou o mais próximo disso – que teria caso o Estado não houvesse sido omissor.

Entretanto, é preciso repensar o “judicialismo”, calcado na ideia de imprescindibilidade do Judiciário como único meio de se obter a solução para o problema da inércia dos órgãos legitimados, para ampliar o rol de atores que possam atuar no sentido de fomentar a concretização de direitos fundamentais, em especial daqueles integrantes do mínimo existencial. Os Tribunais de Contas também se vinculam às normas de direitos fundamentais, devendo atuar no sentido de fomentar a efetivação do direito ao mínimo existencial.

Por tal razão, a compreensão do regime jurídico dos Tribunais de Contas no Brasil é imprescindível para a avaliação dos efeitos que as normas de direitos

fundamentais, especialmente, no caso, o mínimo existencial em educação, exercem sobre a sua atuação. Essa avaliação foi necessária para aferir em que medida essa intervenção *forte* poderia ocorrer concretamente.

Observou-se, a partir de uma análise comparativa, que em Portugal, na Espanha e no Brasil estão presentes os instrumentos necessários à realização de um *amplo controle* da administração pública, para além da mera legalidade. É perceptível no modelo brasileiro a adoção pelo Constituinte de uma concepção de Tribunal de Contas mais fortalecida, de matriz fundamentalmente constitucional, de *elevada densidade normativa*, contemplando praticamente todas as suas atribuições no próprio texto constitucional, além das prerrogativas institucionais e subjetivas de seus membros, com um leque potencialmente mais amplo de atuação, notadamente pelo controle de legitimidade estabelecido ao lado dos parâmetros de economicidade e de legalidade. Disso tudo pode-se inferir, pela técnica comparativa, que o Constituinte brasileiro quis *deliberadamente fortalecer o controle externo* a cargo do Tribunal de Contas e conferir-lhe instrumentos amplos de atuação. Entre as principais inovações decorrentes da Constituição de 1988 está a ampliação dos parâmetros de controle, para inserir a *legitimidade* e a *economicidade* ao lado da tradicional legalidade, além da previsão de auditorias de natureza *operacional*.

A partir do estudo de seu *desenho institucional*, foi possível constatar que esses Tribunais são propícios ao exercício de um controle amplo sobre a administração pública, em especial quando em jogo os direitos fundamentais, sendo imprescindível compreender toda a sua potencialidade e explorar os limites de sua atuação, em prol da materialização dos ditames da dignidade da pessoa humana irradiados no texto constitucional.

A partir dos relativamente recentes estudos dedicados à atuação dos Tribunais de Contas foi possível identificar duas linhas de interpretação. A primeira é caracterizada por ser uma *perspectiva ampliativa* de suas atribuições, que tem uma vertente denominada de “ativismo de contas”, a sugerir o fortalecimento incondicional dessas atividades. Numa visão diametralmente oposta há a *perspectiva restritiva* de suas atribuições, defensora de um maior “controle” sobre os Tribunais de Contas, no sentido de reduzir a sua esfera e instrumentos de atuação.

Na *perspectiva ampliativa* estão os doutrinadores que admitem, por exemplo, o controle de legalidade em sentido amplo (juridicidade), a abranger a Constituição e seus princípios, e o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, nos termos da Súmula nº 347 do STF; a utilização dos parâmetros de legitimidade e de

economicidade em todas as funções atribuídas aos Tribunais de Contas, e não apenas em auditorias operacionais, como para julgar irregulares as contas quando comprovada a prática de atos de gestão manifestamente ilegítimos ou antieconômicos; a possibilidade de os Tribunais aplicarem sanções para além dos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, abrangendo a hipótese de atos de gestão ilegítimos ou antieconômicos; a concessão de medidas cautelares, inclusive para suspender contratos; o uso de termos de ajustamento de gestão, entre outros aspectos.

