

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ - REITORIA DE PESQUISA, PÓS - GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



ÁLVARO PINTO RODRIGUES

**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA
GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE
- Análise a partir do controle social**

Canoas

2009

ÁLVARO PINTO RODRIGUES



**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA
GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE
- Análise a partir do controle social**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof.^o Dr. Germano André
Doederlein Schwartz

Canoas

2009

ÁLVARO PINTO RODRIGUES

**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA
GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE
- Análise a partir do controle social**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direitos Fundamentais.
Aprovada em 06.05.2009.

Dr. Germano André Doederlein Schwartz
(ULBRA, Presidente e Orientador)

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
(Membro Externo- PUC/RS)

Dr. Wilson Antônio Steinmetz
(ULBRA)

Dr. Jayme Weingartner Neto
(ULBRA)

Agradecimentos

A meus filhos Álvaro Renan e Adriana Carolina, pela força e estímulo, sem os quais este trabalho não teria sido feito.

Ao Professor Doutor Germano Schwartz pela cuidadosa orientação e incentivo pelo tema da saúde e seu controle social, em que podemos contemplar a contribuição da Corte de Contas.

Os Tribunais de Contas do Século XXI enfrentarão as mudanças a serem impostas pela era atual e, por isso, devem ser instituições voltadas para impor consideração ao cidadão acima do Estado e não ao contrário.

(Valmir Campelo)

RESUMO

O estudo da atuação do Tribunal de Contas da União, em sua contribuição para a gestão compartilhada sanitária, na perspectiva do controle social, é o objeto deste trabalho, dentro da linha de pesquisa Direito do Estado e Direitos Fundamentais, elaborado sob o método de abordagem dedutivo e metodologia de pesquisa bibliográfica. Assim, há a abordagem sobre o Tribunal de Contas da União, tratando de sua formação histórico-constitucional no Brasil, bem como de suas competências constitucionais, e atividade fiscalizatória ampla, além dos princípios constitucionais que se vinculam à fiscalização, complementando com jurisprudência do TCU, abordando ainda a atuação da Corte como órgão protetor e efetivador de direitos fundamentais, no enfoque do controle social, buscando a boa e regular aplicação de recursos públicos destinados à salvaguarda desses direitos fundamentais, como o da saúde, aliando-se controle oficial e social na consecução da gestão compartilhada sanitária. Depois, é tratado acerca do marco teórico deste trabalho referente à gestão compartilhada sanitária, sua definição, pressupostos e modalidades de atuação, caracterizando, igualmente, o direito à saúde, de relevância constitucional, com o seu tratamento na legislação, abordando a interação desta gestão com a esfera pública defendida por Habermas, no enfoque da democracia sanitária de cunho deliberativo, ressaltando o agir comunicativo e diálogo racional com a sociedade. Ao final, é abordado sobre a atuação prática do TCU, em sua contribuição para a gestão compartilhada sanitária, com ações de estímulo e aprimoramento do controle social.

.

Palavras-chave: Controle Social. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Gestão Compartilhada da Saúde. Tribunal de Contas da União. Conceituação. Aplicações.

ABSTRACT

The study of actuation of Brazilian Court of Audit, in her contribution for shared management of health, in perspective of social control, is the object this assignement, within of research line of State Law and Fundamental Rights, elaborated about deductive method and methodology of bibliographic research. Like this, there is approach about Brazilian Court of Audit, treating of her historical-constitutional formation in Brazil, as well as her constitutional competences, and wide inspected activity, over there of constitutional principles that to bind the inspection, complementaring with jurisprudence of Brazilian Court of Audit approaching still the actuation of Brazilian Court of Audit with protective and effector organ of fundamental rights, in approach of social control, locking for the good and regular application of public resources destined the protection of fundamental rights, with the health, associating official and social control in consecution of shared management of health. After, is treated about the theoretical boundary this assignement pertinent the shared management of health, her definition, presuppositions and modality of actuation, charactering, equally, health law, of constitutional importance, with his treatment in legislation, approaching the interaction this management with public sphere defended of Habermas, in approach of democracy of deliberative character, with communicative act and ration dialogue with the society. Finaly, is approached about practical actuation of Brazilian Court of Audit, in her contribution for shared management of health, with actions of stimulus and improvement of social control.

Key-words: Social Control. Administrative Law. Constitutional Law. Shared Management of Health. Brazilian Court of Audit. Concepts. Applications.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-COMPETÊNCIAS E FISCALIZAÇÃO	16
1.1 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	17
1.1.1 A formação histórico - constitucional brasileira do Tribunal de Contas da União	17
1.1.2 As competências do Tribunal de Contas da União, conforme a Constituição de 1988	24
1.1.2.1 Julgamento das contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros e valores públicos.....	29
1.1.2.2 Apreciação e registro de atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões	32
1.1.2.3 Realização de inspeções e auditorias	34
1.1.2.4 Fiscalização de recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal ou Municípios mediante convênio, ajuste, acordo ou outro instrumento congênere.....	37
1.1.2.5 Aplicação de sanções aos responsáveis.....	39
1.1.2.6 Fixação de prazo para providências de ato impugnado e sustação de execução do ato, com comunicação ao Poder Legislativo.....	41
1.1.3 A fiscalização das contas públicas na atuação do TCU	43
1.1.3.1 A fiscalização das contas públicas - o controle externo e interno	44
1.1.3.2 Modalidades de exercício da fiscalização das contas públicas	46
1.1.3.2.1 Fiscalização contábil.....	46
1.1.3.2.2 Fiscalização financeira	47
1.1.3.2.3 Fiscalização orçamentária.....	48
1.1.3.2.4 Fiscalização operacional	50

1.1.3.2.5 Fiscalização patrimonial	51
1.1.3.3 Princípios constitucionais vinculados à atividade fiscalizatória do TCU	52
1.1.3.3.1 Princípio da legalidade	52
1.1.3.3.2 Princípio da legitimidade.....	56
1.1.3.3.3 Princípio da economicidade	57
1.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES	60
1.3 SANÇÕES APLICADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DECORRENTES DE SUAS DECISÕES.....	71
1.4 O TCU COMO ÓRGÃO PROTETOR E EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO ENFOQUE DO CONTROLE SOCIAL	75
2 A GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE E O CONTROLE SOCIAL.....	85
2.1 A GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE	85
2.1.1 Conceito da Saúde, conteúdo do Direito à Saúde e normatizações	85
2.1.1.1 O Conceito da Saúde e conteúdo do Direito à Saúde	85
2.1.1.1.1 O Conceito da Saúde	85
2.1.1.1.2 O Direito à Saúde e seu conteúdo.....	90
2.1.1.2 O tratamento constitucional e normatização do Direito à Saúde no Brasil.....	95
2.1.2 O TCU e auditoria de diagnóstico da saúde pública no Brasil	109
2.1.3 A Gestão Compartilhada da Saúde - definição e pressupostos, esfera pública e busca da efetivação do Direito à Saúde	113
2.1.3.1 A esfera pública no Direito à Saúde - concepção de Habermas sobre a esfera pública	113
2.1.3.2 A Gestão Compartilhada da Saúde - definição e pressupostos	121
2.1.3.3 Mecanismos de gestão compartilhada no Brasil com ênfase na saúde - o exercício do controle social	139

2.1.3.3.1 O controle social – definição e características .	139
2.1.3.3.2 Formas de atuação da gestão compartilhada no Brasil no exercício do controle social.....	151

3 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOCIAL COM ÊNFASE NA ÁREA DA SAÚDE	168
3.1 A FISCALIZAÇÃO DO TCU E SUA CONTRIBUIÇÃO NA GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE	168
3.1.1 A Atuação do TCU e o controle social.....	168
3.1.1.1 O controle social no Plano Estratégico do TCU.....	169
3.1.1.2 O TCU e seus normativos internos no controle social.....	171
3.1.2 O Tribunal de Contas da União e o Terceiro Setor, com a fiscalização das ONGs no exercício do controle social.....	182
3.1.3 O TCU e o Programa do Diálogo Público	201
3.1.4 A Experiência do Controle Social nos Conselhos de Alimentação Escolar	205
3.1.5 A Avaliação de Programa do Governo pelo TCU e o controle social	213
3.1.6 O TCU e a fiscalização dos conselhos municipais de saúde	218
CONCLUSÃO	227
REFERÊNCIAS.....	242

ANEXOS	263
ANEXO - A - PORTARIA - TCU Nº 176, DE 3 DE AGOSTO DE 2004	264
ANEXO - B - RESOLUÇÃO - TCU Nº 169, DE 5 DE MAIO DE 2004	266

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União (TCU) passou a ter as suas atribuições substancialmente ampliadas, em defesa do Estado Democrático de Direito, sendo que, igualmente, o direito à saúde obteve relevância constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se direito de todos e dever do Estado, assumindo a configuração de direito fundamental social.

Outrossim, o TCU, aliado ao seu mister de controle oficial externo em auxílio ao Congresso Nacional, na busca da melhor gestão de recursos públicos aplicados, em prol da sociedade, procurou, na sua missão constitucional, estimular as ações de controle social da sociedade civil, em sua interação comunicativa com o cidadão, tornando-se esse controle em objetivo institucional estratégico da Corte de Contas, com inclusão em seus Planos Estratégicos, nos quais são disciplinadas medidas de fortalecimento do controle social. Assim, o controle oficial e social tornam-se aliados no intuito de prevenir a corrupção e o desperdício de recursos públicos em atenção aos anseios da sociedade e do cidadão de terem os seus direitos fundamentais salvaguardados.

Sendo assim, esse controle social tem papel fundamental na consecução da gestão compartilhada sanitária, buscando a construção de um espaço público de saúde no Brasil, na ótica da esfera pública habermasiana de democracia deliberativa, em que se propugna por um novo Estado, como novos paradigmas, ressaltando a participação popular e a cidadania ativa. Nesse prisma, o TCU assume papel de relevo, em sua contribuição para que se concretize essa gestão compartilhada da saúde, com o estímulo e aprimoramento das ações de controle social, de sorte a concorrer para que se proteja e efetive o direito fundamental social da saúde, sendo esse o objeto deste trabalho que se pretende demonstrar.

Assim, o presente trabalho apresenta três partes inter-relacionadas. Na primeira parte, será abordado o Tribunal de Contas da União e suas competências constitucionais, em que se destaca a sua atividade fiscalizatória de controle externo. Desse modo, será tratada a formação histórico-constitucional do TCU, no sentido de que se compreenda como evoluíram as atribuições dessa instituição centenária, tendo como norte a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais declarados nas

cartas constitucionais. Igualmente, serão abordadas as competências constitucionais do Tribunal, em consonância com a Constituição de 1988, no exercício de suas funções fiscalizatória, jurisdicional, consultiva, informadora, sancionadora e de ouvidoria, fazendo uma abordagem mais abrangente de algumas dessas funções, em conformidade com o escopo deste trabalho, complementadas com jurisprudência da Corte de Contas na área da saúde.

Do mesmo modo, será tratada a atividade fiscalizatória do TCU, nas modalidades referidas no *caput* do art. 70 de nossa Constituição atual, qual seja: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sempre complementadas por jurisprudência da Corte, na salvaguarda do direito fundamental da saúde. Igualmente, considerando o controle principiológico constitucional da Corte de Contas no exercício de sua atividade fiscalizatória, será abordado o princípio da legalidade com sua conotação ampla, em que se supera o controle apenas formal, considerando, outrossim, aspectos como controle da constitucionalidade difusa exercida pelo Tribunal, além da análise da conexão com o princípios da proporcionalidade e razoabilidade nas decisões em que há o sopesamento dos bens tutelados.

Além disso, com a Constituição de 1988, passa-se à análise do princípio da legitimidade, em que a atividade de controle do Tribunal, superando a mera conformação de natureza legislativa, envolverá aspectos ideológicos, valorativos, como ética, moralidade, senso de justiça. Também se insere a abordagem do princípio da economicidade, tratando da relação custo-benefício na realização de despesas com recursos públicos, considerando aspectos como escassez de recursos, eficiência, de sorte a se evitar o desperdício. É importante que se ressalte que, na abordagem dos princípios constitucionais de controle da Corte de Contas referidos, serão acrescidas decisões jurisprudenciais do Tribunal que tratam do direito fundamental da saúde.

A natureza jurídica da Corte de Contas também será tratada, a fim de que se melhor compreenda a atuação do Tribunal, bem como a eficácia de suas decisões, considerando a sua posição de autonomia e independência em nosso texto constitucional, não se subordinando aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a apresentar competências constitucionais próprias e jurisdição em todo o território nacional, detendo atribuições jurisdicionais e administrativas. Ademais,

abordar-se-á, como efetividade de sua atividade de controle externo, as sanções aplicadas pelo TCU, em decorrência de suas decisões.

Destaca-se como ponto relevante para este trabalho a abordagem que será feita do TCU como órgão protetor e efetivador de direitos fundamentais, na perspectiva de sua atuação de estímulo ao controle social. Desse modo, será tratada a íntima relação entre o controle das finanças públicas e os direitos fundamentais, em que se destaca a atividade de controle de recursos públicos por parte do Tribunal de Contas, levando em conta o escopo de que os gastos públicos priorizem os direitos humanos. Nessa esteira, considerar-se-á que o Tribunal passa a ter uma ligação estreita com a proteção e efetivação de direitos fundamentais, como o da saúde. Para implementação dessa atividade de salvaguarda de direitos fundamentais, é importante, como se abordará, que o controle oficial se alie ao controle social, de sorte que o Tribunal estimule esse último controle, no enfoque da gestão compartilhada sanitária, em que se insere a atividade pedagógica da Corte da Contas.

Na segunda parte do trabalho, será tratada a gestão compartilhada da saúde, como marco teórico deste trabalho, dentro da linha de pesquisa referente ao Direito do Estado e Direitos Fundamentais, elaborado sob o método de abordagem dedutivo e metodologia de pesquisa bibliográfica, no enfoque do controle social, em que se estudará sobre o direito à saúde, sua formação histórica, sendo visto sobre a ótica de um processo sistêmico que busca a prevenção e cura de doenças, com melhoria da qualidade de vida. No seu conteúdo, o direito à saúde será abordado em sua atual textura constitucional, como direito fundamental social, conferindo ao cidadão um direito público subjetivo, oponível contra o Estado, apresentando dimensões objetivas e subjetivas. Do mesmo modo, será tratado esse direito em sua evolução constitucional no Brasil, havendo, igualmente, abordagem no plano normativo internacional em que o direito à saúde é expressamente reconhecido como direito humano, elemento de cidadania. Além disso, será exposto sobre o SUS - Sistema Único de Saúde e sua lei orgânica, destacando seus princípios e diretrizes, em que se destaca nesse último aspecto, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, a diretriz da descentralização político-administrativa, com descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços da saúde.

Como importante atividade do TCU na área da saúde, será apontada, em ponto específico, deliberação da Corte de Contas sobre o diagnóstico da saúde no Brasil, em que, ao final, o Tribunal faz determinações e recomendações em prol do direito fundamental da saúde.

Do mesmo modo, nessa segunda parte do trabalho, será abordada propriamente a gestão compartilhada sanitária, sua definição, pressupostos, vista na ótica da esfera pública de Habermas, em que se inserem os diversos atores sociais, como a sociedade civil, inclusive o Tribunal de Contas, na prática de um processo democrático deliberativo, no qual prepondera o diálogo, a teoria discursiva, o agir comunicativo de cunho racional. Igualmente, será abordado o processo democrático em que se insere a gestão compartilhada da saúde, fazendo um estudo da formação do pensamento democrático, até a democracia participativa.

Além disso, abordar-se-á os mecanismos de gestão compartilhada sanitária no Brasil, dentro da perspectiva do controle social, em que será tratado sobre a definição desse controle, suas características, sendo espécie do gênero participação popular. Importante nesse aspecto, será a abordagem da íntima relação entre controle social com a transparência, a ética, dentro da concepção da boa governança, tendo como disciplinamento a Lei de Responsabilidade Fiscal. Como formas de atuação da gestão compartilhada no Brasil, estudar-se-á a descentralização sanitária, com a participação da comunidade na efetivação da democracia sanitária, sob as modalidades de municipalização, consórcios administrativos ou distritos. Outrossim, abordar-se-á, como forma de gestão compartilhada, a atuação dos conselhos de saúde, órgãos deliberativos e efetivadores do controle social sanitário.

Outras formas de gestão compartilhada sanitária serão tratadas como o orçamento participativo, em que há interferência direta da comunidade na implementação das ações públicas, bem como a atuação das organizações não governamentais (ONGs), integrantes do terceiro setor, com atuação de entidades com personalidade jurídica de direito privado no exercício do controle social, ocupando espaço onde há inércia estatal. Ademais, outras formas de participação popular, no enfoque da gestão compartilhada, serão abordadas, em que avulta a atuação do Tribunal de Contas, em ação que estimula o controle social, como apurar denúncia feita pelo cidadão - art. 74, § 2º da CF/88.

Na terceira parte do trabalho, ao final, conjugando as duas partes anteriores, será feita a abordagem prática da atuação do TCU, em seu contributo à gestão compartilhada sanitária, com o estímulo e aprimoramento das ações de controle social. Nesse aspecto, como já referido, o controle social é inserido nos Planos Estratégicos do TCU como objetivo institucional, sendo criados normativos internos, como a Portaria nº 176/2004, para disciplinar as ações de fortalecimento do controle social pela Corte de Contas que, dentro do enfoque da gestão compartilhada sanitária, concorrem para a proteção e efetivação do direito fundamental social da saúde. Outrossim, serão abordadas outras medidas utilizadas pela Corte de Contas, nesse sentido, como o controle das organizações não governamentais, integrantes do terceiro setor, a realização do programa diálogo público, a experiência bem sucedida de controle social dos CAES - Conselhos de Alimentação Escolar, o controle e o estímulo a parcerias com os conselhos municipais de saúde e o aprimoramento do *accountability* horizontal pelo Tribunal, além da conjugação do controle oficial e social na avaliação de programas de governo.

Assim, em suma, busca-se com este trabalho demonstrar a contribuição da Corte de Contas, mediante o estímulo e aprimoramento do controle social, para a gestão compartilhada sanitária, de sorte que a saúde seja, além de direito de todos, também um dever de todos, ou seja, como ressalta Germano Schwartz, uma solução de, por e para todos, concorrendo, dessarte, para que o direito fundamental social da saúde seja protegido e efetivado.

1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-COMPETÊNCIAS E FISCALIZAÇÃO

Buscando caracterizar o Tribunal de Contas da União, órgão executor do controle estatal e social e instituição fundamental na elaboração deste trabalho, com a função de órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, passa-se a discorrer sobre as suas competências constitucionais e atividade fiscalizatória. Contudo, a título esclarecedor, no início deste trabalho, para elidir eventuais dúvidas, firma-se a posição quanto ao controle social ser espécie do gênero participação popular, alicerçado em ensinamentos doutrinários. Assim, dispõe Juarez Freitas que descreve o controle social como “exercício de direito de fiscalização, por intermédio da participação popular, da atividade pública quanto à eficiência e à observância dos limites estabelecidos pela Constituição”.¹

Nesse aspecto, considerando o posicionamento doutrinário mencionado no parágrafo anterior, Jair Lima Santos relata que: “O controle social, nesse prisma, é espécie do gênero participação popular, pois este pode manifestar-se, dentre outras formas, por meio do controle da sociedade sobre a gestão pública”.² Do mesmo modo, ligando o controle social à participação popular como essencial para o seu exercício, dispõe Hélio Saul Mileski que o controle social está diretamente relacionado como o Estado Democrático de Direito, considerando, nesse aspecto: “os princípios da transparência e participação popular, como fatores imprescindíveis para que os governos – e os serviços públicos- tornem-se responsáveis perante o cidadão”.³

¹ FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. **Revista Interesse Público**. Sapucaia do Sul: Notadez, n. 11, p. 13-26, jul./set. 2001.

² SANTOS, Jair Lima. **O Tribunal de Contas da União & controle estatal e social da Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 93.

³ MILESKI, Hélio Saul. Controle social: um aliado do Controle Oficial. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 38, 2. sem., p. 20-44, 2005.

1.1 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Em primeiro plano, passa-se a abordar a formação do Tribunal de Contas da União em nossas constituições federais, de sorte a se verificar como as suas competências foram evoluindo até o estágio atual de relevância constitucional.

1.1.1 A formação histórico- constitucional brasileira do Tribunal de Contas da União

Dentro do enfoque deste trabalho, é preciso discorrer sobre a abordagem do Tribunal de Contas da União (TCU), em nossas constituições, para que se compreenda o âmbito de sua atividade de controle que atualmente ganha maior amplitude no sentido de salvaguardar direitos fundamentais, como o direito social da saúde.

