

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A REAL CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL (E DO INTERESSE PÚBLICO)

João Augusto Bandeira de Mello

INTRODUÇÃO

Diz Paulo Leminski, de forma muito simples: *“haja hoje para tanto ontem”*.

Realmente impressiona a forma com que o poeta traduz, em poucas palavras, o compromisso do hoje e do futuro em superar as desigualdades e adversidades do passado.

Neste sentido, o presente artigo visa, de alguma forma, estabelecer a possibilidade de um novo hoje, um novo patamar, um novo paradigma para o Direito Administrativo. E daí, conseqüentemente, uma nova leitura para a atuação dos Tribunais de Contas.

Não se quer aqui inventar a roda, ou simplesmente esquecer o legado do que passou. Não. O que se pretende é modificar a herança do passado, e aperfeiçoar a estrutura social, visando uma sociedade mais justa, um país mais igual e apto a trilhar o caminho que seu povo merece.

E, um bom começo para esta caminhada de reflexão, é dar plena eficácia à Carta Cidadã – a Constituição de 1988. E como fazer isto? Uma possibilidade é concretizando o real interesse público que deriva dos mandamentos de nossa Constituição, e fazendo os Tribunais de Contas e Ministérios Públicos de Contas, reais e efetivos curadores deste interesse.

Exatamente o que propomos neste artigo; e começamos a fazê-lo falando exatamente de constitucionalização do Direito.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Mas o que significa isto? O Direito não é e sempre foi constitucionalizado? Tendo como norma fundamental e ápice da pirâmide normativa, a Constituição?

Se não, o que esta constitucionalização representaria? Trazer todo o ordenamento jurídico para a Constituição, e desta forma eliminar a figura do legislador ordinário ? (E neste sentido haveria, como norma jurídica a Constituição e nada mais ?)

Não, a Constitucionalização do Direito é algo diverso. É um novo paradigma de compreensão do próprio ordenamento jurídico, já que, nesta nova percepção, vai-se além dos três momentos exegéticos tradicionais da Hermenêutica Jurídica: aferição da compatibilidade da norma com a Constituição; e depois, determinação do alcance e sentido da norma interpretada.

Isto porque, com base na Constitucionalização do Direito, toda e qualquer norma tem que ser lida, interpretada e compreendida a partir dos princípios e valores constitucionais, do projeto da Constituição e de sua vontade transformadora.

Ou seja, antes do advento da Constitucionalização do Direito (que é um fenômeno recente, que surgiu na Europa, após a segunda grande guerra, e no Brasil, após a Constituição de 1988), o alcance e o sentido de cada norma era analisado de per si, e apenas averiguada a compatibilidade do conteúdo da norma com a Constituição.

Neste novo paradigma, o alcance e o sentido da norma têm que ser apreendidos à luz e sob o crivo da Constituição. No dizer de Luís Roberto Barroso, o ato interpretativo se aperfeiçoa com uma leitura da norma sob a lente da Constituição, com todo o seu arcabouço de proteção dos direitos fundamentais, do regime democrático, de redução das desigualdades e promoção da Justiça Social.

Muito bem, mas quais seriam as conseqüências práticas deste novo parâmetro? Especialmente para o Direito Administrativo, objeto central do presente texto? As conseqüências são grandes. Vejamos.

Ora, muitos aplicadores do Direito Administrativo, talvez porque tenham por base exatamente idéias transpostas do direito estrangeiro, sem a devida adaptação ao Direito pátrio; ou ainda parâmetros interpretativos com viés autoritário (esquecendo, talvez que não estamos mais sob a égide da Carta de 1967 e sim sob a regência da Constituição Cidadã); ainda vêem o Direito Administrativo como aquele que de forma unívoca e unilareral determina e cataloga os (muitos) Poderes da Administração Pública, em relação aos ditos administrados.

O que é um equívoco, inclusive histórico, pois o Direito Administrativo surgiu, junto ao Estado de Direito, exatamente para proteger o indivíduo do arbítrio estatal.

Nesta senda, se o Direito Administrativo já tinha que ser visto, compreendido e interpretado, pelas suas raízes históricas, sob a ótica do indivíduo; muito mais então o Direito Administrativo Brasileiro, a partir da Constituição de 1988, que é indubitavelmente uma Constituição reverente aos Direitos Fundamentais.

Reverência demonstrada em termos materiais, face o farto leque de direitos e garantias primordiais albergadas na Carta Magna; como ainda em termos topológicos, pois a primeira preocupação da nossa Constituição foi exatamente definir e garantir os Direitos Fundamentais (art.5º - antes mesmo de desenhar o arcabouço estatal); como em termos prospectivos, estabelecendo um catálogo aberto de Direitos Fundamentais, protegidos por cláusula pétrea.