A *perspectiva restritiva*, por sua vez, rejeita a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle difuso de constitucionalidade; julgarem contas com base nos parâmetros de legitimidade e economicidade, sem expressa violação à legalidade, cujo objeto também é restrito às matérias financeira, orçamentária, contábil e patrimonial; limita os poderes de comando da Corte (aplicar sanções, assinar prazo, sustar atos e registrar atos) quanto aos tipos de comando, aos motivos do comando e ao objeto da fiscalização; não reconhece a existência de um poder geral de cautela, fundado na teoria dos poderes implícitos; nega a possibilidade de emissão de provimentos cautelares para suspender a execução de contratos, entre outros.

Os dois extremos – tanto a *perspectiva ampliativa* quanto o viés *restritivo* – poderão repercutir negativamente sobre o papel constitucional dos Tribunais de Contas. Uma *performance* por demais proativa incorreria em todos os temores suscitados pela doutrina *restritiva*, como o receio de uma substituição indevida da vontade do administrador pela concepção dos órgãos de controle, em desrespeito ao princípio democrático e à separação dos poderes. Uma restrição excessiva dos instrumentos ao alcance das Cortes de Contas, além de ser, em certos casos, incompatível com o texto constitucional, impediria uma atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais, mormente nos casos relacionados ao mínimo existencial, em que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um atuação *forte* de todos aqueles que podem contribuir para a sua promoção, tal como já é amplamente aceito entre nós em relação ao Poder Judiciário.

Nas duas perspectivas analisadas tem-se por diferença fundamental em relação à tese proposta o fato de elas não desenvolverem a ideia de atuações diferenciadas dos Tribunais de Contas conforme o interesse em jogo. Para a *perspectiva ampliativa* de viés *ativista*, os direitos fundamentais exigiram uma atuação *forte* constante. Para a *perspectiva restritiva*, o texto constitucional impediria, em qualquer situação, uma atuação diferenciada. Os Tribunais de Contas sofrem os influxos das normas de direito fundamental; tais efeitos devem ser alcançados em *grau máximo* quando se trata do

mínimo existencial em educação – ou do direito público subjetivo em educação –, pois, nestes casos, há *densidade normativa suficiente* a indicar exatamente o que pode ser exigido do poder público, assim como ocorre em relação ao Poder Judiciário – que, igualmente, não é o primeiro legitimado que deve atuar para viabilizar a concretização de tais direitos –, quando age com “força máxima”, a exercer o controle sobre o mínimo existencial. Como é variada a densidade normativa dos direitos fundamentais e a sua relação com a dignidade, a possibilidade de controle sobre sua concretização também deve oscilar na mesma medida.

A opção pela terminologia *atuação forte* dos Tribunais de Contas, em vez de adotar o termo “ativismo de contas”, deve-se ao fato de seu uso já estar associado a uma concepção de atuação dos Tribunais de Contas diferente da defendida neste trabalho. A escolha também se justifica pelo viés pejorativo atribuído à expressão, muitas vezes associada a um voluntarismo inconsequente, ao qual não se pretende filiar. A terceira razão é para delimitar com maior precisão a interpretação do texto constitucional ora defendida, condizente com o fortalecimento das atribuições dos Tribunais de Contas sob determinadas condições, sem cair na defesa da possibilidade irrestrita de criação de normas a partir de enunciados vagos sobre direitos fundamentais, que caracteriza, em grande medida, o ativismo judicial.

Não se pretende extrair, a partir de princípios constitucionais vagos ou de direitos fundamentais de baixa densidade normativa, condutas concretas e obrigar a administração a adotá-las pela via do controle externo. A tese postula conferir às atribuições dos Tribunais de Contas uma interpretação condizente com a ideia de centralidade da dignidade humana, que direciona todos os atores constitucionais a atuarem no sentido da concretização desses direitos, dentro dos limites conferidos pela própria Constituição.

