

Introdução

Não há dúvidas de que a forma de interação, seja entre particulares, seja entre particulares e o Estado, assume uma nova configuração com as mudanças substanciais que se desenharam com as transformações tecnológicas nas últimas décadas. Um sem-número de perspectivas se abriam com essas novas formas de interação, o que acarreta perplexidade e estranheza, e impõe, portanto, a necessidade de análise desses novos fenômenos e sua repercussão nas relações sociais.

No âmbito do Direito, observa-se uma grande transformação em que se pode destacar, mais particularmente, a questão das fontes do Direito, em que há uma mudança de paradigmas, tanto no que diz respeito à sua criação, tanto quanto sua aplicação/interpretação. Essas modificações, seja no desenvolvimento das novas tecnologias, seja no que diz respeito à forma como se apresentam as fontes de direito em um mundo pós-moderno, acabam tendo impacto na administração pública.

Nesse sentido, o presente artigo busca fazer uma análise do impacto dessas transformações sobre a administração pública na perspectiva do controle realizado pelos tribunais de contas, os quais acabam sofrendo influência dessa gama de modificação dizente às fontes do direito, e se vale, obviamente, de um aparato tecnológico concebido nas últimas décadas.

Acerca do mundo globalizado e interconectado

Qualquer análise, principalmente quando se busca tratar das novas interações sociais, deve ter presente as características próprias de um mundo globalizado, em que as relações ocorrem num nível macro, constituído por trocas entre atores internacionalmente estabelecidos. De fato, como afirma Limberger (2016, p. 26), há pelo menos duas consequências próprias desse fenômeno: *“em primeiro lugar, torna a vida cotidiana influenciada por eventos que estão localizados no outro lado do planeta e, em segundo lugar, as práticas e as decisões podem ter implicações globais importantes”*. Pensar a sociedade hoje, tendo como ponto de observação a influência das tecnologias digitais, significa necessariamente pensar nessa gama de relações mundializadas, o que põe em xeque muitas visões tradicionais sobre o Estado-nação e sobre o próprio Direito.

Surgem novos conceitos de instituições que conflitam com aquelas tradicionais figuras que representavam os ideais da modernidade. Nesse sentido, é certo afirmar que nascem rupturas advindas com a passagem de uma sociedade desenhada nos cânones da modernidade para aquilo que ficou identificado como sociedade pós-moderna. Este pressuposto é básico para qualquer entendimento mais acurado do nosso mundo atual, permeado pela complexidade e indeterminação. Sobre o tema, Pérez Luño (2011) indica a fonte que primeiramente deu maior visibilidade ao termo pós-modernidade, qual seja, a obra *La condición postmoderna de Jean François Lyotard*, de 1979, em que foi verificada uma modificação do paradigma cultural da sociedade, não sendo possível indicar uma origem certa. De qualquer modo, o que se observa, conforme o autor citado, é que “*A la unidad del ethos moderno, se ha opuesto la fragmentación y multiplicidad de ethos basados en las diferencias ‘nacionales’, ‘locales’, ‘plurales’, ‘particulares’ [...]*”.

Há, sem dúvida, uma linha que transpassa o tempo, da modernidade à pós-modernidade, por intermédio da evolução do estado liberal ao estado democrático, este antecedido pelo estado social de Direito. E nesse bojo, a própria concepção que se tem sobre o Estado é revista. Em verdade, conforme assere Jânia Maria Lopes Saldanha (2018, p. 52): “*As grandes transformações provocadas pela globalização aos Estados, às relações interpessoais e às identidades nacionais e culturais imprimiram questionamentos sobre diversos conceitos constituídos na modernidade em várias áreas do conhecimento humano*”.

Há uma relativização da posição tradicional ocupada pelo Estado-Nação, visto ser impossível o acompanhamento das transformações sociais sem uma redefinição da força e da abrangência de sua atuação. Nesse sentido, a autora de *Cosmopolitismo Jurídico* asserta que “*Os desafios e os riscos tornaram-se transfronteiras na mesma proporção em que as relações humanas passaram a experimentar essa ultrapassagem*” (SALDANHA, 2018). Esse contexto surge numa velocidade significativa, podendo-se afirmar que suas consequências merecem uma séria reflexão nos mais diversos campos do saber, sendo fulcral na seara jurídica.

Gunther Teubner, autor que tem como pressuposto uma abordagem sistêmica do Direito, ao dissecar o fenômeno atual aduz que, no âmbito da globalização, podemos pensar em fragmentos constitucionais, porquanto não mais temos a força da centralidade constitucional do Estado-Nação, eis que existe um afrouxamento do conceito de soberania, tendo como consequência esses fragmentos que estão relacionados a sistemas parciais, conforme o vocabulário próprio da teoria dos sistemas. Embora a abordagem ora realizada não contemple a referida teoria, o diagnóstico do autor alemão é de fundamental importância para melhor visualizarmos as transformações ocorridas. O mundo globalizado propicia novas formas de

poder e normatividade que ora convivem com os marcos tradicionais fundados numa sociedade moderna, ora superam tais limites. No dizer de Teubner (2016):

As diferentes condições da constitucionalização transnacional, especialmente a autonomia sustentada das empresas transnacionais, modificaram, em face das constituições de empresas nacionais, as relações entre atores coletivos estatais e privados de modo fundamental. Nas palavras drásticas de um observador: ‘O contrato substitui a lei; redes de relação substituem a comunidade política; interesse substitui território; objetos de regulação transformam-se em sujeitos de reguladores’.