O Tribunal de Contas da União (TCU) representa uma instituição antiga em nosso ordenamento jurídico, acompanhando toda a história republicana brasileira, uma vez que consta da constituição de 1891 e de todas as subsequentes. Nesse aspecto, para compreendermos a evolução das competências da Corte de Contas no ordenamento jurídico brasileiro, é mister que se faça o estudo de suas atribuições ou referências a ela, em nossos diplomas constitucionais até o texto constitucional atual, em que se facultou uma ampliação de suas competências e tarefas, inclusive àquelas que vão se sedimentando no contexto presente como o controle social.

A **Constituição Imperial do Brasil**, outorgada em 25.01.1824, não trazia qualquer menção aos Tribunais de Contas. Contudo, no seu art. 170, havia referência de que a realização da despesa e da receita do Império caberia a um “Tribunal”, sendo denominado de “Thesouro Nacional” que detinha funções eminentemente de execução e não apenas de controle, de sorte que a fiscalização de gastos públicos se assemelhava mais às funções de controle interno do que propriamente de controle externo mediante um Tribunal de Contas.

Contudo, o Tribunal de Contas só viria a ser criado, de forma efetiva, no primeiro ano da República, mediante o Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de

1890, sendo de iniciativa de Ruy Barbosa que apresentava a proposta de criação de um Tribunal de Contas, dentro dos moldes já existentes na Itália. Esse Tribunal de Contas deveria ter a incumbência de examinar e julgar todas as atividades pertinentes à receita e a despesa, mormente quanto à legalidade.

Na exposição de motivos do Decreto nº 966-A, feita por Ruy Barbosa, como nos apresenta Artur Adolfo Cotias e Silva⁴, em tópico pertinente à instituição do Tribunal de Contas de seu trabalho, destaca-se o fato de que o Tribunal de Contas seria uma magistratura intermediária à sua administração e a sua legislatura, detendo posição autônoma, tendo funções de revisão e julgamento, sendo cercado de garantias contra quaisquer ameaças, para o exercício de suas funções vitais no organismo constitucional. Contudo, esse decreto não chegou a ser executado, nem teve regulamentação, conquanto fosse importante para cristalizar a idéia da necessidade de existir uma instituição independente e autônoma que controlasse a criação da despesa e a atividade financeira da República em formação.

Nesse passo, a nossa primeira constituição republicana: **Constituição de 1891** instituiu, de forma efetiva, o Tribunal de Contas em nosso país, quando dispôs em seu art. 89: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas das 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”.

Para execução do dispositivo constitucional referido no parágrafo anterior, foi elaborado o regulamento consubstanciado no Decreto nº 1.166, de 17.01.1893, que permitiu o funcionamento do Tribunal de Contas, destacando, em especial, os esforços do Ministro da Fazenda Inocêncio Serzedello Corrêa para expedição desse decreto, como destaca Edna Delmondes⁵. Assim sendo, o Decreto nº 1.166 estabeleceu normas de fiscalização dos atos financeiros do governo pelo Tribunal de Contas, bem como deu competência privativa a esse Tribunal no sentido de poder julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República. Ainda que esse decreto produzisse polêmica à época, a norma regulamentar foi

⁴ SILVA, Artur Adolfo Costa e. O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: Evolução Histórica, Política e Administrativa (1890-1998). In: Brasil. **Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa, 1998. Monografias Vencedoras. 1º lugar. Brasília:TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p.36.

⁵ DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38.

alçada à condição de lei orgânica, de sorte que houve a edição do Decreto nº 392, de 08.10.1896- Lei Orgânica do Tribunal de Contas, sendo que essa lei passou por reformas nos anos de 1911, 1918 e 1922, buscando o seu aperfeiçoamento.

Assim, o Tribunal de Contas começou a obter realce dentro da estrutura estatal, destacando-se a sua função de controle da atividade financeira governamental. Nesse sentido, na **Constituição de 1934**, o Tribunal de Contas passou a ter um tratamento mais abrangente. Nesse aspecto, dispõe Hamilton Fernando Castardo:

Nesta Constituição, o Tribunal de Contas encontrou assento junto ao Ministério Público, na Seção II, Capítulo VI do Título I, dos artigos 99 até 102, que se ocupava dos “Órgãos de cooperação nas atividades governamentais”. Houve ampliação de suas atribuições, dando-lhe competência ainda mais ampla que aquela conferida pela Constituição de 1891.⁶

Assim sendo, institucionalizou-se, em nível constitucional, no seu art. 99, a função precípua do Tribunal de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Outrossim, o Tribunal de Contas passou a fiscalizar os contratos, mediante registro prévio, de sorte, como dispõe o art. 101, caput, “só se reputarão perfeitos e acabados quando registrados pelo Tribunal de Contas” e a recusa do registro suspende a execução desse contrato até pronunciamento do Poder Legislativo. Do mesmo modo, nos termos do art. 102, passou o Tribunal a dar parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas do Presidente da República.

Cabe frisar, dentro o enfoque a ser dado neste trabalho, que a Constituição de 1934, em seu título III- Da Declaração de Direitos, Capítulo II- do Direitos e das Garantias Individuais, trouxe, em seu art. 113, extensa relação de direitos humanos fundamentais. Nessa perspectiva, como será abordado em tópico ulterior deste trabalho, o Tribunal de Contas da União, dentro de sua atividade fiscalizatória de controle externo, propugnando pela integridade e equilíbrio da atividade financeira do Estado, constitui uma das garantias institucionais da Constituição, salvaguardando os direitos humanos fundamentais declarados nas cartas constitucionais.

⁶ CASTARDO, Hamilton Fernando. **O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Campinas: Millennium, 2007, p. 46.

Contudo, a **Constituição de 1937**, de cunho autoritário, restringiu direitos e garantias individuais (disciplinado no seu art. 122, havendo, por exemplo, a supressão da garantia de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), que podem ser objeto de salvaguarda pelo Tribunal de Contas, pois, como ressalta Artur Silva: “havia no governo uma tendência ao autoritarismo que se denunciaria no golpe do Estado Novo”.⁷ Nesse aspecto, essa Constituição abordou o Tribunal de Contas em apenas um único artigo de nº 114 que reduziu as funções da Corte, em cotejo com a constituição anterior, detendo a competência apenas de: “acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiro e bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União”.

Imbuída no restabelecimento do processo democrático no país, a **Constituição de 1946** reavivou a importância do Tribunal de Contas com inserção de novas competências para a Corte, definindo um amplo elenco de atribuições para o Tribunal de Contas, como ressalta Pedro Roberto Decomain.⁸ Assim, em especial, o seu art. 77, ao tratar das competências do Tribunal de Contas, ressaltou o já apontado, sobre o acompanhamento feito pela Corte de Contas à execução orçamentária, além do julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro e outros bens públicos, acrescentando o julgamento das contas dos administradores das entidades autárquicas, bem como o julgamento não só dos contratos, como também das aposentadorias, reformas e pensões.

Igualmente, reaviva a função de registro prévio com vistas a dar perfectibilidade aos contratos, como reza o § 1º desse artigo, sendo que a negação do registro suspende a execução do contrato até o pronunciamento ulterior do Congresso Nacional. Serão objeto de registro, prévio ou posterior, em consonância com a lei, como dispõe o § 2º do artigo em comento, qualquer ato administrativo de que resulte pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste. Do mesmo modo, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação de débito impróprio, como relata o § 3º, tem caráter proibitivo, sendo que, quanto a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se depois do despacho do Presidente da República, além de registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

⁷ SILVA, 1999, p. 74.

⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunal de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 20.

Por fim, ressaltou, igualmente, o importante papel da Corte de Contas, como dispõe o § 4º, na emissão do parecer prévio, com ampliação do prazo para sessenta dias, sobre as contas do Presidente da República que devem ser prestadas anualmente ao Congresso Nacional e, do mesmo modo, se as contas não forem enviadas, comunica o fato o Tribunal ao Congresso Nacional, apresentado-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

Igualmente, cabe frisar que, quanto aos direitos e garantias individuais, trouxe a Constituição em comento capítulo específico - Capítulo II do Título IV. Além disso, em seu art. 157, foi estabelecido diversos direitos sociais pertinentes aos trabalhadores e empregados, indicando, outrossim, título específico - Título VI, tratando da família, da educação e cultura. Conquanto esses direitos e garantias referidos tenham resguardo mediante tutelas e instrumentos específicos, dentro do enfoque deste trabalho, também pode haver proteção pelo Tribunal de Contas, considerando sua missão institucional de velar por aspectos da higidez e a adequada destinação de recursos pertinentes às finanças públicas estatais, como será abordado posteriormente neste trabalho.

Todavia, houve o retorno do viés autoritário com a **Constituição de 1967**, que restringiu as atribuições do Tribunal de Contas, em cotejo com as constituições anteriores de 1934 e 1946, destacando-se o fim do sistema de registro prévio como principal modificação que afetou o Tribunal de Contas, conforme enfatiza Edna Delmondes⁹. Em que pese o afirmado, tem-se que a Constituição de 1967 consagrou a dualidade de controle, ao dispor no seu art. 70, *caput*, que se teria um *controle externo e interno*, sendo que o primeiro seria exercido pelo Congresso Nacional, declarando, no seu § 1º, que esse controle tem auxílio do Tribunal de Contas da União, de sorte que esse último órgão aprecia as contas do Presidente da República, desempenhando funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores e públicos e o segundo um controle interno no âmbito do Poder Executivo, instituído por lei.

Cabe destacar, nesse aspecto, que, no exercício de suas funções de auditoria financeira e orçamentária, como reza o § 3º do art. 70 da Constituição de 1967,

⁹ DELMONDES, p. 44.

poderia o Tribunal de Contas aperfeiçoar esse controle mediante a realização de inspeções necessárias. Nesse ponto, dispõe Artur Silva:

Embora atravessasse o Tribunal uma fase de perdas, o estabelecimento da prerrogativa de realizar inspeções, visando melhor instruir o exame das contas, deve ser considerado como um grande avanço em matéria de ampliação de competências da Corte, posto que o controle deixou de ser exercido em caráter de exame meramente formal de documentos, passando a contar com a verificação *in loco*.¹⁰

No entanto, com relação à sustação da execução de contratos, a exemplo das constituições anteriores de 1934 e 1946, houve modificação, na medida em que o § 5º do art. 71 da constituição em apreço, relatou que o Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, ao constatar a ilegalidade de qualquer despesa, mesmo as decorrentes de contrato, deve assinar prazo razoável para que órgão da administração pública adote providências indispensáveis ao efetivo cumprimento da lei, mas sustar, se caso não atendido, a execução do impugnado, *exceto em relação ao contrato*.

Assim, com essa restrição de competência, a Corte de Contas deveria, em conformidade com a alínea “c” do § 5º do art. 71 referido, em caso de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais. Essa deliberação sobre a solicitação antes referida deve ser feita pelo Congresso Nacional, como reza o § 6º do art. 71, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de que, findo o prazo, sem pronunciamento do Poder Legislativo, deve ser considerada insubsistente a impugnação pela Corte de Contas. Além do mais, mesmo que houvesse sustação de ato que não fosse contratual pelo Tribunal de Contas, pelo § 8º do art. 71, poderia o Presidente da República ordenar a execução *ad referendum* do Congresso Nacional o que restringia a autonomia da atuação da Corte de Contas.

Nessa mesma perspectiva, tem-se a **Emenda Constitucional nº 01, de 1969** que manteve, no § 1º do seu art. 70, o auxílio do Tribunal de Contas no controle externo exercido pelo Congresso Nacional, de sorte que a Corte de Contas mantinha a sua função de apreciação das contas do Presidente da República, a desempenhar

¹⁰ SILVA, 1999, p. 110.

funções de auditoria financeira e orçamentária, além de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. A restrição quanto à sustação de contratos, permaneceu no § 5º do art. 71, alínea “b”, sendo que essa suspensão de execução contratual deveria ser feita pelo Congresso Nacional, além de que o § 7º permitia que o Presidente da República ordenasse a execução do ato sustado pela Corte de Contas, *ad referendum* do Congresso Nacional. Contudo, a novidade trazida por esta Emenda Constitucional nº 01, de 1969, foi a possibilidade de criação de Tribunais de Contas pelos Estados, como se depreende do inciso IX do art. 13, tendo que os membros desses tribunais não poderiam ser superiores a sete.

Outrossim, o § 1º do art. 16 dessa mesma Emenda dispõe, quanto aos municípios, que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que for atribuída essa competência. No que concerne à instituição de Tribunais de Contas pelos Municípios, dispõe o § 3º do art. 16 que somente será possível quando a população municipal for superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos.

Do mesmo modo que a constituição anterior de 1946, a Constituição de 1967 (Capítulo IV - art. 153 e seguintes), com a Emenda Constitucional nº 01/1969, manteve uma enumeração exemplificativa de direitos humanos fundamentais, valendo as mesmas considerações no tocante à salvaguarda desses direitos pelo Tribunal de Contas da União.

Com o advento da Constituição de 1988 - arts. 70 a 75, dentro do cenário de redemocratização do país, temos a ampliação, de forma substancial, das competências do Tribunal de Contas da União, com incremento de suas funções de órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, que será tratado a seguir em tópico específico deste trabalho.

1.1.2 As competências do Tribunal de Contas da União, conforme a Constituição de 1988

A Constituição cidadã de 1988, consubstanciada no Estado Democrático de Direito¹¹, ampliou as atribuições e competências do Tribunal de Contas, além do previsto pela Constituição de 1946, que era, até então, a constituição que mais favorecia o Tribunal. Nesse sentido, no atual texto constitucional, o Tribunal de Contas da União teve as suas competências substancialmente ampliadas, com exercício, no auxílio do Poder Legislativo, como dispõe o *caput* do art. 70, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União no tocante às entidades da administração direta e indireta, com relação à legalidade, legitimidade e economicidade, além da fiscalização da aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Nesse sentido, nesse tópico do trabalho, serão analisadas essas atuais competências do Tribunal de Contas da União, dentro de seu mister de controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais. Essas atribuições do Tribunal de Contas da União, constantes da atual Constituição, estão consignadas no art. 71, incisos I a XI. Nesse aspecto, dentro dessa perspectiva de Estado Democrático de Direito, o Tribunal de Contas assume especial relevância, como relata Hélio Saul Mileski:

Conclusivamente, o Tribunal de Contas é organismo de essência democrática que atua sob fundamentos democráticos e em defesa da democracia. Pelo seu vínculo à lei, produzindo ação em defesa do cidadão, é órgão inerente ao Estado Democrático de Direito.¹²

¹¹ Considerando a relevância do Estado Democrático de Direito no contexto deste trabalho, para melhor caracterização do tema, acrescentamos a contribuição doutrinária de Canotilho: “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginor” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 91-92).

¹² MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 214.

Evandro Martins Guerra¹³, ao tratar das atribuições do Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988, considerando a ampliação das funções da Corte de Contas, registradas pelo atual texto constitucional, propõe uma classificação das funções da Corte: fiscalizadora, jurisdicional, consultiva, informadora. Outrossim, a essa classificação, Luís Henrique Lima¹⁴ acresce as funções sancionadora, corretiva e de ouvidora. Ressalta-se, que dentre as funções apresentadas, as atividades fiscalizatórias, jurisdicional ou de julgamento, sancionatória, corretiva e de ouvidoria da Corte de Contas são relevantes para este trabalho.

No que tange às atividades *fiscalizadoras ou fiscalizatórias*, consubstanciadas nos incisos III, IV, V e VI do art. 71 da CF/88, envolve uma ampla atividade de fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas no âmbito contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, considerando aspectos dispostos no art. 70, *caput*, da atual Constituição Federal, referentes à legalidade, legitimidade e economicidade. Assim, quanto ao inciso III, há a fiscalização financeira quando se faz ou se nega registro aos atos de admissão de pessoal, salvo as nomeações para o cargo em comissão, além da concessão inicial das aposentadorias, reformas ou pensões.

Com relação ao inciso IV do art. 71, o Tribunal de Contas da União pode realizar, por iniciativa própria, atividades fiscalizatórias referentes às inspeções e auditorias em qualquer unidade administrativa, dentro dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou da Administração direta e indireta, fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal. Igualmente, essa atividade fiscalizatória pode ser solicitada pelas Casas do Congresso Nacional ou por uma das suas comissões técnica ou de inquérito.

Especificamente, quanto às atividades fiscalizatórias mediante inspeções e auditoria, Evandro Martins Guerra apresenta razões para a importância dessas atividades no exercício do controle externo:

¹³ GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

¹⁴ LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2007.

A fiscalização através de inspeções e auditorias exerce importante papel dentre as atividades de controle externo a cargo do tribunal de contas, por diversas razões. Primeiro, não há limitação constitucional ou legal acerca do exercício desta competência; segundo, visa à apuração imediata de ilegalidades ou irregularidades, agindo de forma preventiva; terceiro, permite uma ação pedagógica, no sentido de instruir os fiscalizados sobre a melhor forma de execução das atividades e correção das eventuais falhas.; quarto, causa forte pressão intimidativa, visando a coibir a ação de atos ilícitos.¹⁵

Igualmente, há a fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais pelo Tribunal de Contas da União, consoante dispõe o inciso V do art. 71 da CF/88, de cujo capital social a União participe de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo. Como exemplo de empresa supranacional, de cujo capital a União participe, temos, segundo dispõe Luís Henrique Lima:

A principal empresa supranacional, de cujo capital a União participa é a Itaipu Binacional. Ademais, devem ser mencionados o Banco Brasileiro Iraquiano S.A.- BBI (extinto), e a Companhia de Promoção Agrícola- CPA, que foram constituídos a partir de acordos celebrados, respectivamente, com os Governos do Iraque e Japão.¹⁶

Além disso, há atividade fiscalizatória, considerando a descentralização de recursos federais, mediante quantias repassadas pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênio, ajuste, acordo ou outro instrumento congêneres. Evandro Martins Guerra entende ser esta a função mais importante da Corte de Contas, de sorte que relata: “aquela que lhe conforma, justificando sua criação ao longo da história, posto tratar-se de ação de natureza própria do órgão, é a fiscalizadora”.¹⁷

No que concerne às atribuições de *jurisdicional ou de julgamento*, constante do inciso II do art. 71 da CF/88, o Tribunal de Contas julga e liquida as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade que redunde prejuízo ao erário. Nesse passo, Evandro Martins Guerra ressalta que: “o Tribunal de Contas está realizando tarefa própria, típica, não

¹⁵ GUERRA, p. 40.

¹⁶ LIMA, p. 49.

¹⁷ GUERRA, *op. cit.*, p. 41.

se submetendo a outra jurisdição, visto tratar-se de função especializada”.¹⁸

Com relação à atribuição *consultiva ou de consulta*, trata-se da elaboração de parecer prévio das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (art. 71, I, CF/88), correspondendo a uma peça técnico-opinativa, em que atua em colaboração com o Poder Legislativo, no exercício do controle externo. Nesse passo, ressaltando o aspecto de cooperação do Tribunal de Contas da União e do Congresso Nacional na emissão de parecer sobre as contas do governo, dispõe Luiz Bernardo Dias Costa:

Quanto ao inciso I, percebe-se que nele se instituiu uma competência autônoma do Tribunal de Contas para apreciar não apenas a legalidade e economicidade das contas do Chefe do Poder Executivo, como se estende à sua legitimidade, atribuindo-lhe uma extensa margem discricionária para emitir um parecer, um ato fundamentado que não poderá ser modificado pelo Legislativo, mas apenas considerado ou não por ocasião do julgamento parlamentar dessas contas, tratando-se, portanto, de um cooperação de natureza mista, ou seja, uma parte técnica, outra parte política.¹⁹

Cabe ressaltar, contudo, que o parecer prévio elaborado pelo Tribunal de Contas sobre as contas do Poder Executivo não vincula o Poder Legislativo, considerando, nesse caso, o princípio constitucional e político do sistema, no sentido de que cabe ao Poder Legislativo a última instância quanto às contas do Executivo. Nesse aspecto, o Tribunal de Contas exerce uma atividade opinativa e de assessoramento ao fornecer subsídios técnicos para apreciação política por parte do Poder Legislativo que promoverá o julgamento das contas. Desse modo, cabe frisar que é de competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas do Presidente da República, bem como apreciar os relatórios sobre a execução dos planos do governo, nos termos do art. 49, inciso IX, da CF/88.

No tocante à função *informadora ou de informação*, trata-se da situação em que o TCU presta informações a qualquer das Casas ou respectivas comissões integrantes do Congresso Nacional sobre as fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como dos resultados de auditorias e inspeções efetuadas (inciso VII- art. 71). Sobre o relevo das atividades de informação pelo TCU, dispõe Luiz Henrique Lima:

¹⁸ GUERRA, p. 39.

¹⁹ DIAS COSTA, Luiz Bernardo. **Tribunal de Contas - Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 101.