A intervenção *forte* refere-se, portanto, à atuação que pode ser desenvolvida pela Corte diante de uma omissão do administrador público, que deveria agir no sentido de dar concreção ao mínimo existencial em educação, objetivamente definido na Constituição e na legislação correlata, ou apresentado justificativas consistentes.

O *mínimo existencial* seria o *ponto de convergência* a permitir tanto ao Judiciário quanto aos Tribunais de Contas irem “além”, sem incidir nas críticas – cada vez mais comuns – contrárias aos excessos dessas Cortes. É por tal razão que se defende uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas como a capacidade de se explorar ao máximo as possibilidades interpretativas de suas atribuições constitucionais, de modo a dotá-lo de instrumentos necessários a atuar como um ator relevante na concretização dos direitos

fundamentais, ora colaborando com o Judiciário, ora dele prescindindo, favorecendo uma redução da excessiva judicialização que tanto se critica.

A atuação *forte* aqui defendida corresponde a uma atuação exercida no limite máximo das possibilidades do texto constitucional e da legislação em vigor, adotando como norte interpretativo a ideia de que os órgãos de controle, por força da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – em certos casos, pela dimensão subjetiva também –, encontram-se *fortemente vinculados* à realização do mínimo existencial em educação, devendo, para tanto, dispor de suas competências e atribuições no sentido de fomentar a concretização desse direito. As *condições* para o exercício de uma atuação *forte* estão presentes quando em jogo a atuação do Tribunal sobre alguma atuação ou omissão relacionada à concretização do mínimo existencial em educação. Os *limites* para uma atuação *forte* dos Tribunais de Contas são os limites do próprio texto constitucional e da legislação, que disciplinam a sua atuação.

Pela relevância constitucional inerente ao mínimo existencial em educação, as atribuições da Corte, nessas hipóteses, *sempre* poderão ser exercidas em sua versão *forte*, conforme o caso concreto exija. Já nas situações em que *não* estiver presente o mínimo existencial, essa atuação considerada *forte* deverá ser justificada, seja pela demonstração devidamente fundamentada de que se trata de mero exercício das atribuições ordinárias da Corte, admitido à luz da Constituição, seja ao indicar que, embora não constitua uma atuação ordinária, nem se trate de questão relacionada ao mínimo existencial, a atuação *forte* se justifica dada a relevância constitucional do objeto do controle naquela hipótese específica.

Restou demonstrado, inclusive com exemplos concretos, relacionados ao mínimo existencial em educação, que a *atuação forte* dos Tribunais de Contas tem efetiva repercussão sobre a interpretação de suas atribuições constitucionais, não se tratando de proposta de cunho meramente teórico e sem efeitos práticos. Foram indicados os seus efeitos em relação aos parâmetros constitucionais gerais de controle (legalidade, economicidade e legitimidade), quanto aos objetos de controle (contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial), em relação às atribuições para aplicar sanções, determinar condutas, sustar atos, emitir provimentos cautelares, exercer o controle difuso de constitucionalidade, além da possibilidade de se valer das técnicas do Código de Processo Civil e da elaboração dos Termos de Ajustamento de Gestão como instrumentos dessa proposta de atuação diferenciada.

Verificou-se, enfim, que há razões tão ou mais consistentes em favor de uma atuação *forte* do Tribunais de Contas em prol da efetivação do mínimo existencial em educação do que se observa em relação ao próprio Judiciário. As críticas da *teoria da Constituição, filosófica e operacional* não constituem obstáculos incontornáveis a uma atuação diferenciada, em especial quando em jogo bens jusfundamentais da maior relevância. Impõe-se, portanto, uma releitura do papel dessas Cortes, a fim de que passem a desempenhar suas atribuições com o olhar voltado aos fundamentos e objetivos fundamentais da República (arts. 1º e 3º, CR), em especial conferindo à *dignidade da pessoa humana* a posição de *centralidade* a que faz jus em nosso sistema jurídico.