Deve-se consignar, contudo, que isso não significa uma derrocada absoluta das soberanias assentadas na estrutura tradicional dos Estados Nacionais. Estes persistem como um elemento da nova ordem mundial, porém com papel mais débil que outrora¹.

É com base nessa noção que devemos, portanto, passar a analisar as relações da sociedade numa perspectiva global, de permeabilidade entre fronteiras, e sua influência na posição do Estado-nação e suas relações com os cidadãos. Autores como Vittorio Frosini já destacavam a ideia de *homem artificial* numa sociedade pós-segunda guerra, permeada pelo surgimento das novas tecnologias, que redesenham as estruturas institucionais e sociais. Isso é compreensivelmente um novo marco para o direito, que deve regular esse novo mundo que se constrói. E, como veremos mais adiante, a administração pública sobre o reflexo inexorável dessa nova ordem, o que também tem efeito sobre a questão do controle exercido sobre a administração. A professora Têmis Limberger (2016, p. 22) lembra que com o advento das novas tecnologias chegamos à era do *Direito Digital*, o que suscita, à toda evidência, “[...] *perplexidade e desconfiança, uma vez que os juristas são acostumados a uma tradição humanista*”.

Portanto, de fato, há um novo paradigma posto, que exsurge de transformações oriundas da própria sociedade, sublinhando-se o contexto das novas tecnologias que foram, acumuladamente, sendo ofertadas. Nesse contexto, podemos ressaltar aqui algo extremamente importante para o campo do Direito, que significa uma verdadeira modificação em um aspecto central, que diz respeito às fontes jurídicas, que passamos a detalhar no próximo capítulo.

¹ NEVES, Marcelo, **Transconstitucionalismo**, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p 34: "Parece-me que esse diagnóstico não tem sido confirmado empiricamente. A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial. Nesse sentido, **parece mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, regimes ou redes globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial**". (grifou-se). Por fim, o citado autor arremata: “Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”.

Sobre a modificação do paradigma tradicional das fontes do Direito na pós-modernidade

É no bojo dessa evolução modificadora dos paradigmas assentados nos postulados próprios da modernidade que, hodiernamente, observamos, igualmente, uma transformação das próprias fontes do direito. Há, sem dúvida alguma, um deslocamento do dogma da lei para um outro nível, em especial, agora, nesse novo arranjo, um deslocamento para a primazia da constituição². Essa modificação, como já assentado anteriormente, deve-se a uma complexidade da sociedade, na qual se estabelece uma pluralidade na produção normativa, deitando reflexos no Direito e, aqui em especial, no campo das fontes jurídicas (LUÑO, 2011). É possível afirmar que há uma imbricação entre a crise do Estado forjado na modernidade com a crise das fontes do direito: é que o Estado moderno foi construído a partir de uma ideia centralizadora, que amealhava a si o monopólio da criação normativa, o que foi sendo enfraquecido ao longo do tempo³.

Evidentemente, no período pós-segunda guerra as constituições assumem um papel relevante na confecção do tecido normativo, em que os princípios constitucionais passam a ter uma força normativa com a propriedade de constituírem obrigatoriedade na seara jurídica. Há uma tensão visível, nesse sentido, com a tradição de cunho positivista.

A ideia tradicional das fontes do direito, ligada a um viés estritamente positivista, deve ser abandonada, porquanto consiste num modelo ultrapassado, que restringia como fontes do direito apenas a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina (Abboud, Carnio, Oliveira, 2009⁴).

² Nesse sentido, em especial o Capítulo II (Las fuentes del derecho y su problemática actual) do livro de Perez Luño (2011).

³ Um bom panorama sobre o tema pode ser encontrado na Tese de Doutorado de: GUBERT, Roberta Magalhães. **Nova Teoria das Fontes: da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica**, Unisinos, 2017, principalmente no item 5.1 - "*A crise do modelo de Estado Moderno e do monopólio estatal das fontes: de pirâmides, redes e outras linhas deslocadas*".

⁴ Nesse sentido, os autores destacam que: "evidenciamos que, de modo tradicional, a doutrina identifica como fontes do direito: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina, sendo que o costume e a lei são considerados como fontes diretas porque influenciam a própria formação do direito, enquanto a doutrina e a jurisprudência seriam fontes mediatas porque seriam modos de revelação do direito. Consequentemente, **a pretensão foi a de demonstrar como estes conceitos estão ultrapassados, uma vez que diversos outros institutos podem ser considerados fontes do direito, tal como as súmulas vinculantes, medidas provisórias e precedentes judiciais**, porque a distinção entre imediata e mediata não faz mais sentido, haja vista que a própria jurisprudência tem sido cada vez mais dotada de efeito vinculante com o intuito de assegurar sua efetividade e, ainda, porque o fato de alçar a doutrina como fonte mediata, porque ela não teria normatividade, faz transparecer que ela deveria ser considerada fonte de menor prestígio, o que é inaceitável". (grifou-se).