Tal função adquire maior relevo e destaque à medida que os trabalhos do Tribunal de Contas são reconhecidas pela sua qualidade técnica e imparcialidade em relação a facções políticas. Em última instância, todas as informações acima elencadas têm caráter público, via de regra, sendo divulgadas pela Internet e outros meios, convertendo as Cortes de Contas em importantes e fidedignas fontes de consulta para a cidadania.²⁰

Com relação à função *sancionadora* ou *sancionatória*, envolve a aplicação de sanções aos responsáveis nas situações em que se constatar ilegalidades das despesas ou irregularidade de contas, com previsão em lei, que fixará, entre outras cominações, a multa proporcional ao dano causado ao erário - inciso VIII- art. 71. É importante frisar que, na imposições de sanções, o TCU deve observar, como dispõe Luiz Henrique Lima: “o devido processo legal, permitindo o contraditório e o amplo direito de defesa dos jurisdicionados e responsáveis”.²¹

No tocante à função *corretiva*, dispõe Luiz Henrique Lima tratar-se de “uma das mais relevantes funções dentro da missão do TCU de “contribuir para o aprimoramento da gestão pública”.²² Assim sendo, dentro dessa função, o Tribunal assina prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, como registra o inciso IX do art. 71, caso se verifique ilegalidade, ou mesmo susta, se não atendido, como relata o inciso X do art. 71, a execução do ato impugnado, comunicando as decisões à Câmara de Deputados ou Senado Federal, além de representar ao Poder competente sobre a irregularidades ou abusos apurados. No caso específico de contrato, como reza o § 1º do art. 71, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, imediatamente ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Contudo, como prevê o § 2º do art. 71, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, dentro do prazo de noventa dias, não adotar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Por fim, no que tange à função de *ouvidoria*, configura-se a situação em que o Tribunal recebe denúncias pertinentes a irregularidades ou ilegalidades, elaboradas pelo cidadão, partido político, associação civil ou sindicato, como dispõe o § 2º do art. 74 da CF/88. Outrossim, há representação feita pelo controle interno, como reza

²⁰ LIMA, p. 103.

²¹ *Ibidem*, p. 101.

²² *Ibidem*, p. 101.

o § 1º do art. 74, sobre irregularidade ou ilegalidades de que tiver ciência, sob pena de responsabilidade solidária.

Quanto à análise das funções do Tribunal de Contas da União, referidas no art. 71 da Constituição Federal, consideradas como, antes afirmado, relevantes para esse trabalho passemos a fazer uma abordagem mais abrangente de algumas delas, para retratar de, forma mais adequada, as competências do Tribunal de Contas da União, referindo jurisprudência específica da Corte de Contas na área da saúde, consoante os subitens a seguir:

1.1.2.1 Julgamento das contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros e valores públicos

Em contraposição à função da elaboração do parecer prévio, quando se trata de outros gestores de dinheiro, bens e valores do Erário, ressalta-se que o Tribunal não se destina apenas a instruir a apreciação de contas para outro órgão julgar. Neste item, a decisão sobre irregularidade ou não das contas, sua aprovação ou rejeição, cabe ao Tribunal de Contas. Assim, o Tribunal, ao empreender a atividade de julgar, como dispõe o inciso II do art. 71 da CF/88, ele está decidindo sobre a legalidade ou a legitimidade do dispêndio público, de sorte a proteger o Erário que pode ser afetado por despesas calcadas em leis ou atos normativos inconstitucionais.

Do mesmo modo, essa atividade de julgar pode abarcar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário público. Nesse sentido, Luis Henrique Lima ressalta aspecto importante: “Por ora, observa-se que a competência é para julgar as contas, não as pessoas, embora essas possam ser destinatárias das sanções”.²³

Outrossim, nesse aspecto, cabe frisar a amplitude com que se define o nosso atual texto constitucional, no sentido de quem presta contas ao Tribunal de Contas da União, nos termos do parágrafo único do art. 70 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre

²³ LIMA, p. 44.

dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Assim, com base nesse dispositivo, podem ser responsabilizadas empresas ou instituições privadas que recebam recursos do Erário e, por ação ou omissão, deem origem a prejuízo ao Tesouro Nacional.

Assim sendo, quanto aos administradores responsáveis por bens e valores públicos, podem se incluir os administradores de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (entidades da Administração Indireta), mesmo quando envolvam fundações de Direito Privado. Tal constatação que se extrai do art. 71, II, da CF/88, também se aplica aos Estados, Distrito Federal e Municípios, por força do art. 75 de nossa Carta Magna.

Considera-se, igualmente, a figura do ordenador de despesa, como retrata o § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/67, que é o agente público com autoridade administrativa para gerir os bens e valores públicos de cujos atos realizem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos financeiros, ficando, por isso, obrigados a prestar contas, cuja tomada deve ser submetida a julgamento pelo Tribunal de Contas, dispõe Hélio Saul Mileski que a expressão, consignada no atual texto constitucional, relativa a administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, tem maior amplitude que a de ordenador de despesa, como registra:

Dessa forma, a expressão constitucional administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos envolve responsabilidade mais ampla que a ordenação de despesas, na medida em que abrange não só a realização de despesas, mas também a arrecadação da receita e todos os demais atos ou funções que possam ser caracterizados como fatores de utilização, arrecadação, guarda, gerência ou administração de dinheiro, bens e valores públicos, submetendo-se também à obrigação constitucional de prestar contas, por meio do processo de tomada de contas, cuja competência de julgamento pertence ao Tribunal de Contas.²⁴

²⁴ MILESKI, 2003, p. 287.

Com relação à parte final do inciso II do art. 71 da CF/88, que trata do julgamento pelo Tribunal de Contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte dano ao Erário, deve o mesmo ser combinado com o inciso VIII desse mesmo artigo que corresponde à aplicação de sanções previstas em lei. Assim, na situação em que o Tribunal de Contas decida que alguém deu causa à perda, extravio de dinheiro ou quaisquer bens públicos, profere determinação no sentido que se devolva o valor correspondente, como também lhe aplica outras sanções, como multa proporcional ao valor, resultante do prejuízo causado ao Erário. Nesse sentido, dentro da área da saúde, no exercício de sua atividade fiscalizatória, o Tribunal de Contas pode julgar irregulares as contas dos responsáveis, com imposição de débito e multa.²⁵

Outrossim, cabe o julgamento pelo Tribunal das contas das Mesas do Poder Legislativo, uma vez que, considerando a autonomia dos órgãos do Poder Legislativo, os seus presidentes devem ser reputados como ordenadores primários de despesas feitas por tais órgãos, devendo, assim, prestar as contas que serão apreciadas pelo Tribunal que julgará a regularidade ou irregularidade das mesmas.

Além disso, os Chefes do Poder Executivo podem praticar atos que causem perda, extravio ou outra irregularidade que resulte dano ao Erário, isso é, atos praticados diretamente por esses Chefes do Executivo. Podem funcionar, assim, como ordenadores de despesas, sendo, portanto, responsáveis por despesas em que se registre a irregularidade. Nesse caso, pela específica despesa responde o Chefe do Executivo perante o Tribunal de Contas, além de suas contas anuais que foram objeto de parecer prévio.

No que tange especificamente às contas do próprio Tribunal de Contas, o controle externo será feito pelo Poder Legislativo, com dispõe o § 2º do art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 04 de junho de 2000, o qual relata que o parecer sobre as contas dos Tribunais de Contas será proferido no prazo previsto no art. 57 desse mesmo diploma legal, ou seja, 60 dias, a menos que

²⁵ Verificou-se no Acórdão nº 12/2007- Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 005.660/2004-7. Acórdão nº 12/2007-Primeira Câmara. Tomada de Contas Especial. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília. 23 de janeiro de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 26 jan. 2007) que o Escritório de Representação do Ministério de Saúde do Estado de Tocantins instaurou Tomada de Contas Especial contra ex-Prefeito-Município de Araguaina/TO, ex-Secretários Municipal de Saúde e Coordenadores da Saúde, tendo em vista à cobrança irregular de procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde -SUS, em que o TCU julgou as contas dos responsáveis irregulares, sendo condenados ao pagamento de débito, com imposição de multa prevista no art. 57 da Lei Orgânica do TCU- Lei nº 8.443/92.

na Constituição Estadual ou Lei Orgânica do Município fixe outro prazo, devendo, igualmente, formar-se uma comissão mista permanente, consoante menciona o § 1º do art. 166 da CF/88, ou equivalente das Casas legislativas estaduais e municipais, para dar parecer prévio no tocante às próprias contas dos Tribunais de Contas.

1.1.2.2 Apreciação e registro de atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões

O dispositivo, constante do inciso III do art. 71 da CF/88, relata que os atos de admissão de pessoal ao serviço público, tanto na Administração direta, como na indireta, incluindo as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, devem ser submetidos à apreciação dos Tribunais de Contas, mormente quanto à legalidade do ato, seja no âmbito do Tribunal de Contas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, para fins de registro, salvo os atos de admissão de servidores para cargos de provimento em comissão.

Contudo, quanto à nomeação de cargos de provimento em comissão, pode ser questionada a sua legalidade e adequação ao princípio da moralidade. Nesse aspecto, dispõe Pedro Roberto Decomain:

Todavia, mesmo em se tratando de nomeações para cargos alegadamente de provimento em comissão, ainda assim o Tribunal de Contas pode, em tomando delas conhecimento, questionar-lhes não só a legalidade, como até mesmo a respectiva adequação ao princípio da moralidade administrativa. É certo que, como regra geral, o Tribunal de Contas não se pode substituir à autoridade à qual é legalmente conferida a competência para a nomeação, no que diz com a escolha do nomeado. Pode o Tribunal, porém, apreciar a constitucionalidade da nomeação, inclusive sob o prisma da existência, no caso focado, de cargos que devam realmente ser considerados de livre nomeação e demissão.²⁶

Assim sendo, objetiva-se com essa atividade fiscalizatória, constante desse inciso III do art. 71, verificar todos os atos de admissão, tanto para cargos como empregos públicos, com fins de registro, com o intuito de conceder ou negar o registro desses atos, no âmbito da Administração direta ou indireta, atentando para a

²⁶ DECOMAIN, p. 101.

normalidade e moralidade no sentido de ingresso no serviço público, considerando a necessidade de prévia aprovação em concurso público para admissão - art. 37, incisos I e II e § 2º do atual texto constitucional, além do respeito ao limite de despesa com pessoal - art. 169 da CF/88.

Nesse aspecto, o TCU tem, em várias oportunidades, julgado irregulares as contas dos responsáveis, com aplicação de multa, no caso de admissão de pessoal sem concurso público. Na área da saúde, cita-se, por exemplo, o Acórdão 29/2000-Segunda Câmara²⁷, em que o Tribunal julgou irregulares a prestação de contas do Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A., tendo em vista a admissão de pessoal sem concurso público.

Ademais, se a Corte de Contas constatar que o concurso público feito não observou as normas legais e regulamentares para a sua realização deve reconhecer a nulidade do ato, negando a sua validade, determinando que a Administração proceda a sua anulação. Assim, constatando-se a irregularidade na admissão, cabe a responsabilização funcional, administrativa e, eventualmente, penal, de quem praticou esse ato de admissão ilegal. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso IX do art. 71 da CF/88, assinala um prazo para que o responsável pelo ato de admissão ilegal desfaça o mesmo, ou ainda, o Tribunal pode sustar o ato se a providência de desfazimento não foi realizada por quem realizou o ato contrário à lei.

Com relação aos atos de aposentadoria e reforma ou pensão, deve o Tribunal de Contas verificar a ilegalidade dos mesmos, como condição de sua executoriedade, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. Busca-se, assim, que os atos de aposentadorias e reforma se mantenham dentro dos princípios da legalidade, legitimidade e moralidade, evitando-se, desse modo, o uso inadequado de dinheiros públicos. Acresce, como alerta, nesse aspecto, Luís Henrique Lima, quanto às aposentadorias com apreciação de registro pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que “alcança apenas as dos servidores estatutários, não incluindo as dos contratados pelo regime celetista. Essas são concedidas e pagas pela Previdência Social,

²⁷ No Acórdão nº 29/200- Segunda Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.182/1995-2. Acórdão nº 29/2000. Relator: Ministro Adhemar Ghisi. Brasília, 17 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 25 fev. 2000), o TCU julgou irregulares as contas dos dirigentes do Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A - prestação de contas do exercício de 1994, e aplicou-lhes multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/92, em face da admissão de 25 empregados sem a prévia realização de concurso público.

obedecendo a regime próprio”.²⁸

Ademais, se o Tribunal de Contas da União verificar a ilegalidade na concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, deve assinalar prazo para que a autoridade responsável corrija essa irregularidade e, caso não tenham sido adotadas as providências necessárias, a Corte de Contas determinará que se suspendam os efeitos do ato, como ordenar a imediata suspensão do pagamento da aposentadoria ou pensão, comunicando o fato para o Poder Legislativo da União, no caso em que envolva recursos federais.

Igualmente, em deliberação da Corte de Contas, relativa ao Acórdão 157/2006 - Primeira Câmara²⁹, ao tratar de aposentadorias concedidas pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde em Pernambuco, tendo em vista a inexistência de amparo legal no pagamento de vantagem, o Tribunal considerou ilegal os atos de aposentadoria, recusando o respectivo registro.

1.1.2.3 Realização de inspeções e auditorias

O Tribunal pode exercer a fiscalização de atos, mediante inspeções e auditorias, de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quando requisitado por órgãos do Legislativo ou por iniciativa própria, nos termos em que estabelece o inciso IV do art. 71 da CF/88. Esses atos de fiscalização podem ser realizados nas unidades administrativas do Poder Legislativo, Executivo e

²⁸ LIMA, 2007, p. 47.

²⁹ Quanto ao Acórdão nº 157/2006- Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 001.289/2005-3. Acórdão nº 157/2006. Relator. Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 31 de janeiro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 08 fev. 2006), ao julgar sobre as aposentadorias concedidas pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde em Pernambuco, tendo em vista a inclusão nos proventos de parcela denominada “PCCS” e, considerando, a inexistência de amparo legal para o pagamento de vantagem em virtude de incorporação de parcela aos vencimentos dos servidores civis, com base no inciso II do art. 4º da Lei nº 8.460/1992, reputou irregulares os atos de aposentadoria assim concedidos, com recusa dos registros respectivos, determinando ao final, ao Núcleo Estadual referido, nos termos do art. 71, inciso IX da CF/88 e art. 262 do Regimento Interno do TCU que, no prazo de quinze dias, contados a partir da deliberação, faça cessar os pagamentos decorrentes dos atos impugnados, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, sem prejuízo de orientá-la no sentido de que as concessões consideradas ilegais poderão prosperar, após escoimadas da irregularidade apontada e emissão de novos atos, que devem ser encaminhados ao TCU para apreciação.

Judiciário, com inclusão das entidades de administração indireta, as fundações e sociedades instituídas pelo Poder Público.

Assim, as fiscalizações referidas podem ser realizadas antes ou depois de realização da despesa pública. Constatada a irregularidade, o Tribunal assina prazo a fim de que o responsável tome as providências para sanar a irregularidade. Não sendo tomadas as medidas necessárias, pode o Tribunal sustar o ato. No caso de contrato, o Tribunal deve comunicar inicialmente a irregularidade ao Poder Legislativo. Contudo, a Corte de Contas pode sustar o contrato, caso não haja qualquer providência a respeito, nos termos dos §§1º e 2º do art. 71 da CF/88.

Procurando distinguir as modalidades de fiscalização, auditoria e inspeção, exercidas pelo Tribunal de Contas da União, dispõe Hélio Saul Mileski:

Definido o que seja auditoria, impõe-se verificar a distinção entre inspeção e auditoria, na medida em que o inciso IV do art. 71 da Constituição estabelece como competência do Tribunal de Contas realizar *inspeções* e *auditorias* de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Auditoria é gênero que comporta todo o tipo de exame e verificação – documental ou fático- de operações, atividades e sistemas das entidades do Poder Público. Inspeção é verificação efetuada no local auditado- *in loco*- para exame da atuação na forma como está se processando. Assim, inspeção é espécie do gênero auditoria. Toda inspeção é um procedimento de auditoria, mas nem toda auditoria é efetuada por inspeção.³⁰

Assim, ao se realizar auditorias e inspeções, por iniciativa própria ou por requisição do Poder Legislativo, que detém o controle externo e competência para julgar as contas do Chefe do Poder Executivo, corrobora-se a autonomia e independência da Corte de Contas como órgão fiscalizador. Contudo, considerando a necessidade de colaboração com o Poder Legislativo, visando a eficácia do controle externo, não pode o Tribunal deixar de atender a requisição feita por esse Poder, não ficando, portanto, a critério da Corte de Contas.

Além disso, encerrada a fiscalização, pode o Tribunal de Contas da União entender que deva ser instaurada uma tomada de contas especial. Desse modo, como dispõe o art. 8º da Lei Orgânica do TCU - Lei nº 8.443/92, deve ser instaurada a tomada de contas especial diante da situação de omissão no dever de prestar contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União,

³⁰ MILESKI, 2003, p. 314-315.

Estados, Distrito Federal e Municípios, por força de convênios ou instrumentos similares, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resulte dano ao Erário. A conversão do procedimento de auditoria em tomada de contas especial, caso verificada a ocorrência de desfalque ou desvio de bens, ou de qualquer outra irregularidade de que resulte prejuízo para o Erário, tem previsão no art. 47 da Lei nº 8.443/92.

Nesse aspecto, traz-se deliberação da Corte de Contas, constante do Acórdão 35/1999- Primeira Câmara³¹, em que o Tribunal, por iniciativa própria, promoveu inspeção por intermédio de Unidade Técnica Regional, para averiguar irregularidades praticadas contra o extinto INAMPS, decorrentes de recebimentos indevidos pela emissão injustificada de autorizações de internação hospitalar.

Outrossim, em jurisprudência do TCU, pode-se mencionar Auditoria realizada, em face de Solicitação de Comissão Parlamentar do Senado Federal, referida no Acórdão 30/2000-Plenário³², tratando de construção do Hospital Geral de Caxias do Sul RS, com a utilização de recursos do Ministério da Saúde, em que foram constatadas irregularidades na realização do empreendimento, resultando na aplicação de multas aos responsáveis.

³¹ Consta do Acórdão nº 35/1999 - Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 019.971/1994-0. Acórdão nº 35/1999- Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 04 mar. 1999) em que Presidente e Diretora da entidade Associação de Proteção à Maternidade e à Infância de Tabuleiro do Norte/CE- Hospital Celestina Colares praticaram irregularidades contra o extinto INAMPS, em face de recebimentos indevidos oriundos da emissão injustificada de autorizações para internação hospitalar - AIHs, sendo instaurada tomada de contas especial, em que se julgou as contas das responsáveis irregulares, condenando-os solidariamente ao recolhimento do débito aos cofres do Fundo Nacional da Saúde.

³² O Acórdão nº 30/2000-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.231/1996-1. Decisão nº 30/2000-Plenário. Relatório de Auditoria Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 01 de março de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 20 mar. 2000) trata de Relatório de Auditoria realizada no Hospital Geral de Caxias do Sul/RS, em atendimento à determinação constante do Relatório Final da Comissão Temporária de Obras Inacabadas do Senado Federal, com aporte de recursos do Ministério da Saúde, em que se constataram irregularidades na realização do empreendimento, como utilização de recursos humanos e materiais públicos para fins particulares, não submissão do projeto executivo à aprovação da Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Urbano, supressão de itens contratados com a finalidade de encobrir acréscimos na obra e restituição de recursos sem correção monetária o que resultou em aplicação de multa, nos termos do art. 58, inciso II e III da Lei nº 8.443/92, aos responsáveis: ex-Secretário de Obras Públicas, Saneamento e Habitação, ex-Diretor da referida Secretaria de Obras Públicas e ex-Secretário da Saúde e do Meio Ambiente.

No âmbito de Auditoria de Desempenho, relata-se o Acórdão 272/2003-Plenário³³, referente ao Programa Nacional de Imunizações, pertinente ao Ministério da Saúde, com atuação da Fundação Nacional da Saúde, em que foi feita a avaliação do impacto de implementação de recomendações feitas em outra deliberação desta Corte de Contas.