Diante dos achados da pesquisa desenvolvida, acima pontuados em linhas gerais, é possível afirmar que o objetivo da investigação foi alcançado de forma satisfatória, sendo apurados os limites da atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle das atividades da administração pública relacionadas ao mínimo existencial em educação. A hipótese aventada inicialmente foi confirmada, havendo elementos consistentes para suportar a tese ora defendida, que atribui aos Tribunais de Contas a possibilidade – e até o dever – de desempenhar uma atuação *forte* de suas atribuições, no sentido de promover e efetivar a parcela do direito fundamental à educação integrante do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.
- ALAGOAS. Tribunal de Contas do Estado. Decisão Simples Monocrática nº 09/2016 no processo TC nº 2401/2016. Relator: Cons. Anselmo Roberto de Almeida Brito, 6 de abril de 2016. *Diário Oficial Eletrônico do TCE/AL*: Maceió, AL, 6 abr. 2016, p. 4-5.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradução Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018.
- AJENJO, José Antonio Fernández. *El controle de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencial al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*. Pamplona, Espanha: Civitas / Thomson Reuters, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Menezes de. Artigo 29. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 43-45.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional – anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. *Jurisprudência Constitucional*, nº 1, p. 4-29, jan./mar., 2004.
- ANPR defende veto do PL 7448/2017, que fragiliza a lei de improbidade. *Associação Nacional dos Procuradores da República*, Notícias, Brasília, 24 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/noticia/5469>>. Acesso em: 22 nov. 2018.
- ANTUNES, Carlos Morais. Do controlo à avaliação de políticas públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, nº 59/60, p. 45-56, jan./dez., 2013.
- ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. *Introdução à Auditoria Operacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

- BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 30, nº 82, p. 253-262, out./dez., 1999.
- BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*: relatório do Ministro da Fazenda. Vol. XVIII. 1891. T. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. Vol. VI. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas Públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, p. 252-265, ago., 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 101-132.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-634.
- BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema Tribunais de Contas e Instituições Equivalentes*: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso: Ministro do Supremo rebate críticas ao tribunal e afirma que corte contribui para estabilidade democrática. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996.

BARRUECO, María Luisa Sánchez. *El Tribunal de Cuentas Europeo: la superación de sus limitaciones mediante la colaboración institucional*. Madrid: Dykinson, 2008.

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

BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Org.). *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 153-174.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Análise Preliminar do PL 7448/2017*. Brasília, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado*. Consultor: Odilon Cavallari de Oliveira. Brasília, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 19 maio 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0199.htm>. Acesso em: 8 dez. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 7 jul. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 9 nov. 1992