Ora, é impossível restringir a apenas essas espécies toda a gama de motriz propulsora da normatividade. Em verdade, hoje existe uma multiplicidade de fontes, seja em nível privado, seja em nível público, que alimentam o sistema normativo. Cabe aos pensadores do direito, portanto, a sistematização e a interpretação desse novo paradigma que já é fato no Direito.

Perez Luño destaca essas transformações visíveis atualmente no que diz respeito ao sistema das fontes de direito, especialmente a questão particular da relação entre a teoria das fontes no Estado Constitucional (aqui resta particularmente relevante, segundo o jurista espanhol, atentar para uma passagem da primazia da lei para a primazia da constituição; e da ideia de controle judicial de legalidade para um controle judicial da constituição). Com efeito, nessa nova ordem, pode-se pontuar dois fenômenos que nos remetem a um diagnóstico da situação: a questão da *supraestatalidad normativa*⁵ e da *infraestatalidad normativa*⁶, que correspondem a fenômenos demonstrativos da superação do Estado como fonte primária e central do Direito. Passamos, portanto, de uma ideia de unidade e hierarquia (aqui lembrando a doutrina tradicional sobre norma jurídica e ordenamento jurídico) para um ambiente de pluralidade, conforme Perez Luño, no tocante ao entendimento das fontes jurídicas.

Das novas formas de tecnologia e da necessidade/dificuldade de normatização desse novo fenômeno

Conforme destacado por Têmis Limberger (2016):

As novas tecnologias permitem que a informação seja transmitida a uma velocidade sem precedentes históricos. Porém, como todo fenômeno complexo, não é algo que contenha apenas aspectos positivos ou negativos, **a internet é uma ferramenta que pode ser utilizada de forma ambígua, pois aporta elementos que por ora agregam e, por vezes, desagregam.** (grifou-se)

⁵ Conforme Pérez Luño: “Este fenómeno supone la adopción de reglas jurídicas comunes em el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área em la que inicialmente fueran promulgadas. (LUÑO, 2011, p. 86).

⁶ “El desplazamiento del centro de gravedad em el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se há producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado, de forma paralela se há producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. (Luño, 2011)

No Brasil é possível identificar um conjunto de leis que buscam regular a questão desse novo fenômeno. Podemos citar, a título exemplificativo: a chamada lei dos crimes informáticos (Lei n. 12.737/2012), que tipifica como crime alguns fatos, alterando o código penal; a lei de acesso à informação – a LAI – (lei n. 12.527/2011), que regula o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; o Marco Civil da internet, instituído por intermédio da lei n. 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; ainda, entre outras, podemos referir a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n. 13.709/2018.

De fato, são normatizações importantes para o campo estudado. No entanto, não se pode perder de vista que o fenômeno do mundo digital está sempre em expansão e modificação, e as ferramentas tradicionais de disciplinamento, como a legislação, não conseguem alcançar a velocidade das transformações trazidas pelo mundo informático e toda a gama de valores e relações que se estabelecem ao seu entorno. Daí, portanto, a necessidade de enfrentar o tema sob a ótica das novas transformações em nível global, em que existe um esvaziamento da centralidade da lei, própria da modernidade (Perez Luño).

Portanto, uma regulamentação que se pretende dar conta desse novo fenômeno do Direito Digital requer a introdução de um novo olhar sobre o objeto, às vezes adaptando-se conceitos jurídicos clássicos aos novos fatos e, quando isso não for necessário, buscar uma regulamentação que esteja em sintonia com as transformações dessa sociedade conectada. Isso significa, em última instância, romper com arquétipos do direito tradicional, mas sempre lembrando que esta nova dimensão do direito deve estar inserida dentro de uma perspectiva das garantias constitucionais, hermeneuticamente orientada num viés de coerência e integridade (DWORKIN, 2014).

Dos Tribunais de Contas e o Controle Externo da Administração Pública

A formatação atual do Estado brasileiro, plasmada na Constituição da República de 1988, reserva um espaço ao Controle Externo da administração pública que merece ser devidamente estudado. Com efeito, o olhar sobre o desenho reservado aos órgãos de controle permite entender melhor o papel dos Tribunais de Contas na construção de um Estado que tenha por fim promover os objetivos que se encontram no art. 3.º da Constituição de 1988, bem como promover a salvaguarda dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º da CF).

Nesse sentido, torna-se necessária a compreensão da natureza e dos limites das atribuições do controle externo, que é, dentre outros, exercido pelos tribunais de contas, tendo-se como pressuposto sua adequação e sua capacidade indutora da dimensão democrática, levando-se em conta o fato de que os órgãos de controle surgem como uma necessidade de concretização dos fundamentos caros ao republicanismo.