1.1.2.4 Fiscalização de recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal ou Municípios mediante convênio, ajuste, acordo ou outro instrumento congêneres

Dentro de operações financeiras entre os entes da federação, temos a situação em que a União transfere voluntariamente recursos aos Estados e esses últimos podem, igualmente, fazer transferências voluntárias para os Municípios, podendo ser em forma de convênios, retratada no inciso VI do art. 71 da CF/88. Os

³³ Quanto ao Acórdão 272/2003 - Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo: TC 010.823/1999-9. Acórdão nº 272/2003 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, 25 de março de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 abr. 2003) tratou da avaliação do impacto de implementação de recomendações feitas pela Decisão Plenária 404/2000 quanto ao Programa Nacional de Imunizações - PNI, integrante do Projeto de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Contas da União e o Reino Unido, em que se constataram deficiências como falta de informação da evolução dos indicadores de desempenho no relatório de gestão, ausência de responsabilização dos secretários estaduais de saúde quanto ao repasse de imunobiológicos, ausência de parcerias entre os Ministérios da Educação e da Saúde visando a apoiar o programa, deficiência na viabilização e impressão de cartilhas aos vacinadores e registradores e ausência de apoio das coordenações estaduais do programa aos secretários municipais de saúde, nos estados de Rondônia, Paraíba, Minas Gerais e Espírito Santo, sendo, ao final, feita determinação à Fundação Nacional de Saúde - Funasa no sentido de que informe, no Relatório de Gestão, que acompanha a sua prestação de contas anual, a evolução dos indicadores de desempenho do programa; recomendações, entre outras, para o Ministro da Saúde no sentido de que adote providências necessárias junto ao Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde - Conass para a instituição de Termo de Responsabilidade dos Secretários Estaduais de Saúde sobre os repasses de imunobiológicos, razão das ainda expressivas perdas de insumos observadas; aos Ministérios da Saúde e da Educação, por intermédio de suas respectivas Secretarias Executivas, que formem parceria com objetivo de apoiar, no que couber, o Programa Nacional de Imunizações na divulgação sistemática do programa em escolas de ensino fundamental e médio, com objetivo de ampliar a cobertura vacinal no país; à Secretaria de Comunicação Social do Ministério da Saúde para que providencie a entrega de material de propaganda das campanhas de multivacinação, aos estados e aos municípios, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, com o objetivo de contribuir para a eficácia do Programa Nacional de Imunizações e à Coordenação Nacional do Programa Nacional de Imunizações que apoie as coordenações estaduais do programa nos estados de Rondônia, Pará e Espírito Santo no trabalho de convencimento dos secretários municipais de saúde sobre a necessidade de controlar a temperatura de armazenamento de imunobiológicos, inclusive durante finais de semana e feriados, ante as falhas de controle relatadas naqueles estados.

recursos oriundos de tais transferências devem ser aplicados exclusivamente no objeto do convênio, cabendo ser prestado contas dos mesmos ao órgão repassador.

Nesse aspecto, em face da maior incidência na ocorrência de convênios fiscalizados, cumpre definir o instituto, para melhor entendimento da fiscalização exercida pela Corte de Contas. Desse modo, Remílson Soares Candeia, apresenta a sua definição sobre os convênios:

Assim sendo, pode-se entender convênio como um das formas de descentralização de recursos da Administração Pública para entes públicos e privados para consecução de objetivos de interesses recíprocos entre os partícipes.³⁴

Caso não sejam prestadas as contas, ou mesmo detectadas falhas e/ou irregularidades na execução do objeto do convênio que utilizou os recursos transferidos, cabe a instauração de tomada de contas especial pela entidade que promoveu a transferência desses recursos, como disciplina o art. 8º da Lei Orgânica do TCU já referida.

A tomada de contas especial instaurada deve sempre ser encaminhada ao Tribunal de Contas. Todavia, se a unidade administrativa que transferiu os recursos não instaurar a competente tomada de contas especial, cabe ao Tribunal de Contas da União essa tarefa, como dispõe o § 1º do art. 8º da Lei nº 8.443/92.

Caso a tomada de contas especial não apure irregularidades, deve ela ser encaminhada pela entidade administrativa instauradora, juntamente com a sua prestação de contas anual, para exame do Tribunal de Contas. Todavia, constatado o dano ao Erário, deve-se, em primeiro lugar, apurar o seu valor e depois ser encaminhada ao TCU. Entretanto, segundo dispõe o § 2º do art. 8º da Lei Orgânica do TCU, a remessa da tomada de contas especial será feita imediatamente ao TCU, se o valor for igual ou superior à quantia estabelecida anualmente pelo Tribunal. Se o valor for inferior à quantia fixada, a remessa do processo de tomada de contas especial, deve, segundo o § 3º do art. 8º da Lei 8.443/92, ser anexada ao processo de tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa.

³⁴ CANDEIA, Remílson Soares. **Convênios celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: NDJ, 2005, p. 22.

A situação configurada nesse inciso VI do art. 71 tem relação com o referido no parágrafo único do art. 70 da CF/88 (prestação de contas por aquele que recebe recursos) e inciso II do art. 71 (julgamento de contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos).

Ademais, constatando o Tribunal que os recursos repassados não foram gastos, consoante estipulado no convênio ou ajuste, ordenará a Corte de Contas a sua restituição. A ordem de devolução será dirigida não só ao Estado, Distrito Federal ou Município contemplado pelos recursos, como também ao responsável pelos gastos dos valores repassados, consoante apontado no convênio ou ajuste firmado.

Assim, quanto ao controle externo pertinente a transferências voluntárias mediante convênio, é comum o TCU apreciar a prestação de contas de recursos repassados a prefeituras por Ministérios, em que, em caso de falhas e/ou irregularidades, é instaurado o competente processo de tomada de contas especial. Nesse caso, cita-se o Acórdão 369/2005- Segunda Câmara, referente à tomada de contas especial instaurada em face do Convênio nº 649/2003³⁵, que foi celebrado entre a Prefeitura Municipal de Nazaré/TO e a União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde/Fundo Nacional da Saúde, em que houve repasse de recursos destinados à aquisição de ambulância.

1.1.2.5 Aplicação de sanções aos responsáveis

Consoante dispõe o inciso VIII do art. 71 da CF/88, detém o Tribunal de Contas da União o poder sancionador de aplicar as sanções previstas em lei, considerando também a possibilidade de aplicação de multa proporcional ao dano

³⁵ No Acórdão 369/2005-Segunda Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC -005.325/2002-5. Acórdão nº 369/2005-Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 22 de março de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 31 mar. 2005), referente ao Convênio nº 649/1993, com objeto de aquisição de ambulância, firmado entre a Prefeitura Municipal de Nazaré/TO e a União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde/Fundo Nacional da Saúde, sendo instaurada tomada de contas especial, haja vista a prestação de contas tardia, não apresentação de documentos solicitados, de sorte que as alegações de defesa apresentadas pela ex-prefeita não comprovam a aquisição do veículo referido, nem estabeleceram o nexó necessário com os recursos transferidos ao município, sendo julgadas as contas da responsável irregulares e em débito, tendo sido autorizada a cobrança judicial da dívida.

causado ao Erário, nas situações em que foram constatadas despesas ilegais ou irregularidade de contas.

As sanções, como relata o dispositivo constitucional retrocitado, devem ter previsão em lei, impondo-se, assim, um verdadeiro dever de agir ao legislador. Nesse aspecto, a Lei Orgânica do TCU prevê penalizações para as situações de irregularidade constatada, como o disciplinado nos arts. 57 e 58 desse diploma legal que serão tratadas especificamente no item deste trabalho referente a sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União.

Na área da saúde, o TCU, tem, em muitas situações, aplicado sanções aos responsáveis, em face das irregularidades na aplicação de recursos do SUS - Sistema Único de Saúde. Nesse passo, cita-se o Acórdão 173/1999 - Primeira Câmara³⁶, em que se identificou situações irregulares na utilização de Autorização de Internação Hospitalar.

Cabe ainda observar a possibilidade da exigência de restituição do agente por valores indevidamente perdidos pelo Erário, sendo consubstanciada pelo disposto no § 3º do art. 71 que considera como título executivo as decisões do Tribunal de Contas da União que imputem débito e apliquem multa.

³⁶ Quanto ao Acórdão 173/1999- Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC-250.169/1993-2. Decisão nº 173/1999-Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, Brasília, 11 de maio de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 19 maio. 1999) foram constatadas irregularidades na Clínica de Acidentados, Traumatologia e Ortopedia Ltda. em Salvador/BA, como extrapolação do número de Autorização de Internação Hospitalar - AIH mensais estabelecido para a unidade; alta precoce de pacientes permitindo maior rotatividade de leitos e maior faturamento; inexistência de Ficha de Cadastro Hospitalar, documento oficial que autoriza a cota de AIH; ausência de exames necessários para avaliação diagnóstica e para comprovação de uso de materiais especiais como órteses e próteses; superposição de horário de atendimento cirúrgico pelo mesmo médico; indícios de internações desnecessárias; ausência de assinatura do médico responsável pelas AIH nos meses de novembro/92 e abril/93; cirurgias realizadas e cobradas do SUS sem o registro no Livro de Registro de Cirurgias; predominância de um mesmo procedimento cirúrgico, em percentual elevado, nas atividades de um mesmo profissional e predominância, em percentual relativamente elevado, de um mesmo profissional realizando ajudas em cirurgia. Assim, foi instaurado o procedimento de tomada de contas especial para apurar as irregularidades referidas na aplicação de recursos do SUS, sendo, ao final, julgadas irregulares as contas do responsável, com aplicação de multa, prevista no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.443/92.

1.1.2.6 Fixação de prazo para providências de ato impugnado e sustação de execução do ato, com comunicação ao Poder Legislativo

Nos termos do inciso IX do art. 71 da CF/88, o Tribunal de Contas da União assina prazo para que o órgão ou entidade responsável pelo ato ilegal adote as providências cabíveis a fim de que seja sanada a irregularidade.

A providência pode ser exigida antes que o ato seja integralmente concluído, como na situação em que o Tribunal de Contas verifica falhas em atos de um procedimento licitatório, de sorte que se obtenha a sustação de atos ulteriores do procedimento em curso. Contudo, pode também o Tribunal assinar prazo para que o órgão ou entidade anule um procedimento inquinado de irregularidades, como o próprio procedimento licitatório referido que se encontra em fase de conclusão.

Nesse sentido, temos o trecho da ementa no Mandado de Segurança nº 23.550-1, Distrito Federal, em que, sendo relator para o Acórdão, o Min. Sepúlveda Pertence, o qual foi objeto de apreciação do TCU de um processo de representação, de que resultou a injunção à autarquia para anular a licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, na aplicação das competências da Corte de Contas, referidas no art. 71, inciso IX e §§1º e 2º da CF/88:

O Tribunal de Contas da União-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.³⁷

Outrossim, como disposto no inciso seguinte, ou seja, inciso X, do art. 71 da CF/88, se não atendida a determinação do Tribunal, pode essa Corte de Contas sustar a execução do ato impugnado, comunicando essa decisão ao Poder Legislativo. Procura-se, assim, evitar as consequências do ato irregular, ou mesmo evitar a ocorrência de despesa, calcada em ato ilegal. Todavia, caso seja a situação de existência de contrato irregular, deve o Tribunal comunicar ao Poder Legislativo

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 23.550-DF. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.04.2001.

que pode suspender o cumprimento do ato, se concordar com o entendimento da Corte de Contas.

Entretanto, o texto constitucional não atribui ao Tribunal a possibilidade de desfazimento do ato, em face da nulidade reconhecida, sendo atribuição do órgão ou entidade responsável pela lavratura do ato, ou, se houver propositura da ação, cabe a anulação pelo Poder Judiciário.

Desse modo, considerando determinação do TCU em assinar prazo para que a entidade anule atos administrativos, tem-se a Decisão 68/1999-Primeira Câmara³⁸, referente à auditoria realizada no Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, em Porto Alegre/RS, no qual o Tribunal assinou prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que a direção do Grupo Hospitalar Conceição adote providências no sentido de anular os enquadramentos de servidores, a título de ascensão funcional.

Se a situação for de considerar o ato inteiramente ilegal, a medida determinada pelo Tribunal será o do desfazimento do ato por quem o autorizou e, se não atendido, sustar os efeitos do ato até que se providencie a anulação do mesmo.

No tocante aos atos discricionários praticados pela Administração, pode o Tribunal exercer o controle, verificando se, no ato praticado com discricionariedade, se foram violados ou não os princípios constitucionais, insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/88, como o da moralidade administrativa.

Em especial, quanto a contratos, no primeiro momento, cabe ao Tribunal, ao verificar uma falha e/ou irregularidade, determinar para quem celebrou o contrato

³⁸ A Decisão 68/1999 - Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº 625.216/1998-9. Decisão nº 68/1999-Primeira Câmara. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 30 de março de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 07 abr. 1999) refere-se a Relatório de Auditoria realizada pela Unidade Técnica do TCU no Rio Grande do Sul no Hospital Nossa Senhora da Conceição, que ao tratar de irregularidade decorrente de transposições de cargos, realizadas entre setembro/95 e maio/97, que configuraram ascensões funcionais, atingindo 58 funcionários do Hospital Nossa Senhora da Conceição, 06 do Hospital Cristo Redentor e 06 do Hospital Fêmea, todos integrantes do Grupo Hospitalar Conceição. Ocorre que à época existia Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADIn nº 837-A, ainda não julgada, quanto à concessão de ascensão funcional, tendo que, em 11 de fevereiro de 1993, houve julgamento da liminar (DJ 23.04.93), sendo que a mesma foi deferida, por votação unânime, como Medida Cautelar, suspendendo eficácia de dispositivos legais que garantiam a ascensão funcional, de modo que o Tribunal de Contas, em seus julgados, passou, igualmente, a considerar inadmissível a ascensão funcional após 23.04.1993, data da publicação no Diário da Justiça do julgamento da liminar do STF. Nesse aspecto, na decisão final, foi assinado prazo, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, de 45 (quarenta e cinco) dias para que a direção do Grupo Hospitalar Conceição adote providências no sentido de anular os enquadramentos dos servidores, a título de ascensão funcional posteriores a 23.04.1993, contudo, houve dispensa quanto à reposição das parcelas indevidamente recebidas, uma vez que existiu a contraprestação de serviços por parte dos empregados reenquadrados.

que tome as providências cabíveis para regularizar o ato. Se o contrato for inteiramente nulo, determina o Tribunal que seja tal contrato irregular desfeito. Não sendo tomadas as providências cabíveis, o Tribunal, no caso de contrato, não pode sustar os efeitos de pronto, mas sim comunicar ao Poder Legislativo que pode suspender os efeitos do contrato referido (§ 1º do art. 71 da CF/88). Nesse sentido, cabe ressaltar que pode o Legislativo adotar entendimento diverso daquele defendido pelo Tribunal, uma vez que não está obrigado a acatar a forma de entender dos Tribunais ou Conselhos de Contas. Assim, o Legislativo não tem o dever de sustar os efeitos do contrato, podendo considerá-lo válido. Todavia, como dispõe o § 2º do art. 71 da CF/88, se, no prazo de noventa dias, o Poder Legislativo não se manifestar, cabe o Tribunal decidir a respeito, inclusive sustando os efeitos do contrato celebrado pela Administração Pública.

Suspender os efeitos do contrato significa sustar a sua execução, suspendendo qualquer pagamento ou realização do objeto do contrato pela outra parte. Assim, dispõe Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: “Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros- pagamento, por exemplo- e executivos, realização do objeto”.³⁹ Nesse aspecto, se for o Executivo que não tomou as providências cabíveis com a regularização do contrato, consoante as medidas determinadas pelo Legislativo, cabe ao próprio Tribunal de Contas sustar o cumprimento do contrato referido.

É importante frisar quanto ao contrato que se, no momento em que é examinado pela Corte de Contas, já produziu todos os seus efeitos, não havendo mais possibilidade de sustação, contudo, persiste, na íntegra, a possibilidade do Tribunal de Conta exigir dos responsáveis, participantes da avença, que restitua ao Erário o valor que aplicaram indevidamente, sem prejuízo de outras penalidades consignadas em lei.

1.1.3 A fiscalização das contas públicas na atuação do TCU

Abordadas as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União,

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sustação de Contratos Administrativos pelos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n. 29, , p. 303-308, jan./fev. 2005.

consoante art. 71 da CF/88, destacando as que mais interessam a este trabalho, passa-se a examinar a atividade fiscalizatória, nas modalidades referidas no *caput* do art. 70 do texto constitucional, qual seja, fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

1.1.3.1 A fiscalização das contas públicas - o controle externo e interno

A atividade fiscalizatória do TCU efetiva a sua atuação de controle externo da Administração Pública, considerando a gestão dos recursos federais. Nesse aspecto, é relevante a sua abordagem dentro do objeto deste trabalho, buscando demonstrar as diferentes modalidades de atuação do TCU na sua atividade fiscalizatória que se ligam com a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos federais em prol da sociedade, de sorte que se garanta a adequada aplicação dos recursos públicos no resguardo dos direitos fundamentais, máxime os sociais.

Assim sendo, dispõe-se que o Poder Legislativo possui o poder, que lhe garante a Constituição, de autorização orçamentária, ou seja, ele aprova a lei orçamentária que será executada por toda a Administração Pública, sendo que o orçamento corresponde ao instrumento autorizador para a Administração arrecadar a receita e realizar a despesa, envolvendo o gerenciamento de bens e dinheiros públicos. Desse modo, o Tribunal de Contas presta auxílio ao Legislativo para o exercício da fiscalização orçamentária.

Dessarte, pertence ao Legislativo o poder de controle da administração contábil, financeira e orçamentária. Nesses termos, dispõe o art. 70 da CF/88, identificando as modalidades e alcance da fiscalização das Contas Públicas, relatando: “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 o controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Assim, há um sistema de fiscalização dirigido, em que, pelo posicionamento do órgão controlador, pode ser classificado em controle externo e interno. Desse

modo, o controle externo fica a cargo do Congresso Nacional e o controle interno deve ser executado no âmbito de cada Poder, alcançando todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

Nesse sentido, o controle externo é aquele que se exerce por órgão alheio à Administração, sendo, portanto, realizado por organismo distinto que não pertença à estrutura do órgão responsável pelo ato controlado. Assim, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo apresenta dois aspectos, ou seja, um controle político efetivo pelas Casas pertencentes a esse Poder e um controle técnico que abarca a fiscalização contábil, financeira e orçamentária que é feito com o auxílio do Tribunal de Contas da União, no âmbito federal. Dentro desse enfoque, Bertrand Rocha de Oliveira sintetiza a importância do controle externo:

Se é verdade que o exercício do controle da Administração Pública comporta diversas classificações, também é verdade afirmar que o controle externo é o controle dos controles, inclusive porque a ele é atribuído controlar os próprios controladores.⁴⁰

O controle interno, por seu turno, é aquele que é efetuado pelo Poder Executivo, bem como pelos órgãos de administração dos demais Poderes no exercício de suas próprias atividades, considerando as necessidades de serviço, além de exigências técnicas e econômicas. Consoante dispõe o art. 74, inciso IV, da CF/88, o controle interno, no âmbito da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, tem como mister apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Quanto à interação e apoio do controle interno ao controle externo, dispõe Antônio Roque Citadini:

Organizado de forma adequada, o controle interno da Administração será um importante instrumento para a verificação da regularidade dos atos administrativos e terá papel de destaque para obtenção de uma execução orçamentária e financeira correta e sem desvios. Implantada essa forma de controle, o caminho natural é o fortalecimento dos vínculos com os órgãos responsáveis pelo controle externo, sendo fatos isolados eventuais atritos entre os dois, já que as instituições que executam um e outro têm natureza diversa.⁴¹

⁴⁰ OLIVEIRA, Bertrand Rocha. **Controle Externo**. 2.ed. Brasília: Vestcon, 2004, p.16.

⁴¹ CITADINI, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 92.

Assim sendo, o controle externo, com apoio do controle interno, contribui para a gestão compartilhada, com destaque para a área da saúde, na medida que vela por um controle social mais adequado, como no caso no controle exercido pela Corte de Contas nas organizações sociais.

1.1.3.2 Modalidades de exercício da fiscalização das contas públicas

As modalidades de fiscalização constam do já mencionado art. 70 da CF/88, em que se identifica uma dualidade de controle, ou seja, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas e o controle interno executado no âmbito de cada Poder. Nesse diapasão, essa fiscalização, retratada no dispositivo retrocitado, que busca, não só a execução orçamentária, mas também abarca todas as atividades financeiras e administrativas da organização governamental, pode ser nas modalidades contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, que se passa a abordar a seguir:

1.1.3.2.1 Fiscalização contábil

Essa modalidade de fiscalização executa-se mediante controle realizado sobre os registros contábeis previstos na legislação. Ela, como dispõe Luciano Ferraz: “relaciona-se com a Ciência da Contabilidade, no caso do Estado, Contabilidade Pública”⁴², de sorte a que se verifique a regularidade e a correção técnica da escrituração, além da legitimidade dos atos e fatos que deram origem aos lançamentos. Verifica-se, assim, a aplicação dos recursos públicos, considerando a conformidade e legalidade pertinentes aos lançamentos e escrituração contábil.

A fiscalização contábil deve ser efetivada, levando em conta, mormente, disposições da Lei nº 4.320/64 que estatui normas gerais do Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos

⁴² FERRAZ, Luciano. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 90.

Municípios e do Distrito Federal, a qual relata, em seu art. 83, que a contabilidade é responsável por evidenciar a situação de quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens que a ela pertençam ou sejam confiados. Do mesmo modo, no art. 89, desse diploma legal, dispõe que a contabilidade evidenciará os fatos ligados à administração orçamentária, financeira, patrimonial e industrial.