Deste modo, em nosso sentir, incorre em erro quem correlaciona Direito Administrativo a privilégios e prerrogativas da Administração Pública, ao exercício de Poder. Não, se poderes são manejados pela Administração, estes têm que ser meramente instrumentais, para o alcance de fins de interesse público.

Como também, em nossa visão, engana-se quem pensa em Direito Administrativo como um Direito exclusivamente de meios, regulação de procedimentos, tais como os relativos a concursos e licitações. Não. O Direito Administrativo, quando lido a partir da Constituição, passa a

ser um ramo do Direito voltado e comprometido com os fins do Estado que podem ser sintetizados nas regras do art.3º da Lei Magna Federal, ou seja, *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Ou, em última análise, comprometido com a concretização dos Direitos Fundamentais.

Poderíamos citar muitas outras nuances e exemplos, porém, para os fins de artigo, separaremos para reflexão, apenas um efeito da constitucionalização do Direito sobre o Direito Administrativo; uma nova leitura de um dos pilares deste ramos do Direito: a supremacia do interesse público sobre o particular. Tema sobre o qual discorreremos a seguir.

DA VERDADEIRA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Ora a supremacia do interesse público sobre o particular tem sido, ao longo dos anos, um dos pilares do Direito Administrativo. Porém, como adiantamos acima, em sede de Constitucionalização do Direito, esta supremacia tem que ser lida com o devido cuidado. Mas, por quê?

Primeiro, porque, em termos de elemento de supremacia, deste Princípio não se extraem conclusões utilitaristas de que a felicidade e prosperidade da maioria prevalecem sobre o interesse de um indivíduo isolado. Ou mesmo que o interesse do Estado ou mesmo o interesse da Administração prevalecem sobre o interesse do indivíduo.

Não, o que o princípio diz é que, de uma maneira geral, desde que não envolvidos direitos fundamentais, o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual. Porém, e isto é certo, haverá situações em que o interesse da minoria prevalecerá (veja-se o caso das CPIs instrumento de investigação que pode ser manejado pela minoria no Congresso); ou mesmo que o interesse de um único indivíduo prevalecerá em relação ao interesse da maioria (em um hospital, pode ser que todos os recursos humanos possam ser direcionados para salvar um único doente em estado grave, se não houver outros em situação de risco).

Da mesma forma, pode o Estado ter interesse em arrecadar mais tributos, inclusive para custear ações que beneficiem grande número de pessoas; mas somente poderá fazê-lo dentro das hipóteses previstas na Constituição e obedecidos os procedimentos previstos em lei (respeitando os direitos individuais, inclusive de indivíduos bem aquinhoados financeiramente).

Desta forma, facilmente se verifica que a supremacia de um interesse não se dá em função do número de beneficiários ou do quem detém o interesse, ou ainda em face de uma visão aligeirada de justiça.

Segundo, porque a consecução do interesse público, não está necessariamente vinculada à observância de regras de direito público. Isto porque, por exemplo, é de interesse coletivo que a Economia funcione, que o Mercado tenha a liberdade para operar, e que os bens possam ser adquiridos e as mercadorias circulem.

Neste sentido, muitas das necessidades coletivas são providas por ações de particulares, que se utilizam de um arcabouço de segurança, organização e regulação manejado pelo Estado. E nada há que indique que esta seara econômica, levada a efeito principalmente pela iniciativa privada, seja menos importante do que as políticas públicas orquestradas pelo Poder Público.

Um supermercado olhado de per si, uma padaria vista individualmente, uma farmácia de modo isolado podem não ter tanta repercussão social; mas o conjunto de farmácias, padarias e supermercados é altamente relevante em termos de fornecimento de mercadores e serviços, movimentação da economia, e geração de tributos.

Ou seja, este contexto privado não pode ser desprezado. E, em nosso sentir, pode ser colocado em patamar semelhante à construção de estradas, prestação de serviços públicos, etc.

Do mesmo modo, não se pode restringir a assunção do interesse público aos procedimentos vinculados ao denominado Direito Público. Como por exemplo, a efetivação de licitação e concurso.

Absolutamente. As Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, por exemplo, não fazem licitação para aquisição de bens vinculados à atividade fim desempenhada (para não perder em competitividade). Do mesmo modo, os dirigentes destas entidades são muitas vezes recrutados no mercado.