No campo dogmático, a previsão sobre o controle externo, bem como a estrutura e competências dos tribunais de contas encontra-se, principalmente, nos artigos 70 a 75 da Constituição da República. Deve-se ressaltar, a propósito, que é o Poder Legislativo o Órgão que detém a competência do Controle Externo, sendo o tribunal de contas o Órgão que atua no sentido de auxiliar nesse mister constitucional.

O Controle Externo, respeitante ao papel dos tribunais de contas, tradicionalmente está ligado a um controle administrativo e financeiro da administração pública. A rigor, o termo controle comporta duas formas distintas, o controle político e o controle administrativo (Carvalho Filho, 2016, p. 991), sendo que aquele diz respeito ao controle entre os poderes, no sistema de freios e contrapesos, enquanto este, o controle administrativo, “[...] não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer um das funções do Estado – a função administrativa” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 992). Se é certo que os tribunais de contas exercem auxílio ao Poder Legislativo no controle administrativo, não se pode olvidar, por outro lado, que “Em algumas situações, todavia, o poder administrativo se entrelaça com o poder político, o que não exclui o controle dos entes públicos, por sua natureza de instrumento democrático do Estado de Direito”(CARVALHO FILHO, 2016).

A Constituição Federal estabelece as competências que são conferidas aos tribunais de contas no seu art. 71. Dentre tais competências, salientamos a (I) apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, a ser remetido ao Poder Legislativo, bem como o (II) julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Embora, por óbvio, por se tratar de Constituição Federal, exista menção ao Presidente da República, ao Tribunal de Contas da União e ao Congresso Nacional, é mister referir que o art. 75 dispõe que *As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.* Ou seja, o art. 75

esclarece que o desenho constitucional no âmbito federal será aplicado, no que couber, aos demais tribunais de contas. Atualmente, além do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados e do Tribunal de Contas do Distrito Federal, também existem o tribunal de contas do município de São Paulo; o tribunal de contas do município do Rio de Janeiro; o tribunal de contas dos municípios do Estado do Pará; o tribunal de contas dos municípios do Estado do Ceará; e o o tribunal de contas dos municípios do Estado da Bahia⁷.

O fato de ainda existirem tribunais de contas “do município” e “dos municípios do Estado” diz respeito à previsão do art. 31 da Constituição Federal, que em seu § 1º estabelece que “O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver”, dispositivo este que deve ser lido juntamente com o seu § 4º, quando estabelece que “É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”. Isso significa que, aos tribunais que já existiam antes da CF/88, é possível a sua manutenção, sendo vedada a criação de tribunais (Conselhos ou Órgãos) de contas municipais, em razão da previsão constitucional referida.

Sobre as funções desses órgãos de controle, Fernando Facury Scaff e Luma Cavaleiro de Macedo Skaff (2018, pp. 1252-1254) referem:

1. Função fiscalizatória, que envolve o levantamento de dados, auditoria, inspeção, monitoramento e o acompanhamento para avaliação de órgãos, programas e cumprimento de deliberações,
2. Função consultiva,
3. Função informativa,
4. Função judicante,
5. Função sancionadora,
6. Função corretiva,
7. Função Normativa,
8. Função de Ouvidoria.

Informação disponibilizada pelo próprio site do Tribunal de Contas da União⁸ dá conta de explicar as diferentes funções referentes à atuação do Órgão. Nesse sentido, a função fiscalizadora “[...] *compreende a realização de auditorias e inspeções, por iniciativa própria, por solicitação do Congresso Nacional ou para apuração de denúncias, em órgãos e entidades federais, em programas de governo, bem como a apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões e admissão de pessoal no serviço público federal e a fiscalização de renúncias de receitas e de atos e contratos administrativos em geral*”. É, em síntese, a função de fiscalizar os órgãos auditados por intermédio de auditorias (verificação, por meio de técnicas próprias, sobre a legalidade e legitimidade dos atos de gestão e também sobre o desempenho operacional e o alcance de resultados);

⁷ Informação disponível em: <http://www.atricon.org.br/composicao-dos-tribunais/>. Acesso em 07/01/2020.

⁸ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em 07/01/2020.

Inspeções (instrumento para a obtenção de informações não disponíveis no Tribunal); e monitoramento (manejada para verificar o cumprimento das decisões do Tribunal). A função consultiva, por sua vez, é aquela exercida mediante a elaboração de pareceres prévios acerca das contas prestadas, anualmente, pelos chefes dos poderes Executivo. Também é por intermédio da função consultiva que os tribunais de contas realizam o exame, em tese, das consultas encaminhadas ao Órgão pelas autoridades legitimadas para formulá-las, a respeito de dúvidas no tocante a matérias no âmbito de atuação dos Órgãos de controle.

Por função informativa entende-se aquela exercida em resposta à prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, pelas suas Casas ou por qualquer das respectivas Comissões, dizentes ao papel fiscalizatório dos Tribunais de contas. Já a função judicante ocorre quando “[...] o TCU julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”⁹. A seu turno, a função sancionadora basicamente remete à competência para aplicar multas e determinar ressarcimentos ao erário, em caso de irregularidades ou ilegalidades.