No âmbito da saúde, aponta-se jurisprudência do TCU, no Acórdão 187/1999 - Segunda Câmara⁴³, em que se identifica a fiscalização contábil, de sorte a se averiguar a efetiva aplicação de recursos federais recebidos mediante convênio firmado com o Fundo Nacional de Saúde.

1.1.3.2.2 Fiscalização financeira

A fiscalização financeira volta-se para o fluxo de recursos públicos geridos pelo administrador, de sorte a evidenciar a efetiva situação financeira da Administração, fazendo-se o controle sobre a arrecadação da receita e realização de despesa. Nessa modalidade de fiscalização, assume especial relevo a figura do ordenador de despesa, que o art. 80 do Decreto-lei nº 200/67 define como toda e qualquer autoridade, nos quais os atos redundam em emissão de notas de empenho, autorização de pagamento e suprimento e dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Ademais, a fiscalização financeira deve se ater à legalidade e regularidade das operações financeiras realizadas, no sentido de constatar se foram empregados

⁴³ No Acórdão 187/1999- Segunda Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC - 325.165/1997-9. Decisão nº 187/1999 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 06 de maio de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 14 maio. 1999) está ligado à representação firmada por Unidade Técnica do TCU, tendo em vista as irregularidades praticadas em convênios firmados com o Fundo Nacional de Saúde e Prefeitura Municipal de Petrolina de Goiás, com destaque para o Convênio nº 1.030/93, tendo por objeto a construção de posto de saúde no povoado de Veranópolis da municipalidade e a aquisição de equipamentos para melhoria da capacidade técnico-operacional. A equipe técnica de auditoria do TCU promoveu *in loco*, o exame das contas do convênio referido, no exercício da fiscalização contábil, acusando inclusive pagamentos antecipados à contraprestação dos serviços para a construtora contratada no sentido de realização do empreendimento, o que fere o art. 62 da Lei nº 4320/64 e que os equipamentos previstos no objeto do convênio não foram adquiridos, conquanto a construção do Posto de Saúde tenha sido efetivada, o que redundou em aplicação de multa ao ex-Prefeito de Petrolina de Goiás.

os meios apropriados para arrecadação das receitas, com registro dos ativos financeiros, bem como quanto à execução da despesa, sendo objeto de exame se estas despesas foram devidamente autorizadas, empenhadas, liquidadas, pagas e tenham o registro regular segundo a legislação financeira..

Nesse sentido, temos, no âmbito da saúde, a Decisão nº 31/2002 - Plenário⁴⁴, que se originou de representação formulada pela Procuradoria da República de Rondônia, considerando irregularidades praticadas pela Fundação de Hematologia e Hemoterapia daquele estado, com utilização indevida de recursos do SUS, em que se deu a efetivação da fiscalização financeira da Corte de Contas ao apurar, entre as irregularidades apontadas, a falta de emissão de empenho na execução da despesa pública.

São objeto, igualmente, de controle nessa modalidade de fiscalização, as renúncias de receitas, além de outros benefícios fiscais, verificando a eficiência, eficácia e economicidade dessas concessões. Destaca-se aqui, como objeto de fiscalização, a concessão e aplicação das subvenções, disciplinadas no art. 16 da Lei 4.320/64, apurando-se a correta aplicação desses recursos, em consonância com a legislação prevista.

1.1.3.2.3 Fiscalização orçamentária

Essa fiscalização tem por objeto verificar a regularidade da execução orçamentária, que se consubstancia na previsão, arrecadação e aplicação de recursos públicos, consoante a lei orçamentária. No controle orçamentário, deve ser apreciada a observância de normas financeiras pertinentes ao orçamento, considerando, igualmente os Planos de Governo, a Lei de Diretriz Orçamentária. Sendo o orçamento uma previsão de receitas e fixação de despesas, bem como

⁴⁴ Com relação à Decisão 31/2002-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC-014.121/1999-9. Decisão nº 31/2002-Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, DF, 30 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 fev. 2002), resultou de representação formulada pela Procuradoria da República RO, tendo em vista as irregularidades constatadas na Fundação de Hematologia e Hemoterapia de Rondônia, em face da utilização de recursos do SUS na aquisição de kits sorológicos, em que, no exercício de fiscalização financeira efetuado pela Unidade Técnica do TCU naquele Estado, considerou que a despesa foi realizada de forma irregular, apontando, nesse aspecto, a não emissão do empenho que representa um dos estágios de execução da despesa pública.

uma autorização de gasto público, a sua programação detém especial importância em nosso atual texto constitucional, considerando disposições como arts. 165 a 169.

Levando em conta o enfoque destacado para o planejamento governamental dentro das atividades atuais do Estado, ganha realce a adoção do orçamento - programa em que a ação estatal é direcionada para o atingimento de metas, com a canalização de recursos financeiros na consecução desses objetivos. Nessa seara, a fiscalização orçamentária assume relevância no sentido de se constatar desvio de finalidades, destoados da lei do orçamento que pode vincular recursos financeiros a determinados projetos.

Assim sendo, a fiscalização orçamentária, além de verificar a legalidade dos atos de arrecadação da receita e realização da despesa, deve, para, sua maior eficácia, confrontar a atividade de controle também com as disposições da Lei das Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual, buscando apurar a implementação dos programas elaborados, considerando que o controle orçamentário deve se ater à sincronia do planejamento e da execução.

Em sede de fiscalização orçamentária na área da saúde, cita-se jurisprudência consignada no Acórdão 668/2008-Plenário⁴⁵, em que se realizou uma análise geral da eficiência da Fundação Nacional da Saúde (Funasa), no qual se examinou os créditos orçamentários recebidos por essa Fundação, entre 2005 e 2007, em comparação com os orçamentos da Saúde.

⁴⁵ No tocante ao Acórdão 668/2008- Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº 009.240/2007-5. Decisão nº 668/2008 Plenário. Auditoria Operacional Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 16 de abril de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 abr. 2008), tratando de Auditoria Operacional realizada na Fundação Nacional da Saúde - Funasa, tendo por objetivo avaliar a adequação da estrutura e dos meios da entidade em confronto com seus objetivos institucionais. Para tanto, a equipe de auditoria efetivou fiscalização orçamentária quanto créditos recebidos pela Funasa, entre 2005 e 2007, no âmbito de sua função pertinente, constatando que representa aproximadamente 8% dos créditos aprovados no orçamento da Saúde (cerca de R\$ 3,5 bilhões/ano), percentual inferior apenas aos 88% destinados ao Fundo Nacional da Saúde, que representa o gestor financeiro, na esfera federal, dos recursos do SUS. Observou, igualmente, a equipe técnica do TCU, no âmbito da fiscalização orçamentária, que há uma sobrecarga administrativa no orçamento da Fundação, uma vez que se constatou que, na média dos anos de 2004 a 2006, para cada R\$ 1,00 de recurso aplicado na área finalística, gastou-se R\$ 1,83 para a operacionalização da área meio, tornando evidente uma baixa eficiência administrativa.

1.1.3.2.4 Fiscalização operacional

A fiscalização operacional liga-se com o dever de boa administração, vinculando-se à verificação do cumprimento de metas, dos resultados esperados, considerando a gestão dos recursos públicos.

O controle operacional deve observar, em síntese, a eficiência, eficácia e economicidade da aplicação dos recursos públicos, levando-se em conta as metas programadas que devem ser alcançados dentro do melhor rendimento possível, evitando-se desperdício de recursos, na perspectiva do menor custo possível. É a busca da melhor produtividade das instituições administrativas que aplicam e realizam a gestão de recursos públicos, com identificação e proposta de correção de suas deficiências.

O controle externo exercido pelo TCU, nesse aspecto, deveu especial relevo para essa modalidade de fiscalização, ao empreender auditorias operacionais, na avaliação de políticas, programas e projetos governamentais. Essas auditorias operacionais, que podem ser de desempenho operacional e de avaliação de programas, têm como intuito precípua melhorar a economia, eficácia e efetividade dos programas de governo.

No âmbito de auditoria operacional na área da saúde, pode-se citar a Decisão 712/2002 - Plenário⁴⁶, tratando do Programa Nacional de Saúde do Escolar, em que o TCU, ao final, faz uma série de recomendações buscando a eficiência na ação do

⁴⁶ No tocante à Decisão 712/2002-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC- 011.820/2001-3. Decisão nº 712/2002- Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira, Brasília, DF, 26 de junho de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 2002) tratou-se do Programa Nacional de Saúde do Escolar- PNSE que tinha por objeto a identificação, prevenção e assistência da saúde visual e auditiva dos alunos matriculados na 1ª série do ensino fundamental da rede pública, de forma a contribuir para a diminuição dos índices de repetência e evasão escolar, fazendo-se, no fim, determinações, em que se destaca: ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE do Ministério da Educação para que amplie gradualmente a Campanha Olho no Olho aos municípios com baixo desenvolvimento humano, examinando a possibilidade de ampliação a ser custeado por meio de inclusão do Programa Nacional de Saúde do Escolar- PNSE no Projeto Alvorada, com obtenção de recursos orçamentários do Fundo de Combate de Erradicação da Pobreza e a realização de parcerias com instituições que já possuem um histórico de atuação no atendimento oftalmológico de escolares e de cooperação com programas públicos, a exemplo, dentre outras, do Lions Club, do Serviço Social do Comércio – SESI e das Forças Armadas e também deve ser determinado uma parceria do Ministério da Saúde com o FNDE de modo a garantir o atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde dos escolares atendidos pela Campanha que necessitam de tratamento clínico especializado ou cirúrgico, em consonância com o disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e no art. 4º, parágrafo único, alínea “b”, da Lei nº 8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ministério da Saúde e da Educação no atendimento de necessidades do estudante, com destaque para o tratamento oftalmológico dos escolares.

1.1.3.2.5 Fiscalização patrimonial

A fiscalização patrimonial visa ao resguardo dos bens públicos, imóveis e móveis, pertencentes ao patrimônio estatal, considerando a sua movimentação, conservação e segurança. Para tanto, o controle se volta, essencialmente, para a verificação da regularidade do registro dos bens públicos, identificação dos responsáveis, atentando para a utilização adequada e preservação desses bens.

Assim sendo, quanto aos bens imóveis, deve a fiscalização, de forma precípua, apurar o seu adequado registro, e o seu controle que identifique a sua localização e cuidados com a sua preservação, bem como se foram cedidos, alienados dentro do que preconiza a legislação. Por seu turno, quanto aos bens móveis, é necessário que se verifique se foram inventariados, com identificação dos responsáveis por sua guarda, além das condições de depósito dos mesmos.

Na área da saúde, podemos citar, como exemplo de fiscalização patrimonial, o Acórdão 70/2000-Primeira Câmara⁴⁷, referente à tomada de contas do Hospital Materno Infantil Presidente Vargas/RS, em que se localizaram deficiências nos controles internos de bens móveis e imóveis..

⁴⁷ Quanto ao Acórdão 70/2000-Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC- 625.118/1998-7. Decisão nº 70/2000-Primeira Câmara. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de mar. 2000) trata-se de tomada de contas do Hospital Materno Infantil Presidente Vargas/ RS, no exercício de 1997, em que na realização da fiscalização patrimonial, a Unidade Técnica do TCU identificou falhas nos controles internos de almoxarifado e de bens móveis, considerando, igualmente, que os relatórios de bens móveis, de bens imóveis e de bens intangíveis não haviam sido elaborados, sendo que, igualmente, os termos de responsabilidades sobre os bens móveis não haviam sido feitos, gerando, ao final, determinações da Corte de Contas à entidade hospitalar para saneamento dessas ocorrências.

1.1.3.3 Princípios constitucionais vinculados à atividade fiscalizatória do TCU

O art. 70 da CRFB/88 relata que o controle das contas públicas deve ser efetuado, em consonância com os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. Passemos a análise dos princípios referidos, que são objeto de apreciação na atividade fiscalizatória do TCU.

1.1.3.3.1 Princípio da legalidade

Sob o controle do princípio da legalidade, tem-se a obrigação da Administração Pública de acatamento às leis, significando observância a todo o ordenamento jurídico nacional, considerando, em especial, a obrigação de executar os planos do governo que constam do orçamento. Do mesmo modo, sob a ótica desse princípio, devem os órgãos de controle, no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, verificar e avaliar juridicamente a regularidade dos atos praticados pelos administradores, velando-se pelo interesse público e não pelo interesse pessoal do agente.

Desse modo, o controle da legalidade assume uma conotação ampla, envolvendo não só o mero exame de adequação à lei, mas também a conformidade com os demais princípios constitucionais. Nesse enfoque, dispõe Juarez Freitas:

A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada.⁴⁸

Nesse sentido, considerando a abrangência dada pelo atual texto constitucional que busca a superação do controle da legalidade apenas no aspecto

⁴⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

formal, dispõe o ex-Ministro do TCU Fernando Gonçalves:

Devo observar que estes dois últimos aspectos do controle introduzidos pela nova Carta (legitimidade e economicidade) revela o seu feito mais importante, vez que se pode constatar que o texto constitucional se rendeu ao processo de crescente caducidade do controle da mera legalidade formal, conformando uma tendência de prestígio do controle da legitimidade e da economicidade. É corolário do princípio republicano por meio do qual todo e qualquer cidadão é assegurado o direito de exigir do Estado, através dos meios institucionais adequados, não apenas a observância da lei nos dispêndios públicos, mas que o dinheiro público também seja empregado com eficiência, eficácia e economicidade.⁴⁹

Também é atribuível à Corte de Contas o exame da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. O controle da constitucionalidade pode ser concentrado, por uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, ou difuso, mediante a atuação dos Tribunais ou juiz no caso concreto. Nesse passo, deve-se reconhecer que os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade das leis e regulamentos, dentro de um controle difuso ou incidental . Nesse aspecto, dispõe o Acórdão 913/2005-Segunda Câmara⁵⁰, com manifestação do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar:

De fato, o controle da constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/99 não veda a realização de controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado.

Assim sendo, o controle da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, na via difusa, tem a função de negação de executoriedade do texto em apreciação, afastando-o da aplicação no caso concreto, dando solução ao incidente de inconstitucionalidade, de sorte a prevenir, por exemplo, a ocorrência de despesas ilegais que causem dano ao Erário. Considerando esse aspecto de afastamento de

⁴⁹ GONÇALVES, Fernando. A Função do Controle diante da nova realidade do Estado. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 67, p. 51-71, jan./mar. 1996.

⁵⁰ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC- 016.126/2001-1. Acórdão nº 913/2005-Segunda Câmara. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 07 de junho de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jun. 2005.

aplicabilidade de norma inconstitucional pelas Cortes de Contas dispõe Vandr  Augusto B rigo:

Nesse sentido, sendo-lhes lícito levar a cabo apenas o controle difuso, podem os Tribunais de Contas meramente afastar a incidência de norma inconstitucional no caso concreto sob seu exame, tomando, pois, como vigente, aquelas existentes ao tempo anterior   edição da norma a oitada.⁵¹

Ademais, quanto ao controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, frisa-se que há Súmula do STF a respeito, ou seja, a Súmula n  347 que dispõe: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Sobre a aplicabilidade da Súmula 347 no âmbito do TCU, dispõe Cláudio Marcelo Spalla Fajardo:

Lastreado enunciado acima (Súmula 347), o Tribunal de Contas construiu sua jurisprudência de afastar a aplicação de leis e atos normativos do Poder Público, por decisão do Plenário, em atenção ao art. 97 da Constituição, sempre que, ao apreciar a matéria de sua competência, o controle externo, traduzido por fiscalização, contábil, financeira e orçamentária, se depara com normas que afrontam regras ou princípios constitucionais.⁵²

Outro aspecto a ser considerado, na superação da  tica da legalidade estrita, no âmbito dos Tribunais de Contas, é a necessidade de ponderação de valores jurídicos em colisão, como enfatiza Cristina Figueira Choary:

⁵¹ BÚRIGO. Vandr  Augusto. O Controle da Constitucionalidade dos Atos Normativos pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 94, p. 48-54, out./dez. 2002.

⁵² FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. **Súmula n  347: uma abordagem sobre a competência do Tribunal de Contas da União para apreciar constitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público**. Belo Horizonte: Instituto Metodista Izabela Hendriz-Praectorim-Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividade de Extensão em Direito, 2007, p. 36.

No Brasil, juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm adotado crescentemente como fundamento de suas decisões o sopesamento dos bens tutelados, assentado no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Assim, também tem sido a trajetória mais recente do Tribunal de Contas da União.⁵³

No âmbito da saúde, muitas vezes o Tribunal deixa de aplicar multa ao responsável, com prevista em sua Lei Orgânica, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Cita-se, como exemplo, o Acórdão 345/2002-Segunda Câmara, tratando de recurso de reconsideração de ex-Secretário de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, quanto ao julgamento de contas pertinentes à gestão de recursos federais repassados pelo Ministério da Saúde, mediante convênio, visando a consolidar a implantação do Sistema Único de Saúde, em que o Ministro-Relator Valmir Campelo deixou de aplicar multa ao responsável, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que não se detectou locupletamento ou desfalque de recursos públicos, já que parte dos recursos foram aplicados em benefício da sociedade, considerando o relevo do princípio do interesse público (parte dos recursos foram aplicados em bolsa-auxílio para as áreas administrativas da Secretaria da Saúde e para cobertura de gastos realizados pelas Unidades Assistenciais, Centros de Saúde, Hemocentro). Nesse sentido, dispõe parte do voto do Ministro-Relator:

A aferição da conduta do responsável deve observar parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Sem dúvida, como observou o Titular da SERUR (Setor de Recursos do Tribunal de Contas da União), o Tribunal deve coibir as aplicações de recursos da União e de suas entidades repassados aos demais entes da Federação em desacordo com o pactuado. Entretanto, no presente caso, a nosso juízo, o princípio da proporcionalidade e a razoabilidade determinam que a atuação do Tribunal de Contas se dê como simples determinação à Secretaria Estadual da Saúde, nunca com o julgamento pela irregularidade e a imputação de multa ao responsável.⁵⁴

⁵³ CHOARY, Cristina Figueira. Os limites do Princípio da Legalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, , p. 85-96, 2006.

⁵⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC- 424.019/1993-0. Decisão nº 345/2002-Segunda Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 01 de agosto de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 12 ago. 2002.

Assim, quanto ao princípio da legalidade, o Tribunal de Contas da União vem fazendo uma abordagem ampla, não só considerando a lei, mas também outros princípios previstos de direito, em consonância com a Constituição.

1.1.3.3.2 Princípio da legitimidade

O exame do controle sob a ótica do princípio da legitimidade busca verificar a conformação do ato com a lei e com o Direito. Nesse passo, dispõe Hélio Saul Mileski:

De uma maneira geral, legitimidade deriva da legalidade. Legitimidade seria então estar conforme à lei e ao Direito. Contudo, deixa de encerrar apenas uma conformação de natureza legislativa, indo mais além, na medida em que se estrutura em fundamentos da moralidade, identificando-se com os valores, os princípios e fins que regem a ação administrativa, na consecução de seus objetivos estatais- o interesse público.⁵⁵

Assim, a legitimidade liga-se com o senso de justiça. Nesse diapasão, sustenta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes o qual dispõe que a legitimidade assume uma “feição ética, o agir virtuoso, a efetivação do bem”⁵⁶, congregando-se com a idéia de um agir justo, em prol do interesse público. Nesse sentido, atrela o autor o princípio da legitimidade à garantia da finalidade pública, citando, na mesma página, o exemplo do gasto feito por um órgão em coquetel, para qual está previsto verba orçamentária legal, sendo esse, contudo, considerado ilegítimo.

Outrossim, posiciona-se Luís Henrique Lima, no sentido de que a legitimidade envolve aspectos ideológicos e valorativos: “Apreciar um ato de gestão, quanto á sua legitimidade envolve, portanto, inquestionavelmente, a formulação de um juízo de valor”.⁵⁷ Cabe, desse modo, uma ponderação, como prossegue o autor, em que se pode identificar prioridades, como uma despesa efetuada em cotejo com outras necessidades de uma comunidade, concluindo, assim, que, em regra, os atos

⁵⁵ MILESKI, 2003, p. 249.

⁵⁶ FERNADES, 2003, p. 654.

⁵⁷ LIMA, p. 30.

inquinados de ilegítimos são também ilegais, mas pode ocorrer que um ato formalmente legal ser considerado ilegítimo. O autor nesse aspecto, cita, como exemplo, a aquisição de produtos para uma creche, obedecendo a Lei de Licitações, isso é, atendeu o princípio da legalidade, mas não observou a legitimidade, uma vez que grande quantidade dos produtos adquiridos eram bebidas alcoólicas destiladas.

Juarez Freitas, dentro desse enfoque, relata que, na apreciação da legitimidade de um ato, requer-se uma avaliação mais aprofundada, de sorte que o controlador não se limite a uma juridicidade restrita, ou seja, dispõe o autor “requer mais: examinar, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não se compactuar, de modo algum, com a ilegitimidade”.⁵⁸ Assim, a finalidade, a que busca no ato legítimo deve se coadunar com o interesse público, procurando evitar desvios de finalidades que maculem a regularidade do mesmo.