BRASIL. *Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892*. Dá regulamento para execução da lei nº 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=391356&id=14446208&idBinario=15631169&mime=application/rtf>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 42, de 2016. Cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito do Senado Federal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, nº 211, seção nº 1, p. 1, 3 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Acórdão no recurso especial nº 1.101.015. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 26 de maio de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Embargo de Divergência no Recurso Especial nº 485.969/SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Município de São Bernardo do Campo. Relator: Min. José Delgado, 23 de agosto de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 220, 11 set. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão no Recurso Especial nº 753.565/MS. Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de março de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 290, 28 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação civil originária nº 648. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, 06 de setembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 09 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 119. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.175. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio, 4 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.597. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 4 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 17 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 3.077. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 16 de novembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 1º ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.237/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de março de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 19 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.247/MA. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 26 de março de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 18 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.307. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2 de fevereiro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 29 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta por inconstitucionalidade nº 4.418. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na medida cautelar na ação direta por inconstitucionalidade nº 1.691. Relator: Min. Moreira Alves, 30 de outubro de 1997. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 28 nov. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na petição nº 4.656. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 278, 4 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança nº 23.550. Relator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 31 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança nº 24.510. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 19 mar. 2004. Voto do Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança nº 30.788. Relator (para acórdão): Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 190.985. Relator: Min. Néri da Silveira, 14 de fevereiro de 1996. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, 24 ago. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 579.951. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de agosto de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 24 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 658.026/MG. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de abril de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 31 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 729.744. Tema 157. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário nº 848.826. Tema 835. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 10 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 24 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 25.888. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, p. 11, 29 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 35.410. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 18, 1 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar no mandado de segurança nº 35.836. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de agosto de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, nº 167, 16 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 1.122.529. Relator: Min. Edson Fachin, 7 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática nos embargos de declaração na medida cautelar na suspensão de liminar nº 1.186. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 13 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissão inconstitucional*, Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no mandado de segurança nº 26.000. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de outubro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 14 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 76, 03 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Mandado de Segurança nº 33.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 17 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 276/2016*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:276%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0%20. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 600/2019*. Processo 006.615/2016-3. Relator: Min. Augusto Nardes, 20 de março de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A600%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 618/2014*. Processo TC nº 007.081/2013-8. Relator: Min. Valmir Campelo, 19 de março de 2014. Relatório de auditoria coordenada no ensino médio. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A618%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 1 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 964/2019*. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/control%2520e%2520constitucionalidade%2520e%2520difuso/ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0%20?uuid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1171/2014*. Relator: Min. Augusto Sherman, 7 de maio de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2014/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuid=ba57bf80-757f-11e9-afda-77c696486dee. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1518/2018*. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4 de julho de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E64480910016466B5AA1B2E6D>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1617/2018*. Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/revis%25C3%25A3>

o%2520e%2520rescis%25C3%25B3ria/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1/false Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1677/2018*. Processo 028.597/2017-6. Relator: Min. Augusto Nardes, 25 de julho de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1677%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1758/2018*. Relator: Min. Augusto Nardes, 1 de agosto de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A276%2520ANOACORDAO%253A2016/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1824/2017*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1824%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2391/2017*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada*/TIPONORMATIVO%253A%2522S%25C3%25BAmula%2522%2520NUMEROLEGISLACAO%253A347/DTRELEVANCIA%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/sinonimos%3Dtrue?uuid=58867240-7653-11e9-ae9a-134027999c39>. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2775/2017*. Processo TC 025.153/2016-1. Relatório de auditoria de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) para avaliar, sob aspectos operacionais, ações governamentais relacionadas ao acesso à educação infantil (Meta 1 do Plano Nacional de Educação), com foco no Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância) e na transferência de recursos financeiros da União para os municípios e o Distrito Federal com a finalidade de prestar apoio financeiro à manutenção de novos estabelecimentos públicos de educação infantil (EI Manutenção). Relatora: Min. Ana Arraes, 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/AC-2775-50%252F17-P/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2788/2016*. Relator: Min. Augusto Nardes, 1 de novembro de 2016. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/verdade%2520real/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520COLEGIADO%2520asc%2520C%2520ANOACORDAO%2520desc%2520C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1/fal se>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3001/2016*. Processo TC: 011.884/2016-9. Auditoria Operacional no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES. Relatora: Min. Ana Arraes, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-fundo-de-financiamento-estudantil-fies.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 265, de 9 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a expedição e o monitoramento de deliberações que tratam de determinações, recomendações e de ciência a unidades jurisdicionadas, no âmbito do Tribunal de Contas da União. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 17 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 103*. Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 25 nov. 1976. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/processo%2520e%2520civil/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público a União e do Tribunal de Contas – órgãos distintos. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, nº 69, p. 32-44, jan./mar., 1984.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 5, nº 47, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=5954>>. Acesso em: 16 maio 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro. *A Configuração Jurídica do Tribunal de Contas: o processo e o tempo*. 2010. 284f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo*, v. 62, nº 2, p. 37-62, 1967. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro: noções fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos. A interação do Tribunal de Contas da União com o sistema de precedentes do CPC/2015. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 24, nº 2, p. 749-776, set./dez., 2018.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 175-186.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direitos Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CANDEIA, Remilson Soares. *A Judicialização das Decisões Proferidas pelo Tribunal de Contas da União: Uma Visão Sistêmica*. 2015. 199f. Tese (Doutorado) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107-125.