A função normativa decorre do poder regulamentar conferido aos Tribunais de Contas, por meio de atos normativos respeitantes a matérias de sua competência. No que diz respeito à função educativa, esta se apresenta nos casos em que os tribunais realizam publicações, seminários, etc., a fim de orientar e informar os seus jurisdicionados.

É o artigo 70 da Constituição Federal que determina o campo de ação do Controle Externo. Nesse sentido, conforme o dispositivo citado: *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.* Portanto, o controle exercido consiste na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional. E essa fiscalização comporta a análise quanto à legalidade dos atos, sua legitimidade e economicidade. Além disso, são fiscalizados a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Conforme Iocken (2014, p. 52), “[...] mesmo integrando o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não tem por missão desempenhar atividades tipicamente legislativas, uma

⁹ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em 07/01/2020.

vez que suas funções estão atreladas à fiscalização da atividade financeira do Estado”. Por outro lado, não há concordância quanto à questão acerca do desempenho de atividade jurisdicional pelos tribunais de contas. Inclusive, quanto a este ponto, Iocken (2014) refere que “Há, ainda, o posicionamento de que a decisão dos Tribunais de Contas caminha numa terceira via, não sendo nem puramente administrativa nem tampouco eminentemente jurisdicional”.

E, por último, impende realçar que a complexidade das questões ligadas às funções estatais, sobretudo no que diz respeito à formulação da agenda pública, com a consequente formulação de políticas públicas, é indiscutível. Trata-se, em verdade, do exercício de função com caráter tipicamente administrativo-constitucional, cujo desenho é traçado previamente pelo poder legislativo, sendo que a sua concretização é viabilizada, não raro, inicialmente, por intermédio do recolhimento de “matéria-prima” fornecida por uma ampla base de dados e, além disso, pelo seu monitoramento, no sentido de serem observadas as consequências - positivas ou negativas -, de sua aplicação.

Por isso, sustenta-se que é necessário, para a implementação dessas políticas, e para todo o controle exercido sobre a administração pública, o devido acompanhamento por parte de órgãos democráticos, com legitimação em nível constitucional, que devem orientar as decisões construídas no poder Legislativo e Executivo para a adequação à Constituição. Dentre os vários órgãos capazes de desempenhar este papel, destacamos aqui a atuação das Cortes de Contas, que podem contribuir para a construção de políticas públicas de acordo com os princípios constitucionais.

Portanto, nos estudos sobre o papel dos tribunais de contas, é preciso ter em conta a necessidade de nos atermos para possíveis casos de ativismo judicial.

A atuação dos Tribunais de Contas em diálogo com as novas fontes do direito e com as novas tecnologias

Após apresentadas as premissas do novo desenho normativo que se apresenta hodiernamente, o qual se mostra numa perspectiva além das fronteiras do Estado-Nacional, bem como o surgimento exponencial de novas formas de tecnologia, cabe examinarmos o papel desempenhado pelos tribunais de contas enquanto órgãos responsáveis pelo controle externo da

administração pública dentro desse novo arranjo que, indubitavelmente, faz-se presente e influente no modo de atuação dos órgãos de controle.

A atuação dos tribunais de contas sofre, por excelência, influências múltiplas em nível normativo, o qual se apresenta além das fontes normativas tradicionais do direito, englobando aportes de nível supraestatal, bem como normativas de ordem infraestatal (veremos adiante exemplos dessa influência), que compõem uma plêiade de orientações para o desenvolvimento das atividades de controle.

É certo que o núcleo normativo que dá respaldo às ações dos órgãos de controle está na Constituição Federal. Além disso, extrai-se de outras fontes tradicionais legislativas essa normatividade, como o disposto nas constituições estaduais (nos casos de órgãos estaduais); nas normas de direito administrativo (exemplos: lei de licitações, estatutos de servidores públicos, lei de acesso à informação e muitas outras); nas próprias normas criadas pelos próprios tribunais de contas, em virtude de sua competência normativa, como visto acima (os tribunais possuem competência para criarem normativas direcionadas aos órgãos jurisdicionados, por intermédio de resoluções expedidas para esse fim). Sem falar da influência de outras fontes tradicionais, tais como a jurisprudência (aqui incluída a jurisprudência produzidas pelos próprios tribunais de contas, como também a influência de jurisprudência advinda do poder judiciário, com especial enfoque, nesse caso, para as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, em matérias pertinentes ao Direito público e afetas diretamente ao controle externo.

Porém, para além dos normativos tradicionais, é evidente na atuação dos órgãos de controle o influxo de normas de outra natureza, seja num nível supraestatal, seja num âmbito infraestatal, corroborando o diagnóstico de juristas como Perez Luño acerca da metamorfose pela qual tem passado o Direito nas últimas décadas.

Com efeito, é inconteste que as orientações estabelecidas por Conselhos Profissionais, como o Conselho Federal de Contabilidade, incorporam a gama de normativos que respaldam a atuação dos órgãos de controles, sobretudo no que diz respeito a orientações referentes à profissão contábil, uma vez que o exercício do controle externo da administração pública requer auditorias dessa natureza, sendo necessário, portanto, o respeito aos ditames dos órgãos profissionais nesse sentido.