Considerando o controle quanto à legitimidade, no Acórdão 223/1999 - Plenário⁵⁹, na área da saúde, que envolveu exame em Relatório de Auditoria na Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde do Piauí, na análise de convênios, o TCU identificou a situação de emissão de pareceres técnicos e atestações emitidas que não eram merecedoras de confiabilidade, o que denota a sua ilegitimidade, com instauração de tomadas de contas especial, gerando irregularidade de contas e multas aos responsáveis.

1.1.3.3.3 Princípio da economicidade

A análise do princípio da economicidade deve direcionar-se para a relação custo-benefício. Nesse sentido, cabe à fiscalização cotejar o custo da medida e o benefício que trouxe para a coletividade. Busca-se, assim, por exemplo, evitar a aquisição de materiais e insumos com preços acima do mercado ou superfaturados, afastando-se desperdícios. Nesses termos, multou o TCU responsáveis, em convênio firmado pela Fundação Nacional da Saúde no Acórdão 17/2007 -

⁵⁸ FREITAS, 2004, p. 76.

⁵⁹ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 525.138/1997-8. Decisão nº 223/1999 - Plenário. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro: Humberto Souto. Brasília, 24 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 13 dez. 1999.

Plenário⁶⁰. Assim, sob o enfoque do controle da despesa, Evandro Martins Guerra dispõe, sobre a aplicação do princípio da economicidade:

Impõe o controle da despesa em face dos recursos disponíveis; a parcimônia, contenção ou moderação nos gastos; a ausência de desperdício na execução de programas; enfim, determina o necessário respeito aos interesses econômicos do povo, que se encontram sob a proteção jurídica do Estado.⁶¹

O princípio da economicidade deve ser analisado em conjunto com o princípio da eficiência, no sentido, como dispõe Hélio Saul Mileski, de que Administração: “tem o dever de ser eficiente na realização do interesse público, com o dinheiro arrecadado do povo sendo utilizado para o alcance do maior benefício pelo menor custo e para uma maior quantidade de cidadãos”.⁶²

Dentro dessa perspectiva de conexão entre eficiência e economicidade, temos a análise feita por Luciano Benetti Timm, em que trata da eficiência e direitos fundamentais, considerando a melhor ponderação, ressaltando que, na efetivação dos direitos fundamentais, como o direito fundamental social da saúde, a realidade orçamentária não pode ser considerada peça de ficção, devendo ser evitado o desperdício. Nesses termos relata: “O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deles deveriam atender”.⁶³

⁶⁰ No Acórdão 17/2007-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC - 001.563/2000-2. Decisão nº 17/2007, Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro: Augusto Nardes. Brasília, 24 de janeiro de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 26 jan. 2007), tratando de tomada de contas especial quanto a convênio firmado entre Prefeitura de Ecoporanga-ES e o Fundo Nacional de Saúde, Ministério da Integração Nacional e Ministério do Meio Ambiente, em que foi detectado superfaturamento decorrente de medição de serviços em quantidades superiores à execução e adoção de preços unitários excessivos na construção de barragens, no qual gerou-se julgamento pela irregularidade de contas do Prefeito, ex-Prefeito e empresas construtoras.

⁶¹ GUERRA, p. 105-106.

⁶² MILESKI, 2003, p. 250

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos Fundamentais- orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68,2008.

Outrossim, o autor do parágrafo anterior, em face da consciência da escassez de recursos, dispõe, na fl. 66 de seu artigo, que é necessário fazer, como ele reconhece, opções trágicas (uma vez, por exemplo, que nem todas as necessidades sociais de saúde serão atingidas), em que se considera a colisão de princípios e direitos fundamentais. Entende Luciano Timm que a solução do problema da escolha trágica envolve, igualmente, o aspecto de economicidade, ou a análise do custo-benefício de cada gasto. Nesse sentido dispõe:

Somente uma cuidadosa análise do custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, pode indicar o melhor caminho, aceitando-se a triste premissa de que nem tudo estará protegido.

Considerando a vinculação ao princípio da proporcionalidade e sua importante amplitude, dispõe Juarez Freitas sobre o princípio da economicidade:

Como se infere da conceituação formulada, trata-se de princípio vinculado ao da proporcionalidade, com a vantagem de ter sido estampado expressamente na Constituição Federal. Sem dúvida, o princípio da economicidade merece tratamento autônomo e prudente, para que seja melhor contemplado, não apenas em sede de controle externo ou interno, mas no âmbito do controle a ser efetuado pelo Poder Judiciário e, ainda, na esfera do controle social.⁶⁴

Em importante e peculiar trabalho sobre o princípio da economicidade, Paulo Soares Bugarin, tratando de aspectos relativos a processos subjetivos de tomada de decisão em conjunto com os resultados alcançáveis, apresenta a sua abordagem sobre o princípio constitucional em comentário:

Ante todo o exposto, infere-se que o princípio constitucional da *economicidade* da gestão de recursos e bens públicos autoriza o órgão técnico encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional - *in casu*, o TCU - ao exame, em especial, *pari passu*, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos vis-à-vis o conjunto objetivo de resultados alcançáveis, qualificando-os, 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.⁶⁵

⁶⁴ FREITAS, 2004, p. 74.

⁶⁵ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte; Fórum, 2004, p. 140.

Na jurisprudência do TCU quanto à aplicação do princípio da economicidade, na área da saúde, temos o Acórdão 479/1999-Primeira Câmara⁶⁶, referente à Auditoria realizada na Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba, em que se constatou a aquisição indevida de veículos de luxo com recursos do SUS, como foi o caso da compra de uma Pick-up GM S-10 de luxo, cabine dupla, pela Secretaria da Saúde de Patos com vistas à utilização no transporte de materiais e na supervisão de programas de prevenção e promoção à saúde, sob entendimento que, para o exercício dessas atividades, bastaria um veículo utilitário simples, com cabine simples. Assim, no entendimento da Corte de Contas, para o cumprimento das tarefas arroladas, bastaria um modelo básico, razão por que se reputou que, na aquisição, não houve racionalidade, sendo ato antieconômico, já que é inconcebível que os escassos recursos destinados à saúde pública no Brasil sejam utilizados sem a parcimônia necessária, malferindo-se, assim, o princípio da economicidade.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES

Para que se melhor compreenda a atuação do Tribunal de Contas da União, como órgão protetor e efetivador de direitos fundamentais, máxime os sociais, como direito à saúde, na perspectiva do Estado Democrático de Direito e considerando a ampliação de funções da Corte de Contas no atual texto constitucional, é mister que se estude a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, bem como a eficácia de suas deliberações.

Assim sendo, na análise da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, devemos considerar a sua posição de autonomia e independência em nosso texto constitucional. Desse modo, os Tribunais de Contas não estão subordinados aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, gozando de autonomia administrativa e financeira.

Destaca-se, contudo, a sua posição constitucional de auxiliar do Poder

⁶⁶ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.064/1999-4. Decisão nº 479/1999-Primeira Câmara. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 14 de dezembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 29 dez. 1999.

Legislativo no exercício do controle externo. Contudo, o texto constitucional não diz que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo, não estando, portanto, a Corte de Contas subordinada hierarquicamente ao Congresso Nacional, detendo competências próprias, ditadas pela Constituição Federal. Nesse enfoque, de forma sintética, dispõe Pedro Roberto Decomain:

O Tribunal de Contas da União, embora atue em auxílio ao Congresso Nacional, não lhe está de modo algum subordinado. O Tribunal é órgão autônomo de estatura constitucional, com incumbências próprias, no exercício das quais não está jungido à vontade de qualquer outro órgão.⁶⁷

Outrossim, o Tribunal de Contas não pode ser considerado como Poder estatal. Nesse sentido, dispõe Hamilton Fernando Castardo:

Portanto, considerando que o Tribunal de Contas não está expresso como Poder e não deve ocupar, por construção doutrinária, um eventual “quarto poder”, como também não é cabível que forçosamente seja colocado no modelo rígido da tripartição de poderes, deve-se reconhecê-lo como órgão autônomo de cooperação das atividades dos Poderes constituídos, dotado de soberania, em respeito a sua missão constitucional e aos Direitos Fundamentais.⁶⁸

Do mesmo modo, levando em conta tema ligado, pertinente à natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, ressaltamos o aspecto de ser reconhecido, por parcela da doutrina, o exercício de atividade jurisdicional pelas Corte de Contas, ressaltando-se, nesse sentido, o posicionamento de Pontes de Miranda:

Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está, claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue, e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julga, ou não julga. O art. 114 da Constituição de 1937 também dizia, insofismavelmente, “julgar das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos”. A de 1946 estendeu a competência às contas dos administradores das entidades autárquicas e atribuiu-lhe julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda

⁶⁷ DECOMAIN, p. 43.

⁶⁸ CASTARDO, p. 130.

Pública.⁶⁹

No mesmo sentido, dispõe Seabra Fagundes, ao comentar a Constituição de 1967, no tocante § 4º do art. 70, em que se consigna o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, atribuindo ao Tribunal de Contas função judicante, como expõe:

Não obstante isso, o § 4º do art. 70, lhe comete o julgamento da regularidade “das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos”, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União), a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.⁷⁰

Dentro do modelo atual constitucional positivado, manifesta-se Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, conferindo à Corte de Contas função jurisdicional, considerando o referido no arts. 71, inciso II e art. 73, *caput*, quando se atribui: “jurisdição em todo o território nacional” ao Tribunal de Contas da União, do atual texto constitucional:

Está, portanto, na própria Constituição Federal a expressa definição da jurisdição dos tribunais de contas. Nesse quadro, é impossível sustentar que o constituinte agiu displicentemente, por ignorância ou descuido. Ao contrário, conhecendo a riqueza do vocabulário, utilizou-o com perfeição, ora restringindo, ora elastecendo a função. Nota-se no elenco de competência, o rigor científico da terminologia empregada, acentuando a diferenciação, inclusive da finalidade de cada mister cometido. Para algumas tarefas empregou-se o termo *apreciar*, em outras, *fiscalizar*, em outras, *realizar inspeção e auditoria* e apenas em um caso, *julgar*.⁷¹

Igualmente, Jair Lima Santos, relata, levando em conta disposição constante do inciso II do art. 71 da CF/88, que o Tribunal de Contas exerce função judicante, sendo que tal exercício não decorre do emprego da palavra “julgamento” na Constituição, mas

⁶⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, v. III, 4.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 22.

⁷⁰ FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5.ed. Rio de Janeiro; Forense, 1979, p. 137-138.

⁷¹ FERNANDES, 2003, p. 139.

sim do sentido definitivo da manifestação da Corte, que sob esse aspecto restrito, decide conclusivamente. Nesse passo, entende o autor, que os Tribunais de Contas, além de funções administrativas, também exercem funções jurisdicionais, como relata:

Desse modo, demonstra-se razoável a linha de entendimento que acolhe a tese de que os Tribunais de Contas são órgãos autônomos, cuja jurisdição e competência advêm diretamente do texto constitucional, mas que exercem tanto funções jurisdicionais propriamente ditas, quanto funções meramente administrativas.⁷²

Da mesmo modo, de forma sintética, Luís Henrique Lima define a existência de uma jurisdição própria dos Tribunais de Contas, dispondo, nesse sentido:

Filiamo-nos ao entendimento da existência de uma jurisdição própria e privativa do TCU, alicerçada na previsão expressa da Carta Maior, no *caput* do art. 73: “O TCU, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional [...]” (grifei).⁷³

Ademais, no exercício de suas atribuições constitucionais, a atual Constituição Federal confere ao TCU a competência para a sua organização e funcionamento internos, do mesmo modo que confere ao Poder Judiciário. Assim, os ministros e conselheiros das Cortes de Contas têm as mesmas garantias e prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos magistrados que compõem o Judiciário- art. 73 e parágrafos da CF/88.

Benjamin Zymler, nessa seara, enaltecendo o escopo da moderna processualidade administrativa, na atuação do processo, inspirada pelos princípios da ampla defesa e contraditório, destaca o juízo de apreciação pelos Tribunais de Contas das contas dos agentes públicos responsáveis por bens e dinheiros públicos como atividade judicante que não se restringe a um mero exame de regularidade formal, de sorte que relata:

⁷² SANTOS, 2003, p. 63.

⁷³ LIMA, p. 121.

Para consecução desse mister, nada obsta que o TCU possa avaliar os elementos objetivos e subjetivos da atuação do agente, de sorte a julgar as suas contas, não mediante mera regularidade formal de um elenco de demonstrações contábeis, mas sim, apreciando, em sua plenitude, sob o prisma da legalidade, legitimidade e economicidade (*caput* do art. 70), o conjunto dos atos administrativos praticados pelos responsáveis durante o exercício financeiro (Prestação ou Tomada de Contas Anual) ou associados à determinada ocorrência (Tomada de Contas Especial).⁷⁴

Outrossim, Marçal Justen Filho, nesse diapasão, conquanto em menor espectro, reconhece uma atividade peculiar de *quase jurisdicional* aos Tribunais de Contas, destacando que a atuação das Cortes de Contas se distinguem do restante das atividades administrativas e legislativa, como expõe:

No entanto e mais do que em qualquer outro caso, seria possível aludir, a propósito do Tribunal de Contas, a uma atuação *quase jurisdicional*. Se tal expressão puder merecer algum significado próprio, isso reside na forma processual dos atos e na estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento. A fórmula *quase judicial* é interesse não para induzir o leitor a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Judiciário, mas para destacar como se diferencia do restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas.⁷⁵

Por outro lado, outra parcela da doutrina, reconhece apenas o exercício de atividades de natureza administrativa pelos Tribunais de Contas, despidas, portanto, de cunho jurisdicional, calcada na existência do sistema de jurisdição única em nosso ordenamento jurídico, consubstanciado no art. 5, inciso XXXV da CF/88, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional, considerando, igualmente, a inexistência em nosso país do contencioso administrativo.

Desse modo, sustenta José Cretella Júnior⁷⁶ que nenhuma das tarefas ou atividades dos Tribunais de Contas configura atividade jurisdicional, não havendo, por conseguinte, o exercício de julgamento, de sorte que as Cortes de Contas exerceriam apenas atividades tipicamente administrativas.

⁷⁴ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 430.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.750. Ressalta-se que este autor foi referido, nesta obra, por ter uma posição pouco comum quanto à natureza jurídica dos Tribunais de Contas.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987.

Adotando os posicionamento de José Cretella Júnior, Odete Medauar⁷⁷ entende que nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas são jurisdicionais, acrescendo, em suas considerações, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, referido no art. 5º, XXXV da CF/88, destacando o aspecto da jurisdição una em nosso país.

Nesse contexto, contudo, é cabível fazer considerações sobre a **coisa julgada administrativa**, considerada como uma situação jurídica em que a decisão que foi dada pela Administração não pode mais ser alterada pela via administrativa.

Assim sendo, consoante já exposto, não existe, em nosso país, o contencioso administrativo, inexistindo, assim, a dualidade de jurisdição, como ocorrem em certos países. Desse modo, considerando que os nossos processos administrativos são não-contenciosos, como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸, tem-se que a coisa julgada administrativa no direito brasileiro não assume o mesmo sentido.

Dessarte, a situação jurídica de coisa julgada administrativa, em nosso direito, como sustenta a autora significa que a decisão não pode mais ser objeto de recurso perante a própria Administração Pública, de sorte que os atos administrativos se tornam definitivos em relação a terceiros, ficando a instância preclusa perante particulares que não podem mais impugnar a matéria que foi decidida. Haveria, segundo dispõe Hely Lopes Meirelles⁷⁹, uma preclusão administrativa ou *irretratabilidade* do ato perante a própria Administração. Para Di Pietro haveria uma coisa julgada formal, isso é, imutabilidade da decisão administrativa pelo não cabimento de qualquer outro recurso administrativo, não tendo, contudo, o mesmo rigor que a coisa julgada formal no âmbito do Poder Judiciário.

Todavia, no caso dos Tribunais de Contas, Di Pietro reconhece que, embora, não detendo caráter jurisdicional, as suas decisões, em face do fundamento constitucional, não são puramente administrativas. Assim, dispõe a autora:

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 142-143.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa Julgada - Aplicabilidade a Decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 70, p. 21-36, out./dez. 1996.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 589. Obra citada por trazer posições de fundamental importância para caracterização da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, considerando a eficácia e natureza de suas decisões.

Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala a decisão jurisdicional, porque está também sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe às decisões das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na Administração Pública, mesmo na Chefia do Poder Executivo.⁸⁰

Em síntese, segundo o posicionamento da autora retrocitada, a decisão dos Tribunais de Contas faria coisa julgada, no sentido de preclusão da via administrativa, por não caber recurso, ou como ela mesmo dispõe, haveria uma coisa julgada formal (preclusão administrativa), devendo ser necessariamente acatada pelo órgão administrativo em que se exerce o controle externo, sob pena de responsabilidade administrativa do agente público, todavia, não faz a decisão coisa julgada material, eis que são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário sob ponto de vista de legalidade, entendida no sentido amplo dentro do que preconiza o atual texto constitucional. Do mesmo modo, dispõe Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

Portanto, qualquer decisão do Tribunal de Contas, no Brasil, que gere situação jurídica individual, é suscetível de ser classificada como “coisa julgada administrativa”, assim como igualmente o são aquelas já atingidas por prazo prescricional ou decadencial.⁸¹

Por conseguinte, dentro do que foi abordado, fica patente que as decisões dos Tribunais de Contas não podem ser contrariadas pela própria Administração, ou pelos órgãos administrativos que se submeteram ao controle externo. Nesse contexto, já sob a égide da Constituição de 1946, Vítor Nunes Leal reconhecia a inviabilidade de as decisões das Corte de Contas serem contrariadas pelos órgãos administrativos, como expõe:

Da posição peculiar do Tribunal de Contas no mecanismo de Estado resulta que suas decisões são obrigatórias para os órgãos administrativos (ressalvada a hipótese do registro sob reserva, ordenado pelo Presidente da República, com recurso *ex-officio* para o Congresso). Conseqüentemente, não pode a administração *revert* aquelas decisões.⁸²

⁸⁰ DI PIETRO, 1996, p. 33.

⁸¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 204-205.

⁸² LEAL, Vítor Nunes. Valor das Decisões dos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 12, p. 419-431, abr./jun. 1948.

Outrossim, levando em conta o fato de que os órgãos administrativos que se submeteram ao controle externo do Tribunal de Contas não podem meramente deixar de dar cumprimento às decisões desse órgão, ressaltando que as decisões da Corte de Contas, na órbita administrativa, adquirem o caráter de definitivo, e de que a aplicação de penalidade pelo Tribunal de Contas se faz, dentro de seu rito procedimental próprio, resguardando o princípio constitucional da ampla defesa, dispõe Osvaldo Rodrigues de Souza:

As decisões do Tribunal de Contas são obrigatórias para a Administração, ainda que tomadas na fase preliminar, objetivando a correção de falhas constatadas na instrução ou exame inicial dos processos. Nas decisões que imputem débito, apliquem multa, restrinjam direito concedido pela Administração ou que comprometam a reputação funcional ou profissional de pessoas envolvidas ou que, enfim, afetem a sua cidadania, o Tribunal de Contas deve observar o princípio da ampla defesa assegurado pela Constituição Federal.⁸³

Assim, nessa parte do trabalho, em que se relatou a formação de coisa julgada administrativa quanto às decisões dos Tribunais de Contas e que os *decisuns* da Corte de Contas geram obrigatoriedade de cumprimento pela Administração controlada, devemos fazer considerações sobre a revisibilidade dessas deliberações do Tribunal. Nesse passo, destacando as competências próprias, disciplinadas constitucionalmente, de julgamento de contas, Jacoby Fernandes entende existir limites à revisibilidade judicial das decisões da Corte de Contas, como expõe:

A melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência de matéria que o Constituinte estabeleceu na competência de *julgar* não podem ser revistas quanto ao mérito. O exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores, e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O termo julgamento não pode ter outro significado, que não corresponda ao exercício de jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada.⁸⁴

⁸³ SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A Força das Decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 46.

⁸⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 70, p. 39-71, out./dez 1996.