E não se pode dizer que o interesse público esteja sendo violado. Por isso é que defendemos que há uma inexatidão no confronto entre o interesse público e o interesse particular (e inexatidão na supremacia do primeiro sobre o segundo). Exatamente porque, como vimos, muitas vezes será mediante o interesse particular (de um empresário, por exemplo) que o interesse público será alcançado.

Por isso, que defendemos que a supremacia do interesse público não deve ser confrontada com o interesse particular, mas sim com o interesse egoístico, aquele desvinculado de qualquer ganho para o bem-estar coletivo.

Mas qual seria a medida para qualificar um interesse como público ou como egoístico? A resposta está na Constituição, conforme veremos a seguir.

DO INTERESSE PÚBLICO COMO REFLEXO DO PROJETO CONSTITUCIONAL

Ora, neste ponto é que vemos com muita nitidez a mudança de paradigma trazida pela Constitucionalização do Direito. Isto porque, se a Constituição não é apenas a norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, mas também (e principalmente) a medida axiológica e vetor interpretativo deste mesmo ordenamento; temos que, em vez de departamentos estanques, o conjunto de normas (e os ramos do Direito) têm que demonstrar um todo harmônico.

E mais do que isso (porque o caráter sistemático do ordenamento jurídico também era uma premissa do paradigma anterior), a coerência, harmonia e unidade do sistema será dada

pela Constituição, que traça (no caso do Estado Brasileiro) os objetivos da República Federativa do Brasil (vide art.3º, como anotamos acima) e os meios de consecução destes objetivos.

Ora os objetivos da República Federativa do Brasil já foram estampados (e se iniciam pela construção de uma sociedade igual, justa e solidária). Mas quais os meios e procedimentos que devem ser observados para a consecução destes objetivos?

Podemos enumerar: a utilização de um Regime Democrático de Governo, com divisão de funções entre diversos Poderes; uma forma federativa de Estado; respeito a Direitos Fundamentais nas relações Estado-Indivíduo e Indivíduo-Indivíduo; existência de um aparelho administrativo reverente aos Princípios Informadores da Administração Pública; fomento de uma ordem econômica pautada pelos valores da livre iniciativa e do trabalho. Entre outros aspectos.

Neste ponto, portanto, chegamos ao xis da questão: se o projeto constitucional tem objetivos, que devem ser alcançados por meio de alguns condicionantes; e se a Constituição dá o norte, a coerência, a tessitura (e porque não dizer a finalidade) de todas as normas do ordenamento jurídico; então todo o Direito deve ser ancilar deste projeto constitucional.

Nesta medida, facilmente se percebe que são igualmente importantes uma Administração Pública proba, o respeito às instituições democráticas, a observância dos direitos fundamentais, um ambiente econômico que proteja a livre iniciativa e a capacidade de investimento.

Ou dizendo de outra forma, para o projeto constitucional (e para o bem-estar da população) tão importante quanto assegurar a lisura em licitações, é garantir inflação baixa, crescimento econômico, alto nível de emprego, educação e saúde de qualidade, etc.

Desta forma, temos que se todos estes aspectos são igualmente importantes (ou ao menos igualmente essenciais), então o interesse público reside no sucesso e concretização de cada um deles. Daí porque, em síntese apertada, em nossa visão, caminhar em prol do interesse público, nada mais é do que agir em prol da concretização do projeto constitucional.

E, em assim sendo, age em prol do interesse público não só o gestor que melhora as condições das escolas públicas, ou dos hospitais comunitários, ou o Ministro da Fazenda que reduz o déficit fiscal, ou o Presidente que fomenta o crescimento econômico; mas também o empresário que oferece empregos, os membros de organizações não governamentais que prestam serviço de interesse social, ou mesmo cada um dos trabalhadores deste país que dia-a-dia entregam seu suor para a construção de um Brasil melhor.

Ou seja, em cada aspecto mencionado, há ações de agentes estatais, ou ações de particulares, mas todas, em nosso sentir, atuando em prol do interesse público. Daí porque descabe fazer uma contraposição entre interesse público e interesse particular, como se do particular não proviessem ações que favorecem o interesse da coletividade.

Nesta toada, o contraponto correto do interesse público seria sim o interesse egoístico, que nada mais seria do que o interesse que não favorece o projeto constitucional; sendo certo que o interesse egoístico pode advir tanto da iniciativa privada, quando, por exemplo, um empresário faz especulação imobiliária, ou maneja uma indústria altamente poluente, ou faz uso de práticas que prejudicam o mercado e a concorrência, ou simplesmente não trata com dignidade seus trabalhadores.