Outro exemplo paradigmático da influência de normativos não tradicionais (da perspectiva das fontes de direito) são as publicações produzidas pelo Instituto Rui Barbosa, que é uma associação civil de estudos cujos trabalhos também compõem o conjunto de normas que orientam as atividades dos órgãos de controle. Conforme descrição produzida pelo próprio

Instituto: *Aprimorar as atividades exercidas nos Tribunais de Contas do país. Este é o foco do Instituto Rui Barbosa. O IRB é uma associação civil de estudos e pesquisas responsável por realizar capacitações, seminários, encontros e debates. Também cabe ao Instituto investigar a organização e os métodos e procedimentos de controles externo e interno para promover o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos serviços dos Tribunais de Contas do Brasil*¹⁰.

O Instituto é responsável pela publicação do chamado “Livro Azul”, que consiste no trabalho “*Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP)*”, o qual, não obstante ser produzido por uma entidade civil, é material de orientação para o exercício das auditorias realizadas pelos tribunais de contas. Portanto, percebe-se claramente que a atividade de controle não está adstrita apenas às fontes primordialmente estatais, convivendo, ao revés, com outros parâmetros normativos produzidos num nível do que se denominou fonte infraestatal.

Numa perspectiva para além das fronteiras do Estado-Nação, por outro lado, podemos citar a influência dos parâmetros estabelecidos pela Intosai - *Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores*. Com efeito, a Intosai é uma organização de nível internacional composta por Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS, que são instituições de Estado responsáveis pelo controle externo. No caso do Brasil, é o Tribunal de Contas da União o responsável pela representação naquele Órgão.

A Intosai é uma organização com independência e autonomia, sem subordinação política. Conforme descrito no próprio site da Instituição:

[...] is an autonomous, independent and non-political organisation. The International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) operates as an umbrella organization for the external government audit community. It is a non-governmental organization with special consultative status with the Economic and Social Council (ECOSOC) of the United Nations¹¹.

Entre outras atribuições da Intosai está a expedição de Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores, que se prestam a orientar as atividades de controladoria a ser realizadas pelos órgãos de controle de cada país participante. De fato, as normas emanadas pela Intosai não possuem força cogente plena; não obstante isso, é certo que, na prática, os trabalhos de controle externo são guiados pelas diretrizes daquele órgão, sendo, no caso brasileiro, o Tribunal de Contas da União a instituição que internaliza as orientações da Intosai. Não se pode esquecer que o objetivo do órgão internacional, por intermédio do intercâmbio de

¹⁰ Disponível em: <https://irbcontas.org.br/sobre-o-irb/>. Acesso em 11/01/2020.

¹¹ Disponível em: <https://www.intosai.org/>. Acesso em 12/01/2020.

informação entre os entes participantes, é fortalecer e capacitar a fiscalização pública em nível mundial. Inclusive, as normas de auditoria, consolidadas em princípios fundamentais de fiscalização, podem ser manejadas quando inexistem normas nacionais sobre o tema. Como pressuposto fundante da organização está a busca de uma auditoria governamental independente em nível global, a ser aplicada em cada estado participante. Em suma, antes de tudo, em se tratando de fiscalização de recursos públicos o que está em jogo é o fortalecimento da democracia e do princípio republicano, porquanto a fiscalização da atuação dos entes públicos busca colocar em evidência os ideais de transparência e eficiência, princípios esses caros ao estado democrático de direito.

Nessa linha de análise, cabe destacar a conclusão da professora Têmis Limberger, que relaciona a “A ampliação da transparência e a diminuição da corrupção¹² *versus* a concretização dos direitos sociais” (LIMBERGER, 2016, p. 39). Ainda, a autora refere:

É possível relacionar a ampliação da transparência à diminuição da corrupção e concretização dos direitos sociais, a partir de estudos estatísticos realizados. Veja-se a pesquisa internacionalmente produzida no ano de 2015, por organismo conhecido como Transparency International – OIT -, na qual os denominados países escandinavos possuem menor índice de corrupção no mundo. Foram analisados 159 países. [...] Naqueles países, muita informação está disponível na internet. Até mesmo os dados fiscais não são considerados privados, mas de interesse público, assim é possível a consulta a dados por todos os cidadãos.

Não há dúvida de que a implementação da transparência passa diretamente pelo fortalecimento dos órgãos de controle, daí a relevância do estudo acerca das fontes normativas, como visto acima, sendo evidente que, hoje, não prevalece mais uma estrutura clássica e rígida, mas um emaranhado normativo que conforma as atividades de fiscalização pública. E, igualmente importante para a efetividade da transparência, ao lado do fortalecimento das normas pertinentes, estão o incremento da tecnologia digital, que pode servir como instrumento assaz relevante para esse mister, o qual, ao fim e ao cabo, é um mandamento constitucional.