Igualmente, Hélio Saul Mileski entende que a revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas se circunscreve a situações indicadas como ilegalidade manifesta ou erro formal, como dispõe:

Todavia, com esta possibilidade de revisão judicial ficando adstrita aos aspectos de ilegalidade manifesta ou de erro formal, circunstância em que o Judiciário pode decretar a nulidade da decisão e devolver a matéria para novo julgamento das contas, porém sem possibilidade de rejulgar essas contas em substituição ao órgão julgador, o Tribunal de Contas. Do fato resultaria assunção de competência que não é destinada ao Judiciário.⁸⁵

Do mesmo modo, há o entendimento de Evandro Martins Guerra de que essa revisibilidade judicial só poderia ocorrer em situações que afrontasse o devido processo legal ou que se identificasse ilegalidade manifesta. Nesse sentido, dispõe:

O Tribunal de Contas exerce a função jurisdicional especial quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, não havendo possibilidade de revisão de mérito pelo Poder Judiciário, salvo quando houver afronta ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade.⁸⁶

Nesse aspecto, cabe ressaltar que é de longa data o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em salvaguardar as decisões do Tribunal de Contas, só as anulando em situações indicadas. Nesse sentido, temos o voto do Ministro Henrique D'Ávila, no Mandado de Segurança nº 7.380-MS:

Na realidade, o Tribunal de Contas, quando da tomada de contas de responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na vida judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal, ou ilegalidade manifesta.⁸⁷

Além disso, cabe destacar que, mesmo declarando a anulabilidade do julgamento da Corte de Contas, não pode o Poder Judiciário reformar essa decisão

⁸⁵ MILESKI, 2003, p. 285.

⁸⁶ GUERRA, p. 65.

⁸⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 7.280-MS, rel. Min. Henrique D'Ávila, j. 20.06.1960.

sobre as contas que se consubstancia em competência própria constitucional do Tribunal de Contas. Assim sendo, manifesta-se Daniel Blume Pereira de Almeida:

Percebe-se, pois, que realmente ao Poder Judiciário não cabe reformar o julgamento de contas feito pelo Tribunal de Contas, pelo fato de tal função técnica ser de competência privativa de tal Corte de Contas, conforme prescreve a Constituição Federal.⁸⁸

Assim, considerada toda a problemática apontada neste item sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, levando em conta, igualmente, a natureza jurídica de suas decisões, cabe que se faça um pronunciamento conclusivo. Nesse aspecto, nos serviremos da doutrina de Hélio Saul Mileski que se utiliza dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles. Desse modo, segundo dispõe Hely Meirelles⁸⁹, ao analisar o Sistema Administrativo Brasileiro, que, conquanto haja em nossa legislação o sistema de jurisdição una, com uma única jurisdição conclusiva: a do Poder Judiciário, não há o impedimento da Administração decidir, na medida que ela pode exercer funções jurisdicionais, mas não judiciais que são próprias do Judiciário. Nesse sentido, tem-se a jurisdição como gênero e jurisdição judicial como espécie, como conclui Mileski⁹⁰, de sorte que, sendo a jurisdição um poder inerente ao Estado, ele pode exercer tanto na função administrativa, como na função judicial.

Nesse sentido, consoante previsão de nosso atual texto constitucional, o Tribunal de Contas é órgão integrante da estrutura do Estado, no exercício do controle externo, realizando o julgamento das contas dos responsáveis que têm o dever de prestar contas, não podendo, como dispõe Hélio Saul Mileski, negar-lhe a jurisdição administrativa, no atendimento do interesse público, em conformidade com os princípios constitucionais expressos da legalidade, legitimidade e economicidade. Assim sendo, para a efetividade do controle exercido pela Corte de Contas, é necessário que suas decisões sejam cumpridas pelos órgãos administrativos,

⁸⁸ ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas**. São Luís: Lithograf, 2003, p. 87.

⁸⁹ MEIRELLES, p. 53-53.

⁹⁰ MILESKI, 2003, p. 210-212.

considerando, nesse aspecto, que a jurisdição administrativa empreendida pelo Tribunal consubstancia-se no exercício do poder do Estado.

Assim sendo, a natureza jurídica do Tribunal de Contas é de um tribunal que detém um poder jurisdicional administrativo, como enfatiza Hélio Saul Mileski, possuindo competências constitucionais próprias, no julgamento de contas dos administradores públicos. Nesse diapasão, Hely Meirelles, ao dispor sobre outros órgãos da Administração Federal, no tópico pertinente aos tribunais administrativos, dispõe que o TCU, o qual possui autonomia e independência, não sendo órgão integrante de nenhum dos Poderes, tem uma posição singular na Administração brasileira, com atribuições previstas na atual Constituição Federal e que: “desempenha atribuições *jurisdicionais administrativas*, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões”.⁹¹

Quanto á **eficácia das decisões dos Tribunais de Contas**, deve-se considerar o referido no § 3º, do art. 71 da CF/88, no sentido de que essas deliberações que resultem imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Contudo, essas decisões referidas no parágrafo anterior, são executadas, caso não haja cumprimento voluntário por parte do responsável, mediante título executivo extrajudicial, com previsão no art. 585 do Código de Processo Civil, que, no seu inciso VII, dispõe que são também títulos extrajudiciais todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva, caracterizando, pois, um rol não exaustivo. Nesse sentido, dentro da ótica da execução fiscal, que se rege pela Lei 6.830/80, as decisões condenatórias da Corte de Contas são dívidas ativas não-tributárias. Desse modo, dispõe Bruno Lacerda Bezerra Fernandes:

Portanto, a execução das decisões pelos Tribunais de Contas, uma vez que têm força de título executivo extrajudicial, enquadrando-se, por isso mesmo, como dívida ativa não-tributária, tem o seu deslinde orientado pela normas contidas na legislação especial extravagante (Lei de Execução Fiscal), devendo-se retirar da referida norma legal as diretrizes necessárias para a propositura, desenvolvimento e finalização do referido procedimento judicial.⁹²

⁹¹ MEIRELLES, p. 663.

⁹² FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de Contas - Julgamento e Execução**. São Paulo: Edicamp, 2002, p. 172.

Como não foi dada competência para os Tribunais de Contas executarem as suas próprias decisões, essas devem ser feitas por órgãos próprios constantes da Administração Pública, como a Advocacia-Geral da União, no caso do TCU, e Procuradorias dos Estados e Municípios, para os tribunais de contas de outros entes federados.

Diante do exposto, em conclusão, quanto a este tópico do trabalho, entendemos que a natureza jurídica dos Tribunais de Contas é de ser um tribunal com poder jurisdicional administrativo, sendo órgão autônomo e independente, não subordinado a um nenhum dos Poderes, com competências constitucionais próprias e jurisdição em todo o território nacional, detendo, por conseguinte, atribuições jurisdicionais e administrativas, tendo que suas decisões produzem coisa julgada administrativa de cumprimento obrigatório pela Administração Pública. Quanto à revisibilidade judicial de suas decisões há limites, uma vez que não podem ser reformadas, nem rejuizadas pelo Judiciário, já que o Tribunal de Contas tem competências privativas no julgamento de contas dos responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas, que utilizem, guardem, arrecadem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens ou valores públicos ou por quem responda em nome da União, de sorte a revisão só pode decorrer de situações indicadas como ilegalidade manifesta, vício formal ou mesmo afronta ao devido processo legal.

1.3 SANÇÕES APLICADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DECORRENTES DE SUAS DECISÕES

Consoante já disposto neste trabalho, o TCU, nos termos do art. 71, inciso VIII, da CF/88, pode aplicar aos responsáveis, no caso de ilegalidade da despesa ou irregularidade das contas, as sanções previstas em lei, sendo que elas correspondem ao conjunto de instrumentos jurídicos que se encontram à disposição dessa Corte de Contas, buscando bem executar o controle das contas públicas, no exercício de sua fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Nesse sentido, dispõe Hélio Saul Mileski sobre a importância das sanções no controle externo:

Não houvesse sanção, o sistema de controle restaria esvaziado, em face da falta de um elemento que impusesse ao administrador as determinações do Tribunal de Contas. Somente por meio de sanção penalizadora o órgão de controle se impõe na exigência do cumprimento das disposições legais que regem a Administração Pública. Não havendo sanção, na prática, qualquer decisão do órgão de controle resultaria em mera recomendação.⁹³

Dentro desse enfoque, a título esclarecedor, Luciano Ferraz⁹⁴ procura fazer uma distinção entre multa-coerção (poder de coerção) e multa-sanção (poder de sanção). Assim, no primeiro caso, havendo a possibilidade de aplicação de penalidades pecuniárias pelos Tribunais de Contas, há a ação coercitiva que objetiva obrigar os sujeitos administradores de recursos públicos ao cumprimento das obrigações impostas por lei (tratando-se de multa-coerção).

Outrossim, há a aplicação de multas nas leis orgânicas e nos regimentos internos dos Tribunais que se dirigem à punição dos infratores (multa-sanção), citando, como exemplo, nesse último caso, na situação de julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com ou sem ressarcimento do débito, como relata o art. 71, VIII, da CF/88 e arts. 57 e 58, incisos I e III da Lei Orgânica do TCU- Lei nº 8.443/92. A distinção, assim, entre multa-coerção e multa-sanção é que, quantos as primeiras, há aplicação no escopo de forçar o cumprimento do ordenado e as segundas possuem um cunho de reparador do dano, um viés estritamente sancionatório.

Assim, como primeira modalidade de sanção, que encontra previsão expressa no atual texto constitucional, conforme inciso VIII do art. 71 já referido, tem-se a **multa**. Nesse caso, como primeira espécie de multa aplicada pela Corte de Contas, tem-se a multa proporcional ao dano causado ao Erário que exige a previsão legal para a sua aplicação, como determina o dispositivo constitucional em comento.

Esse dispositivo legal exigido, por conseguinte, é a Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/92, havendo também previsão no Regimento Interno desta Corte de Contas. Desse modo, no art. 57 de sua Lei Orgânica, o TCU tem a possibilidade de aplicar a multa de até 100% do valor atualizado do dano, considerando que se a quantia do débito for paga após o vencimento, é prevista a atualização monetária na

⁹³ MILESKI, 2003, p. 328.

⁹⁴ FERRAZ, Luciano. Poder de Coerção e Poder de Sanção dos Tribunais de Contas-competência normativa e devido processo legal. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n.14, p. 184-191, abr./jun. 2002.

data do efetivo pagamento. Outrossim, há a possibilidade de aplicação de multa, considerando situações em que há infringência de normas de administração financeira e orçamentária, como dispõe o art. 58 da Lei Orgânica do TCU, nos seus incisos I a VIII.

Além disso, como outras cominações ou sanções, como reza o citado inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal, que podem ser aplicadas pelo TCU, cita-se a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, a declaração de inidoneidade do licitante e a declaração de inelegibilidade.

Assim, dispõe o art. 60 da Lei Orgânica do TCU, e também em seu Regimento Interno (art. 270) que, por irregularidades constatadas pela Corte de Contas, por maioria absoluta de seus membros, ou seja, por deliberação adotada pelo Plenário do Tribunal, considerando grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da Administração Pública. Acresce-se que essa penalidade não depende da imposição de outra sanção administrativa anterior. Para aplicação dessa cominação, Francisco Eduardo Carrilho Chaves faz dois alertas:

Há dois alertas importantes a serem feitos. O primeiro é que imposta a sanção pelo TCU, o responsável não estará impedido de exercer cargo público efetivo ou emprego público, ou mesmo nomeado e tomar posse nesses, em decorrência de aprovação em concurso público, exigido pelo art. 37,II, da Constituição Federal. A punição restringe-se apenas ao exercício de cargo em comissão ou função de confiança. O outro é para que não se faça confusão da inabilitação para o exercício do cargo em comissão ou função de confiança com a declaração de inelegibilidade.⁹⁵

Outrossim, a declaração da inidoneidade do licitante, como dispõe o art. 87, inciso IV e § 3º c/c o art. 6º, inciso XI, da Lei de Licitações, ou Lei nº 8.666/93, constitui imposição de sanção obrigatória, já que constatada a fraude em certame licitatório, o Plenário da Corte de Contas tem que aplicar a cominação. Essa declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública existirá enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja

⁹⁵ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública - a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 304.

promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes ou após decorrido o prazo de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração que não pode ser superior a dois anos.

Por fim, a declaração de inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18.05.1990 - art. 1º, I, "g", decorre do julgamento pela irregularidade de contas do responsável pelo TCU, o que pode determinar a suspensão de direitos políticos daquele que foi julgado o qual será considerado inelegível, por cinco anos, para qualquer cargo. Assim, com base no art. 91 de sua Lei Orgânica, o Tribunal de Contas da União elabora uma relação de responsáveis com contas julgadas irregulares, enviando-a ao Ministério Público Eleitoral o qual tem a função de promover a arguição de inelegibilidade perante o Juiz Eleitoral que irá decidir pelo pronunciamento de declaração de inelegibilidade. Desse modo, por não ser penalidade aplicada pelo TCU, qualquer contestação no tocante à inelegibilidade declarada deve ser feita à Justiça Eleitoral.

Igualmente, pode-se arrolar no poder sancionatório do TCU, as multas resultantes de infração administrativa em detrimento de leis de finanças públicas, regidas pela Lei nº 10.028, de 19.10.2000 que, em seu 5º, § 2º, dispõe que essas infrações serão processadas e julgadas pelo Tribunal de Contas.

Nesse sentido, dispõe o art. 5º da Lei nº 10.028/2000, disciplinando sobre infração administrativa contra a lei de finanças públicas, com destaque para o seu inciso I, no tocante à situação de deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidas em lei. Desse modo, em face das infrações previstas no art. 5º referido, é aplicada ao agente que der causa a multa de trinta por cento dos seus vencimentos anuais, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. Nesse aspecto, as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas, previstas no art. 5º, consoante dispõe o seu § 2º, serão processadas e julgadas pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

Assim sendo, o Tribunal de Contas da União, a título de exemplo, em seus relatórios de atividades trimestrais, faz referência, em item específico, a condenações e sanções aplicadas. Dessarte, temos o Relatório de Atividades do 3º Trimestre de 2007⁹⁶ que, no período, nos processos de contas julgadas irregulares, os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa ou ressarcimento de débito no valor de R\$ 182.317.103,67.

1.4 O TCU COMO ÓRGÃO PROTETOR E EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO ENFOQUE DO CONTROLE SOCIAL

O Tribunal de Contas da União, como integrante da estrutura do Estado brasileiro, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, tendo a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas no atual texto constitucional, constitui órgão protetor e efetivador de direitos fundamentais. Nesse sentido, dispõe Hamilton Fernando Castardo:

O Tribunal de Contas passa a ser um órgão fiscalizador, auxiliar não apenas dos Poderes, mas da comunidade em geral, no exercício de seus direitos. Os Tribunais são órgãos legitimados para defesa na observância dos Direitos Fundamentais.⁹⁷

⁹⁶ Esse Relatório de Atividades do Tribunal de Contas da União, pertinente ao 3º Trimestre de 2007, menciona, em seu subitem 2.16, o tópico Condenações e Sanções Aplicadas (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Relatório de Atividades do 3º Trimestre de 2007, Brasília, 2007, p. 17-18) que, entre 579 processos de contas apreciados, de forma conclusiva, no trimestre, 260 (44,90%) foram julgados pela irregularidade das contas, condenando 395 responsáveis ao pagamento de multa e ressarcimento de débito. Além disso, em outros 28 processos de fiscalização, denúncia ou representação, aplicou-se multa a 81 responsáveis. Dessarte, no período, nos processos de contas julgadas irregulares, os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa ou ressarcimento de débito no valor de R\$ 182.317.103,67, atualizados até a data de 30.09.2007 e, em outros processos, foram aplicadas multas no valor total de R\$ 353.428,27. Menciona ainda o Relatório que, além das condenações de natureza pecuniária, o Tribunal pode aplicar outras medidas que alcançam o patrimônio jurídico daquele que fraudou ou mal utilizou recursos públicos, de sorte que, no decorrer do 3º trimestre de 2007, 31 responsáveis foram considerados inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e 15 empresas declaradas inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal.

⁹⁷ CASTARDO, p. 125.

Nesse aspecto, considerando a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão de recursos públicos em benefício da sociedade, a Corte de Contas, como órgão autônomo e independente em relação aos demais Poderes constituídos, velando, como destacado, para a boa aplicação do dinheiro público, proporciona um instrumental relevante que a sociedade pode se utilizar para fazer valer os seus direitos fundamentais. Nessa perspectiva, relata Hamilton Fernando Castardo:

Necessita-se proceder a um exame sobre a separação de poderes com novos horizontes, de acordo com as circunstâncias hodiernas, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, determinado como de observância obrigatória pela CF/88, inclusive para se estabelecer novos instrumentos à disposição da sociedade, para garantir os Direitos Fundamentais, tal como a boa aplicação do dinheiro público.⁹⁸

Dentro desse contexto, Ricardo Lobo Torres reconhece uma íntima relação entre o controle das finanças públicas e os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, uma vez que a higidez e equilíbrio dessas finanças vem ao encontro da integridade e defesa desses direitos fundamentais. Sob esse enfoque, o TCU exerce importante função, na medida que as atividades que desempenha, consubstanciando o negócio para que foi instituído, tem como mister o controle dessas finanças públicas, haja vista executar o controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais. Assim sendo, dispõe Ricardo Lobo Torres o seu posicionamento sobre o relacionamento entre direitos fundamentais e finanças públicas:

Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com diversos aspectos das finanças públicas.⁹⁹

Igualmente, sustenta Ricardo Lobo Torres¹⁰⁰ que os gastos públicos devem priorizar os direitos humanos, buscando-se, com a destinação adequada de recursos

⁹⁸ CASTARDO, p. 127.

⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 276.

¹⁰⁰ Ricardo Lobo Torres sustenta existir um mínimo existencial conectado com os direitos fundamentais e

públicos, serviços públicos de qualidade e a efetividade das prestações positivas do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Nesse sentido, dispõe:

Também os gastos públicos estão inteiramente voltados para os direitos humanos. O serviço público, financiado com o dinheiro do Estado, nele encontra o seu fundamento e a sua finalidade. As prestações positivas do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, que compõe o *status positivus libertatis*, bem como a garantia do mínimo essencial, representada pelas prestações no campo da educação, saúde e assistência social e até a proteção dos direitos difusos, como acontece com o meio ambiente e os bens culturais, demandam o aporte de recursos públicos substanciais.¹⁰¹

Do mesmo modo, Hamílton Fernando Castardo, ressalta a missão do Estado de empreender ações de proteção dos direitos fundamentais, detendo um aporte de recursos públicos suficientes que sejam efetivamente aplicados na garantia desse direitos, necessitando, para tanto, um adequado controle orçamentário, financeiro, contábil e patrimonial, com realce para as competências dos tribunais de contas, como relata:

O Estado tem a missão de respeitar e manifestar-se por ações na proteção de Direitos Fundamentais. Para esse exercício, faz-se necessário numerário a sua disposição. Nessa esteira, as despesas e investimentos devem ser canalizados para os direitos humanos, bem como para os direitos sociais, com políticas na área de assistência social, educação, saúde. Insere nas garantias dos direitos fundamentais, portanto, o controle da execução orçamentária, financeira, contábil e patrimonial, tendo como instrumento de controle, as cortes de contas garantidoras dos direitos fundamentais.¹⁰²

vinculado a que estabeleça prioridades orçamentárias, podendo conviver, de forma produtiva, com a reserva do possível. Esse mínimo existencial se sintoniza com a dignidade da pessoa humana e o exercício da liberdade, como retrata: “O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração de Direitos Humanos, e nas imunidades e privilégios do cidadão” (TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 243-342, 2001). Assim, no entendimento do autor, a fundamentalidade dos direitos sociais, como o direito à saúde, estaria atrelada à concepção do mínimo existencial. Nesses termos, dispõe Ricardo Lobo Torres: “Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*” (TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-46, 2003).

¹⁰¹ TORRES, 1995, p. 278.

¹⁰² CASTARDO, p. 125-126.

Nessa perspectiva, o Tribunal de Contas passa a ter uma ligação estreita com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, sendo como ressalta Torres¹⁰³, uma das garantias institucionais da liberdade, a que o cidadão tem acesso mediante as garantias processuais. Vela, como ressalta o autor, assim, a Corte de Contas pela garantia institucional da Constituição exercendo importante função de defesa de direitos fundamentais, no contexto de Poderes do Estado, considerando, mormente, nesse aspecto, a sua autonomia e independência.

Ademais, como enfatiza Ricardo Lobo Torres, o controle da legalidade exercido pelas Corte de Contas faculta a segurança dos direitos fundamentais. Contudo, como bem alerta o autor, o controle não tem por norte apenas a legalidade estrita, mas busca preservar a própria segurança jurídica, sendo valor fundamental do direito, como a justiça, destacando a necessidade de harmonia desses valores constitucionais. Nesse passo, frisa Ricardo Lobo Torres que o controle passa a ter maior abrangência:

Conseqüentemente, o controle se estende aos demais princípios derivados da idéia de segurança dos direitos fundamentais, como sejam: a *tipicidade*, a *transparência tributária e orçamentária*, a *proibição da vinculação da receita*, a *irretroatividade*, a *anualidade*, a *anterioridade*, etc., que todos também são corolários do princípio maior da legalidade. A segurança jurídica e os princípios dela emanados, portanto, compõem o quadro das *garantias normativas dos direitos fundamentais*.¹⁰⁴

Contudo, além do controle da legalidade, nos termos do art. 70, *caput*, da CF/88, examina o Tribunal de Contas princípios da economicidade e legitimidade. Quanto ao primeiro, relata Ricardo Lobo Torres¹⁰⁵, realiza a Corte de Contas um exame e fiscalização material da execução orçamentária, contrapondo-se a um exame formal que é o da legalidade, buscando-se a moralidade pública e a justiça financeira. Nesse aspecto, quanto ao controle da economicidade, dispõe o autor, que : “significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e maximização da receita e da arrecadação”.¹⁰⁶ Contudo, adverte Ricardo Lobo

¹⁰³ TORRES, *op. cit.*, p. 279.