CASTARDO, Hamilton Fernando. *Natureza Jurídica do Tribunal de Contas no ordenamento brasileiro*. 2007. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, jun. 2007. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/YTAVWAIQBHIT.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas – controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. 2015. 164f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

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

CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CAVALCANTI, Augusto Sherman^o O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 30, n^o 81, p. 17-27, jul./set., 1999.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado. *Relatório de Auditoria Operacional no Transporte Escolar*. Fortaleza, CE, 23 dez. 2015. <https://www.tce.ce.gov.br/downloads/Jurisdicionado/Fiscalizacao_Control/Auditoria_Operacional/1-FUNCAO-EDUCACAO-1_3-TRANSPORTE_ESCOLAR-AUD201500022015053050.pdf>. Acesso em 1 maio 2019.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, v. 44, n^o 3, p. 421-429, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas*. Coimbra: Coimbra, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 4, n^o 16, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. 2016. 329 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 37, n^o 212, p. 25-26, out., 2012.

COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014.

COSTA, Paulo Nogueira da. O papel dos tribunais de contas na proteção dos direitos sociais. *Jurismat*, Portimão, n^o 7, p. 293-303, nov., 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio Janeiro: Forense, 2000.

- CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 24, nº 94, p. 183-198, abr./jun. 1987.
- CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.
- DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum – RA*, Marília, SP, v. 19, nº 2, p. 305-318, maio/ago., 2018.
- DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 26. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- ESPANHA. *Constituição Espanhola de 1978*. Madrid, [1978]. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- ESPANHA. *Ley Orgánica nº 2, de 12 de mayo de 1982*. Lei orgânica do Tribunal de Contas da Espanha. Madrid, [1982]. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2018.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez., 2013.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIA, Rodrigo de Oliveira. Comentários aos arts. 75-82. In: CONTI, José Maurício. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 221-248.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. *Tribunal de Contas: julgamento e execução*. Campinas: Edicamp, 2002.

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

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

FERNÁNDEZ, Lidia García. El control de la financiación de los partidos políticos. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 79-95.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n° 1, p. 223-251, 2009.

FERREIRA, Diogo Ribeiro. Novo Código de Processo Civil e sua aplicação pelo Tribunal de Contas: distribuição dinâmica do ônus da prova e princípios do devido processo legal e da verdade material. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 141-152.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FINCATO, Denise. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

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

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

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medida cautelares dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 31-37, jan./dez. 2007.

- FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 39-46, jan./dez. 2007.
- FURTADO, José de Ribamar Caldas. Quem julga as contas prestadas pelos administradores dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 69-73, jan./dez. 2007.
- FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de Contas Públicas: contas de governo e contas de gestão. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, nº 42, mar./abr. 2007.
- FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.
- HERNÁNDEZ, Juan Carlos Areizaga. La elección de los miembros de los órganos de control externo. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 135-144.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- HOROWITZ, Donald. L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *O controle compartilhado das políticas públicas: uma nova racionalidade para o exercício democrático pela sociedade da desconfiança*. 2017. 279f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *As funções do Tribunal de Contas no controle das políticas públicas*. 2010. 135f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 4, out./nov./dez. 2002. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=5>. Acesso em: 24 jul. 2017.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

JUAN, Eduardo Barrachina. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. III. Barcelona: PPU, 1986.

JÚNIOR, Janary. Sancionado com vetos projeto que muda princípios das decisões de órgãos públicos. *Câmara Notícias*, Brasília, 26 abr. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/556557-SANCIONADO-COM-VETOS-PROJETO-QUE-MUDA-PRINCIPIOS-DAS-DECISOES-DE-ORGAOS-PUBLICOS.html>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KELBERT, Fabiana Okchstein^o *Reserva do Possível: e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAUFENBURGER, Henry. *Finanças Comparadas*. 2. ed. Tradução Hugo da Silveira Lobo. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1952.