Afigura-se cabível asserir que, hoje, o tema ligado às ferramentas digitais está no centro de atenção dos órgãos de controle, tendo em vista as facilidades proporcionadas pela tecnologia, com um nível de velocidade e possibilidade de cruzamento de dados (matéria prima para o controle das contas públicas) sem precedentes. De fato, essa revolução tecnológica surgida nas últimas décadas permite um alcance para os órgãos encarregados do controle externo que requer constante atualização e reflexão sobre as consequências desses procedimentos. Há, inexoravelmente, uma nova forma de comunicação entre os órgãos públicos

¹² Sobre o tema, conferir (MALEM SEÑA, 2002)

e os cidadãos (âmbito no qual o princípio da transparência se mostra evidente). E, como não poderia deixar de ser, para além da facilidade do controle social, as novas formas de tecnologia permitem, sob a ótica da comunicação e transparência, exigirem cada vez mais dos administradores públicos informações sistematizadas e em tempo real sobre os dados da administração pública.

Sob essa perspectiva, o poder normativo conferido pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos de controle permitiu uma margem de atuação positiva ao controle externo, uma vez que os próprios tribunais de contas podem editar normas direcionadas aos órgãos jurisdicionados no sentido de obrigatoriedade no que diz respeito à divulgação de dados ligados à administração pública. É claro que os órgãos de controle possuem competência, em suas fiscalizações, para solicitar informações aos órgãos auditados. Mas o que estamos falando aqui não é de pedidos específicos de informação para determinadas órgãos, mas sim de divulgação ampla e sistemática, capacitando os órgãos de controle de uma matriz de dados capaz de propiciar planejamentos de auditorias mais confiáveis e seguras, em um nível macro e prévio, condizente, antes de tudo, com o princípio constitucional da eficiência da administração pública.

E é interessante notar que a competência normativa dos órgãos de controle, assegurada constitucionalmente, convive paralelamente à legislação que obriga os órgãos públicos a divulgarem seus dados, sendo mais uma vez as ferramentas tecnológicas o recurso indispensável para fomentar a difusão dessas informações. Como referência exemplificativa, citamos a Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011, e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) que em seu art. 49 dispõe que *“As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.*

Outro exemplo que revela a importância das novas tecnologias para o uso racional e econômico dos recursos públicos é a preferência dada ao pregão eletrônico para as aquisições de bens e serviços considerados comuns, em detrimento do pregão presencial. Apenas se devidamente justificado pode a administração adotar o pregão presencial, porquanto, em tese, o pregão eletrônico permite maior alcance e, assim, garante a possibilidade de maior competitividade, conferindo a possibilidade de melhores propostas com a ampliação de concorrentes. Os órgãos de controle externo, nesse sentido, trabalham com essa perspectiva, realizando apontamentos quando existem pregões presenciais sem a devida justificativa. Portanto, temos um controle sobre o dever de a administração pública se valer das ferramentas

tecnológicas para garantir aquisições mais econômicas a ser suportadas com os recursos públicos¹³.

É necessário registrar, também, que os próprios órgãos de controle investem cada vez mais recursos na área de tecnologia para fins de fiscalização e, além disso, para garantir o acesso às informações à sociedade sobre os dados de toda a administração pública. Atualmente, é possível acompanhar processos e documentos referentes às fiscalizações, bem como as sessões de julgamentos sobre as contas dos administradores públicos são disponibilizadas nos próprios sites dos tribunais, permitindo uma comunicação direta com a sociedade nesse sentido (transmissão ao vivo pela internet).

Atualmente, é crescente a utilização do processo eletrônico no âmbito dos tribunais de contas, permitindo celeridade e economia de recursos, sendo que a maioria dos procedimentos, da sua origem até a decisão final, são todos realizados no formato digital. Além de permitir celeridade e economia, o próprio processo eletrônico gera novos dados para os próprios órgãos de controle, garantindo uma matriz jurisprudencial mais sólida e também um monitoramento dos órgãos de controle sobre os entes fiscalizados.

Por fim, dentre inúmeras outras utilizações das ferramentas tecnológicas, das quais citamos aqui apenas poucos exemplos, cabe referir um importante sistema de informações sobre licitações e contratos desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que consiste no LICITACON. Conforme informação do site da Instituição:

O LicitaCon consiste no novo sistema informatizado desenvolvido pelo TCE-RS para controle e monitoramento das licitações e contratos administrativos firmados pelos órgãos, poderes e entidades das esferas públicas municipal e estadual do Estado Rio Grande do Sul.

A partir de uma sistemática que permite o acompanhamento da licitação durante todas as fases do processo, e do contrato desde sua celebração até o seu encerramento, o LicitaCon irá ampliar a capacidade de monitoramento das contratações públicas, conferindo maior eficiência às atividades de controle desenvolvidas pelo TCE-RS¹⁴.

¹³ A título exemplificativo, excerto da decisão proferida no Acórdão nº 1.099/2010, do Plenário do TCU, no qual o Ministro Relator considera que: *“a utilização do pregão na forma presencial, sem que tenha havido demonstração da inviabilidade de utilização da forma eletrônica, não se conforma com o preceito contido no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005. A justificativa apresentada no Memorando nº 351/2010-CGA/SPOA/SE/MPA, de 7/4/2010 (dificuldade de remessa por meio magnético de pesados arquivos de “manuais e plantas croquis e demais documentos”) não se revela satisfatória, tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de tecnologia da informação [...]”*.