Ou do setor público, quando um gestor não faz os ajustes na economia no tempo devido, de modo a causar um bem-estar ilusório na população, com vista a vencer uma eleição; ou quando faz uso do aparelhamento da empresas do Estado para arrecadar fundos de campanha; ou quando atende a interesse de financiadores eleitorais, em detrimento dos interesses reais da população.

Em quaisquer destes casos, vislumbramos um interesse egoístico trabalhando em desfavor do projeto constitucional; sabotando e prejudicando a anseio coletivo da assunção do verdadeiro interesse público.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O INTERESSE PÚBLICO

E os Tribunais de Contas? Qual sua relação com o interesse público?

Ora, indo direto ao ponto, não vislumbramos outro motivo para a criação, pela Constituição, de um órgão de controle, que não seja a garantia da concretização do interesse público.

O que faz todo o sentido, já que, na vida em sociedade, nem sempre os juízos prescritivos de condutas são efetivamente observados; é comum haver transgressões e o controle existe exatamente para que situações impertinentes sejam contornadas e corrigidas.

Deste modo, se o Estado, por meio de cada um dos seus centros de irradiação de Poder, tem obrigações para com o interesse público; é certo que cada um dos agentes competentes por tais ações têm que prestar contas ao todo da população, demonstrando, de modo transparente, se estas ações estão sendo desenvolvidas a contento.

Porém, e este ponto requer um pouco mais de atenção, se a concretização do interesse público demanda a efetividade e realização do projeto constitucional, então a missão dos Tribunais de Contas tem relação com o todo do projeto constitucional. Mas o que isto tem de interessante?

Gera interesse porque os Tribunais de Contas, historicamente, têm voltado sua atenção mais a fluxos financeiros: seja no prisma da receita (se as receitas devidas estão sendo arrecadadas, sem desvios ou renúncias); seja no prisma da despesa (se as despesas cumpriram os mandamentos da lei de licitações e os procedimentos orçamentários, e se as mesmas foram úteis à coletividade).

Deste modo, infelizmente, em linhas gerais, as Cortes de Contas apresentam-se ainda tímidas em termos de análise de outros aspectos relevantes, como a análise do ambiente econômico, da criação de empregos, do fomento da democracia. (Há ações, sim, é verdade, mas ainda sem a profundidade aplicada aos aspectos mencionados no parágrafo anterior).

Nesta medida, crescimento do PIB, verificação do endividamento de longo prazo, de alternativas econômicas, de fomento de regiões menos desenvolvidas, da política de ocupação do solo, da sustentabilidade da Previdência Social, da eficiência dos modais de transporte são áreas, em

nossa visão, ainda carentes de atuação das Cortes de Contas, e que são essenciais para o sucesso do projeto constitucional.

Sendo certo que não se está pedindo para as Cortes ditarem as políticas públicas praticadas nestas áreas (até porque isto seria inconstitucional). O que se está pedindo é que as Cortes atendam ao chamamento constitucional por completo, verificando a concretização do interesse público em sua totalidade, consoante estrito cumprimento do projeto constitucional. (E punindo severamente práticas egoísticas descompromissadas com o paradigma de nossa Lei Maior).

CONCLUSÃO

Desta forma, diante do exposto, entendemos que os Tribunais de Contas devem ampliar sua visão para enxergarem a gestão pública como um todo: receita, despesa, intervenção, fomento, regulação, sustentabilidade devem ser vistos de forma integrada e sensível aos resultados práticos.

As contas prestadas à população não podem ser apenas um mero conjunto harmônico de números seguindo uma determinada metodologia. Não. Têm que ser a demonstração cabal de que os recursos e poderes atribuídos ao gestor público tenham sido revertidos em termos de concretização de direitos fundamentais; em termos de melhoria de qualidade de vida; de crescimento e desenvolvimento econômico; enfim, de que o projeto constitucional seja realizado.

Ou seja, de forma que o sonho da Constituição, plasmado pelo legislador constituinte, e sonhado diuturnamente pelo conjunto da população, não seja vencido pelas vicissitudes do passado. Tudo de forma que nosso hoje, com o delineamento correto, não seja um espelho ensimesmado de um ontem empobrecido, mas sim um farol brilhante, transformando o futuro; e fazendo deste o futuro, uma palavra que possa ser dita com serenidade, sem angústias e, principalmente, com esperança, e um belo sorriso.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luis Roberto Roberto. **Curso de Direito Constitucional**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses Públicos Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.117 a 170.

LEMINSKI, Paulo. **Toda poesia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.