LEAL, Rogério Gesta; GORCZEWSKI, Clovis. Comentário ao artigo 13^o. In: BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). COUTO, Mônica

Bonetti (Org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013, p. 199-210.

LEBRÃO, Roberto Mercado; GOMES, Emerson Cesar da Silva; MOURÃO, Licurgo. Cap. 5 – Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 119-151.

LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection^o *German Law Journal*, Charlottesville, VA, v. 6, n^o 1, p. 23-48, 1 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-01/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *Princípios Constitucional da Economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Luiz Henrique Moraes de. *O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental*. 2009. 342f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

LIZARRALDE, Goiatz Aizpuru; LARRAURI, Arantza Martínez de Lagrán^o Las competencias de las instituciones de control externo en la prevención de la corrupción^o In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 101-129.

MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, v. 273/2017, p. 69-93, nov., 2017.

MAI, Lilian Denise; BOARINI, Maria Lucia. Estudo sobre forças educativas eugênicas no Brasil, nas primeiras décadas do século XX. *Revista Ciência, Cuidado e Saúde*, Maringá, v. 1, n^o 1, p. 129-132, jan./jun., 2012.

MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-84.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 21-38.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 2: liberdade de consciência e crença; liberdade de expressão e de comunicação social; e liberdades artística e científica. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original Jürgen Schwabe. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MATOS, André Luis de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O impacto do Código de Processo Civil de 2015 na modelagem procedimental dos Tribunais de Contas. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS*, Brasília, v. 5, nº 1, p. 484-515, jan./jun., 2018.

MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAZZONI, Ana Rachel Gontijo *et al.* As Políticas Educacionais Brasileiras: uma breve revisão histórica. In: CASTRO, Carmem Lúcia Feitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; DIAS, Darli de Souza. *Políticas Públicas de Educação: a inclusão e a diversidade*. Barbacena, MG: EdUEMG, 2015, p. 19-40.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, v. 27, nº 108, p. 101-126, out./dez. de 1990.

MEGALE, Maria Regiane Marques. Possibilidade de adoção de mecanismos de solução consensual nos processos dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 167-180.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de. *O Poder Dever dos Tribunais de Contas de Fiscalizar a Implementação de Políticas Públicas para a Concretização*

- de Cidades Sustentáveis*. 2012. 184f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. V. II. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 6. ed. V. II. t. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49-67.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.
- MOURA, Patrícia Rosania de Sá Moura. Capital Humano. In: CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Dicionário de Políticas Públicas*. Vol. 2. Barbacena, MG: EdUEMG, 2015, p. 58-59.
- NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339-347.
- NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A segurança hermenêutica nos vários ramos do Direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas / CONLEG / Senado, junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: < www.senado.leg.br/estudos >. Acesso em: 20 jun. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Programme for International Student Assessment (PISA). *Results from PISA 2012 – Brazil*. Disponível em: < <https://www.oecd.org/pisa/home/> >. Acesso em: 17 jun. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Education at a Glance 2015: OECD indicators*. Paris: OECD Publishing, 24 nov. 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2015-en> >. Acesso em: 17 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Acerca de nosotros*. Áustria. Disponível em: < <http://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros.html> >. Acesso em: 29 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 200 – princípios fundamentais de auditoria financeira*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: < http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_200_Portugues.pdf >. Acesso em: 29 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 300 – princípios fundamentais de auditoria operacional*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: < http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_300_Portugues.pdf >. Acesso em: 29 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 400 – princípios fundamentais de auditoria de conformidade*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015.