¹⁴ Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao. Acesso em 18/01/2020.

Na esteira do que já vimos antes nesse trabalho, a referida ferramenta tecnológica é concebida a partir da legislação criada pelos próprios órgãos de controle¹⁵, ratificando mais uma vez o fenômeno que é inexorável nos nossos tempos acerca das novas fontes jurídicas e da utilização da tecnologia, o que requer importante análise por parte dos pesquisadores do campo do Direito.

Do que se disse até aqui, portanto, a fotografia atual que se tem sobre a fiscalização da administração pública pelos órgãos de controle externo é que estamos num estágio de profunda transformação, tanto quanto à ideia das fontes normativas, tanto quanto o impacto da tecnologia. A questão é que a superação dos modelos tradicionais deve ocorrer pautada no que se afigura como preceitos constitucionais de garantias, a fim de garantir que a transparência ocorre dentro das regras de um Estado Democrático de Direito.

Conclusões

A Democracia requer instituições sólidas para a concretização de seus fundamentos, ao passo que os princípios republicanos reclamam a atuação do governo e da administração pública dentro dos parâmetros da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade, economicidade, entre outros.

Vimos acima as mudanças pelas quais a sociedade atual tem passado nas últimas décadas, tendo impacto direto também na questão atinente às fontes do Direito, que deixa de estar vinculada apenas aos postulados tradicionais surgidos na modernidade, e passa a receber o influxo das mais diferentes fontes, seja em nível infraestatal, seja numa perspectiva que transborda as fronteiras dos Estados-Nação.

Com efeito, essas modificações ocorridas nas fontes do direito estão ligadas, também, às transformações tecnológicas ocorridas nos últimos tempos, que aportaram com força no funcionamento da administração pública e nas suas relações com os cidadãos.

¹⁵ No caso particular do LicitaCon RS, são normas orientadoras emanadas pelo TCERS: Resolução nº 1050/2015, em vigor a partir de 13/11/2015 (Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul). Resolução nº 1073/2017, em vigor a partir de 18/05/2017 (Altera o inciso II do artigo 5º da Resolução nº 1050, de 04 de novembro de 2015, que dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul). Instrução Normativa nº 13/2017, em vigor a partir de 12/12/2017 (Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul).

O ponto central desse trabalho foi demonstrar alguns fatos que indicam a modificação que as ferramentas tecnológicas têm gerado no controle da administração pública, por meio dos órgãos externos de controladoria, em especial os tribunais de contas, em que é possível vislumbrar, igualmente, as transformações acerca da relação entre a atuação desses órgãos com as mais diversas fontes de direito, que vão muito além das tradicionais fontes que alguns manuais de direito insistem em categorizar como as únicas fontes existentes.

Por fim, em análise conclusiva ao tema aqui estudado, cabe referir que essas modificações no papel de atuação dos órgãos de controle devem respeitar, antes de tudo, fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito. Se, de um lado, as novas ferramentas disponíveis de fiscalização permitem o acúmulo de informações e celeridade nas fiscalizações, por outro lado é imprescindível que a atuação seja levada a cabo respeitando-se, de forma absoluta, o princípio da ampla defesa e do contraditório dos órgãos auditados, no sentido de não incorrer em excesso por um dos lados envolvidos. Afinal, antes de tudo, são os parâmetros constitucionais de garantia que devem ser respeitados¹⁶. As inovações tecnológicas e as novas formas de fontes normativas devem se sujeitar aos ditames do pacto constitucional, o qual deve servir de guia para a evolução das novas formas de controle, afastando-se eventuais abusos.

Referências

ABBOUD, G.; CARNIO, HENRIQUE CARBELLINI; OLIVEIRA, R. T. DE. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2009.

CARVALHO FILHO, J. DOS S. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. 3.^a ed ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IOCKEN, S. N. **Políticas Públicas: o controle do tribunal de contas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA. **Cosmopolitismo Jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização**. Porto Alegre: Livraria do

¹⁶ Nesse sentido, Lenio Streck (2017) adverte que: “a democracia sempre corre perigo se a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, enfim, de uma criteriologia, e, finalmente, sem mirar em uma resposta correta, que a partir da Crítica Hermenêutica do Direito denomino de resposta adequada à Constituição.

Advogado, 2018.

LIMBERGER, T. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade.** **Livraria do Advogado**, 2016.

LUÑO, A. E. P. **El desbordamiento de las fuentes del Derecho.** Madrid: La Ley, 2011.

MALEM SEÑA, J. F. **La corrupción: aspectos éticos, econômicos, políticos y jurídicos.** Barcelona: Gedisa, 2002.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROBERTA MAGALHÃES GUBERT. **Nova Teoria das Fontes: da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica.** [s.l.] Unisinos, 2017.

SCAFF, F. F.; SCAFF, L. C. DE M. No Title. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (Eds.). . **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

TEUBNER, G. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.