Disponível em:

<http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_400_Portugues.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação Constitucional à luz da Teoria Constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas no Exercício da Função Controladora: contornos constitucionais*. 2008. 331f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 15, nº 82, nov./dez., 2013.

PINILLA, Ignacio Ara. *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*. Madrid: Dykinson, 2013.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos Direito à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLLITT, Christopher *et al.* *Desempenho ou legalidade: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRIMEIRA Seção veda retenção de honorários em verba do Fundeb liberada judicialmente. *Superior Tribunal de Justiça*, Notícias, 11 out. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-veda-reten%C3%A7%C3%A3o-de-honor%C3%A1rios-em-verba-do-Fundeb-liberada-judicialmente>. Acesso em: 15 dez. 2018.

1º RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO 2014-2024. *Tribunal de Contas da União*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/1-relatorio-de-acompanhamento-do-plano-nacional-de-educacao-2014-2024.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2019.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-216.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o Sentido da Exigência de Preparo da Pessoa para o Exercício da Cidadania, pela via da Educação*. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2009.

REINO UNIDO. United Kingdom National Audit Office. *State Audit in the European Union*. Heronsgate, dez. 2005. Disponível em: <<https://www.nao.org.uk/report/state-audit-in-the-european-union/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *A Importância do Controle da Gestão Pública para a Efetividade dos Direitos e das Políticas Sociais: considerações acerca do papel do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas*. 2007. 224f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. *O papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas: a efetivação do direito fundamental à educação*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014

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

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

ROSA, Ruben. Oração na Sessão Especial comemorativa do centenário de Rui Barbosa. In: CASA DE RUI BARBOSA. *Rui Barbosa e o Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 7-17.

ROSA, Ruben. *As Contas do Brasil: cinquentenário de instalação do Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SALLES, Alexandre Aroeira. O princípio do contraditório necessário aos processos administrativos e aos processos nos tribunais de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, nº 3, p. 169-208, set./dez. 2018.

SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANZ, María Luz Martín. La relación de Los Parlamentos con sus respectivos Tribunales de Cuentas. In: VALL, Francesc Pau i (Coord.). *El parlamento y los Tribunales de Cuentas: XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 51-66

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; CESTARI, Renata Constante. Direito Processual Moderno nos Tribunais de Contas: poder geral de cautela e astreintes. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 1, p. 124-136, nov. 2014 / maio 2015.

SCLIAR, Wremyr. *Tribunal de Contas: Origens e evolução – O Tribunal no Brasil- Instituição de Estado Democrático de Direito – Direitos Humanos – Problemas e Lacunas – Propostas*. 2014. 295f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira*. 2015. 110f. Relatório Profissional (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015.

SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

SILVA, José Afonso. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-168.

SOUZA, Andrea Barreto de; AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. Da aplicação de sanção pecuniária pelos Tribunais de Contas no caso da interposição de embargos de declaração com intuito protelatório. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, nº 1, p. 325-361, jan./jun., 2018.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela dos direitos sociais: o caso do Tribunal de Contas de Sergipe*. 2018. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Salvador, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. [2018]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-220;

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

TCE-RS INTENSIFICA A FISCALIZAÇÃO NA ÁREA DA EDUCAÇÃO. *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, 21 jun. 2018. Disponível em:

<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TCE-RS%20intensifica%20a%20fiscaliza%20na%20area%20da%20educacao>. Acesso em: 2 jan. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (Coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 11-13.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica – 2017*. São Paulo: Moderna, 2017. Disponível em: <<https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1567/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2017>>. Acesso em: 4 set. 2017.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013, p. 63-78.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº 121, p. 265-271, jan./mar., 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3. ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-335.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 194, p. 31-45, out./dez., 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Direito Fundamental à boa administração e à governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WILLEMAN, Marianna Montebello. *O Desenho Institucional dos Tribunais de Contas e sua Vocação para a Tutela da Accountability Democrática*: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. 2016. 360f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996*: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997, p. 139-216.