¹⁰⁴ TORRES, 1995, p. 283-284.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 285 e 288.

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez. 1993.

Torres que o controle da economicidade transcende ao mero controle de gastos, que se entende por aperto ou diminuição de despesa, mas abarca também a receita, na qual aparece a efetividade na realização das entradas orçamentárias.

Acresce, todavia, o autor que o controle da legitimidade é exercido sobre a legalidade e economicidade da execução financeira e orçamentária, sendo que o aspecto da legitimidade atenta para os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, que decorrem da concepção de segurança jurídica ou da justiça que são princípios informativos do controle. Desse modo, conclui o autor que a legitimidade do Estado Democrático depende do controle da legitimidade de sua ordem financeira.

Assim, de forma conclusiva, Ricardo Lobo Torres¹⁰⁷ entende que o controle sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade pela Corte de Contas, facultando as garantias institucionais de liberdade, tem conexão com os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais que, conforme o autor, compreendem a capacidade individual ou coletiva na defesa desses direitos de cunho fundamental, já contra o Estado, já contra terceiros. Dessarte, nesses termos, dispõe o autor:

É necessário e urgente, pois, que se compatibilize a dimensão objetiva do Tribunal de Contas, que, juntamente, com o Poder Judiciário, o Banco Central, a Universidade, etc., é uma das garantias institucionais da liberdade, com os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais, que carecem de maiores garantias processuais para o acesso dos cidadãos ao controle aos aspectos da legalidade, economicidade e legitimidade das atividades da Administração.¹⁰⁸

Igualmente, considerando a boa gestão dos recursos públicos com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais, é mister que refira a considerações sobre a boa governança que tem conexão com a transparência e ética na Administração Pública, na medida em que se preocupa com a gestão transparente e responsável dos recursos financeiros em busca da eficiência do setor público, assunto que será tratado melhor neste trabalho quando se abordar Lei da Responsabilidade Fiscal e o controle social. Nesse sentido, dispõem Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto:

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 279.

¹⁰⁸ TORRES, 1993, p. 288.

a implementação da Boa Governança nos órgãos públicos é essencial para um Estado que, de um lado, trabalha com recursos orçamentários escassos e, por outro lado, tem cuidados com necessidades que, se não são ilimitadas, possuem demanda muito maior do que a sua real possibilidade de concretização.¹⁰⁹

Nessa perspectiva, o Tribunal de Contas da União, na área da saúde, tratando da gestão da ética na Administração Pública, em levantamento de Auditoria na Fundação Nacional da Saúde - Funasa, abordou aspectos como transparência e boa governança, em que, no Relatório do Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha, dispõe-se:

As mudanças estruturais ocorridas na Administração Pública Federal, principalmente a partir da década de 1990, e o cenário econômico instalado desde então, demandam a promoção da ética, da transparência e da boa governança como questões fundamentais para a garantia da confiabilidade das instituições públicas e a consequente inclusão do Brasil na nova ordem sócio-econômica mundial.¹¹⁰

Assim sendo, em seu Voto, o Ministro-Relator, retrocitado, no parágrafo anterior, considerando que a Corte de Contas fez várias recomendações e determinações à Funasa em seu Acórdão para aprimoramento da gestão ética na entidade, na busca da transparência e boa governança dos recursos públicos, expõe:

Quanto ao mérito desta fiscalização, considero extremamente louvável a preocupação demonstrada pela Funasa em relação aos aspectos éticos de sua atividade. Afinal, o setor da saúde no Brasil vem sendo constante alvo da opinião pública, especialmente quanto aos seus padrões funcionais, seus princípios e valores.¹¹¹

¹⁰⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinícius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 285-303, 2008.

¹¹⁰ No Acórdão 517/2005-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº 015.414/2004-7. Acórdão nº 517/2005-Plenário. Levantamento de Auditoria. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 04 de maio de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 12 maio.2005) o TCU elabora Relatório de Auditoria Operacional – Gestão de Ética no âmbito da Funasa, com vistas ao combate à fraude e à corrupção na Administração Pública, abordando fatores essenciais para infraestrutura de gestão da ética.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 22.

Outrossim, dentro da evolução das atividades de controle externo do TCU, destaca-se atualmente o estímulo ao exercício do controle social. Essa modalidade de controle complementa o controle estatal exercido pelo Tribunal de Contas, ficando a cargo do cidadão individualizado ou da sociedade civil organizada, ou seja, o controle social, como dispõe Vanderlei Siraque: “é realizado por particular, por pessoa estranha do Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidade juridicamente constituídas”.¹¹² Nesse aspecto, a Corte de Contas assume especial relevância na efetividade do controle social, funcionando como elo de ligação entre o Estado e a sociedade, ficando à disposição dessa sociedade, na apuração de denúncias e irregularidade, além de controlar, dando apoio técnico e pedagógico, às instituições que realizam essa modalidade de controle social, buscando-se, em última instância, a garantia dos direitos fundamentais, com o fortalecimento da cidadania e o regime democrático.

Desse modo, na sua atuação como órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, o TCU, contribui e dá impulso, de forma decisiva, ao controle social, propiciando a transparência efetiva da gestão pública, em que se destaca a participação popular como gênero desse controle. Assim, temos a participação popular como impulsionadora do controle externo, no § 2º do art. 74 da CF/88, em forma de controle social, quando se dispõe que: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Nessa perspectiva, considerando que o dispositivo citado faculta a atuação do TCU como instrumento de cidadania ativa, no amadurecimento do regime democrático, dispõe

Jair Lima Santos:

A Constituição Federal, no § 2º do art. 74, assegura, a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, o direito participativo de denunciar irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Tal parágrafo atribui especialíssima função ao TCU ao facultar aos legitimados, de modo amplíssimo, a provocação da ação fiscalizadora autônoma, ficando sobremodo patenteado que a ordem jurídica brasileira tem nos Tribunais de Contas um instrumento de cidadania ativa, o que os torna também, por isso, indispensáveis ao bom funcionamento do regime democrático.¹¹³

¹¹² SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa de Estado - possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99.

¹¹³ SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controle estatal e social da Administração Pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 94, p. 13-47, abr./jun. 2002.

Outrossim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta a legitimação democrática da participação cidadã, no exercício do controle social:

Com todo esse complexo normativo não escapa aos requisitos de juridicidade, é necessário que qualquer norma, oriunda ou não dos Parlamentos, seja democraticamente legitimada, pelo respectivo e devido processo legal, em que a participação cidadã seja assegurada na medida do possível e do razoável, se não na tomada de decisão, pelo menos e inafastavelmente no controle social dos decorrentes resultados das políticas públicas executadas.¹¹⁴

Nesse passo, é necessário frisar a importância da interação entre a sociedade e a Corte de Contas, com conjugação de esforços, no sentido de propiciar a efetividade de políticas públicas na consecução de direitos fundamentais em prol da comunidade, dentro de um controle social adequado. Considerando essa perspectiva, dispõe Cassyra Lucya Barros Vuolo:

A razão para a aproximação dos dois pólos: cidadão (controle social) com os Tribunais de Contas (controle externo) é simples e necessária, embora não seja fácil operacionalização e entendimento. De um lado, não podem os cidadãos fiscalizarem individualmente a gestão e, de outro, tampouco podem as instituições de controle garantirem sozinhas o cumprimento das políticas públicas. Torna-se imperiosa a conjugação de esforços, de estreitamento de relações entre os Tribunais e a sociedade em torno de objetivos qualificadores dos resultados das políticas públicas para que juntos possam efetivar suas missões constitucionais no Estado Democrático de Direito. Esse equilíbrio de direitos e deveres é indispensável quando se buscar exercer a cidadania.¹¹⁵

Com essa congregação de esforços entre controle externo e controle social, na perspectiva de uma gestão compartilhada adequada, fica patente o fortalecimento do regime democrático, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o controle externo do Tribunal de Contas, na sua atuação como órgão de proteção e efetivador dos direitos fundamentais, tem um importante

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: **O novo Tribunal de Contas-órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, , p. 77-130, 2004.

¹¹⁵ VUOLO, Cassyra Lucya Barros. Os Tribunais de Contas como instrumento de construção da cidadania. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 46, p. 285-289, nov./dez. 2007.

aliado que é o controle social, não havendo sobreposição de controles. Dentro desse enfoque, dispõe Hélio Saul Mileski:

Nesse contexto, fica perfeitamente demonstrado que o controle social não se sobrepõe nem exclui os demais controles, especialmente o oficial, porque necessita deste último para a sua eficácia. O exercício do controle social é independente e universal, mas não produz resultados unicamente pela sua ação, ele depende do controle oficial para fazer valer as suas constatações. Assim, o controle social deve ser considerado um aliado do controle oficial, devendo ter uma atuação conjugada com o Tribunal de Contas.¹¹⁶

Buscando o aperfeiçoamento do controle externo, é cada mais frequente o exercício da função pedagógica ou educativa pelas Cortes de Contas, o que, igualmente, estimula o controle social. Na execução dessa função, o Tribunal de Contas, com o fim de ensinar, treinar, promove a orientação, trazendo informações sobre procedimentos, aprimorando práticas de gestão mediante publicações, realização de seminários, encontros, reuniões de cunho técnico.

Hélio Saul Mileski, nesse aspecto, reconhece a importância do exercício dessa função pedagógica, priorizando o ensino e aprimoramento em detrimento da penalização. Assim, dispõe:

Dessa forma, os Tribunais de Contas, conscientes dessa sua responsabilidade de função controladora e social, estabelecendo como filosofia de controle que é melhor ensinar e aprimorar do que penalizar- para a sociedade é mais importante ter serviços públicos honestos, adequados e eficientes do que administradores penalizados-passaram a desenvolver uma função pedagógica, realizando encontros técnicos, seminários, programas de orientação e cursos específicos em cada área de conhecimento.¹¹⁷

O Tribunal de Contas, dentro desse contexto, na contribuição e estímulo ao controle social, realizou a exemplo, importante atividade de orientação e esclarecimento, no exercício de sua função pedagógica, como a elaboração de cartilhas para conselheiros dos Conselhos de Alimentar Escolar, em prol do direito fundamental social de educação e da saúde conjugados.

¹¹⁶ MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 45, p. 257-279, set./out. 2007.

¹¹⁷ MILESKI, 2003, p. 326.

Além disso, na divulgação da avaliação de programas governamentais, pelo Tribunal de Contas da União, citando como exemplo, na área da saúde, a Erradicação da Febre Aftosa; Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos e Ações de Atenção à Saúde Mental - Programa Atenção à Saúde de Populações Estratégicas e em Situações Especiais de Agravo, tem-se informado à sociedade sobre o atuação do Tribunal, de sorte que se intensifique a divulgação de conhecimentos das ações do governo, estimulando o controle social, uma vez que propicia a mobilização na fiscalização de recursos públicos que foram destinados aos programas, como os citados anteriormente. Nesses programas, muitas vezes, o Tribunal de Contas determina aos seus órgãos executores que elaborem informativos com a finalidade de orientar os conselheiros de saúde, buscando a efetividade do controle social.

Assim sendo, em face do exposto, levando em conta a atuação do TCU, como órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, na perspectiva do apoio e impulso ao controle social adequado, passamos a analisar, na próxima parte deste trabalho, a realização da gestão compartilhada de saúde, em que essa Corte de Contas dá importante contributo, buscando-se o resguardo e a efetividade do direito fundamental social da saúde, referido no art. 6º de nosso atual texto constitucional.

2 A GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE E O CONTROLE SOCIAL

2.1 A GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE

A gestão compartilhada da saúde corresponde à segunda parte fundamental deste trabalho, em que o Tribunal de Contas da União presta a sua contribuição, dentro do enfoque de controle social, em busca da efetividade do direito fundamental social da saúde, de sorte que, nesta etapa do trabalho, far-se-á o estudo dessa forma de gestão, sua definição, pressupostos e mecanismos de atuação, abordando-se, igualmente, o direito à saúde e sua integração na Constituição Federal atual, além de sua perspectiva democrática em implementação a partir da Reforma Sanitária com o Sistema Único de Saúde - SUS.

Assim, passa-se a abordar, em primeiro plano, o direito a que se quer contribuir para efetivação neste trabalho, que é o direito fundamental social da saúde, tratando do seu conceito e conteúdo, além de sua evolução em nossas constituições até a Constituição atual quanto atingiu o patamar de princípio constitucional, abordando, igualmente, de seus principais normativos na legislação infraconstitucional.

2.1.1 Conceito da Saúde, conteúdo do Direito à Saúde e normatizações

2.1.1.1 O Conceito da Saúde e conteúdo do Direito à Saúde

2.1.1.1.1 O Conceito da Saúde

A concepção sobre saúde apresenta uma longa evolução, remontando ao início da humanidade. Assim, para melhor compreensão da noção de saúde, objeto deste trabalho, é necessário abordar alguns aspectos históricos.

Desse modo, desde os rituais das sociedades primitivas, em que atuavam curandeiros e feiticeiros, já havia a ideia de saúde com o intuito de curar as mazelas dos seres humanos, assumindo, via de regra, uma concepção mágica.

Contudo, a abordagem científica do tratamento da saúde só se daria por volta de 4.000 aC, mesmo que houvesse ainda uma tendência para uma abordagem sobrenatural. Nesse aspecto, em contraposição, por exemplo, os judeus procuravam romper com a perspectiva mágica dos tratamentos ao circuncidar os recém-nascidos, na crença que poderiam libertar os seres humanos dos males que pudessem afligi-los futuramente.

Entrementes, foi na Grécia Antiga que se iniciou efetivamente a conceituar a saúde, destacando-se o brocardo grego: “*Mens Sana In Corpore Sano*”, como marco fundamental para que fosse definido o que era ter saúde. Nesse sentido, na evolução conceitual de saúde, destacam-se os ensinamentos de Hipócrates, na antiguidade grega, que, com base em observações empíricas, em casos clínicos, afastava a ideia religiosa quanto aos males dos seres humanos, sendo que seus estudos se dirigiam não só ao paciente, mas também ao ambiente em que vivia, de sorte que as doenças (consideradas como causalidades naturais) deveriam ser tratadas em face das particularidades locais da cidade em que vivia esse paciente. Em face do exposto, considerada a realidade brasileira, dispõe Germano Schwartz: “Aliás, pode-se afirmar que um dos motivos pela qual a saúde no Brasil é descentralizada é ter como origem remota o pensamento hipocrático”.¹¹⁸

Outrossim, os romanos também começaram a adotar a concepção científica de saúde da antiguidade grega que buscasse tratar a população romana que crescia vertiginosamente e se concentrava nas grandes cidades. Todavia, com o advento da Idade Média houve uma involução quanto ao tratamento científico da concepção de saúde na prevenção e tratamento de doenças, em que se destaca o influxo da Igreja na caracterização pecaminosa das mazelas humanas, sendo a doença um castigo divino.

Mesmo assim, houve uma compensação mediante a adoção da caridade, com a construção dos primeiros hospitais. Nesse aspecto, dispõe Mariana Filchtiner Figueiredo: “O único contraponto se deu pelo fortalecimento da caridade, com o

¹¹⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

surgimento dos primeiros hospitais”.¹¹⁹. Contudo, esses hospitais eram propriamente hospícios ou asilos, em que os pacientes não recebiam um tratamento adequado, havendo ao menos um conforto espiritual.

Em contraposição, com o advento do período histórico conhecido como Renascimento, houve uma retomada dos estudos calcados no conhecimento científico, formado pela tradição greco-romana. A concepção de saúde aliava-se à ideia de ausência de doença, sendo que o período histórico destaca-se pelas grandes descobertas em termos de tratamento e medicamentos, citando como exemplo, o tratamento da insanidade humana e o conhecimento referente ao quinino com vistas a tratar a malária. Nesse prisma, considerando o período histórico promissor dispõe Ieda Tatiana Cury:

A grande virada na história da saúde pública deu-se no século XVIII. A importância da saúde e seus efeitos sociais foram reconhecidos e enfatizados, enquanto se faziam esforços para debater vários e novos problemas ligados à saúde.¹²⁰

Em conexão com a ideia vigente de ausência de doença, na concepção de saúde, temos a preocupação da sociedade industrial do século XIX para que o trabalhador não adoecesse e prejudicasse o processo de acumulação do capital, em consonância com a ideologia liberal de repor o indivíduo ao trabalho. Nesse diapasão, dispõe Schwartz:

Pode-se dizer que a saúde, dentro dos padrões do individualismo liberal que floresceu no século XIX é uma saúde “curativa”, ligado ao que a moderna doutrina atual chama de *aspecto negativo da saúde*: a ausência de enfermidades.¹²¹

Contudo, o século XX destacou-se pelas transformações sociais, havendo a influência das grandes guerras, com repercussões na proteção da saúde. Retratando o período expõe Mariana Filchiner Figueiredo:

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. **Direito Fundamental à Saúde- parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.

¹²⁰ CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde- evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 34.

¹²¹ SCHWARTZ, 2001, p. 33.

No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo. Desde a II Guerra Mundial, essa noção foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população, bem como reforçando-se a lógica econômica, a partir da evidente interdependência entre as condições da saúde do trabalhador e a atividade produtiva.¹²²

Assim sendo, com a nova ideologia reinante, fez-se oposição à concepção do individualismo liberal que ressaltava o aspecto curativo da saúde, ganhando destaque assim a ideia preventiva da saúde, que se liga ao *Welfare State* e a busca do acesso universal ao tratamento e cura, dentro de uma visão coletiva da realidade social.¹²³ Com isso, o Estado passou a ser interventor, como dispõe Tatianna Cury: “Constatou-se, desse modo, a necessidade de intervenção estatal para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna do homem”.¹²⁴ Assim, o Estado proporcionava serviços básicos de atividade sanitária. Dentro desse contexto, sustenta Germano Schwartz:

Com a visão coletiva do social, a saúde deixa de ser tratada como uma possibilidade de compra, sendo encarada também como um direito de que todos tenham acesso à cura. Logo, o Estado interventor deveria proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediante serviços básicos de atividade sanitária. Ainda assim, tanto a característica “curativa” como a “preventiva” da saúde veem-na como ausência de doenças. O que as diferencia é o tempo de intervenção na primeira, o médico e/ou sistema de saúde age(m) após a doença ter se instalado no corpo humano; na segunda, antes de a doença ter-se alojado no corpo do enfermo.¹²⁵

Contudo, com a criação da Organização das Nações Unidas- ONU, bem como em face da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, propiciou-se a criação de entidades que deram tratamentos específicos a certos direitos humanos, como o caso da OMS- Organização Mundial de Saúde, em que no preâmbulo de sua Constituição, dispõe que a saúde : é o completo bem-estar físico,

¹²² FIGUEIREDO, p. 79.

¹²³ Nesse sentido, dispõe Michel Foucault: “A medicina da percepção individual, da assistência familiar, dos cuidados em domicílio só podem encontrar apoio em uma estrutura coletivamente controlada e que recobre a totalidade do espaço social”(FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Clínica**. 6.ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 21).

¹²⁴ CURY, p. 38.

¹²⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Gestão compartilhada sanitária no Brasil – possibilidade de efetivação do direito à saúde. SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo, Universidade de Passo Fundo - UPF, p. 108-162, 2003.

mental e social e não apenas a ausência de doenças”. Vencia-se, pois, a visão organicista da saúde como mera ausência de doenças, para dar realce ao equilíbrio do homem, buscando-se as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos. Nesse aspecto, comentando o avanço conceitual dispõe Mariana Filchtiner Figueiredo: “Essa noção superou a ideia de saúde como mera inexistência de doenças, destacando a importância entre o equilíbrio do homem, interna e externamente- restaurando a linha preconizada por Hipocrates”.¹²⁶

Em que pese o avanço desse conceito para época em que foi proposto, está sujeito a críticas, como apresentada por Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz, dispondo que tal definição é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral. Nesse sentido, dispõem: “Trata-se de uma definição irreal porque aludindo ao “perfeito bem-estar” coloca uma utopia. O que é “perfeito bem-estar”? É por acaso possível caracterizar-se a “perfeição”?”¹²⁷

Dentro desse mesmo enfoque, dispõe Germano Schwartz, considerando que o conceito é irreal, deixando de se adaptar à realidade fática, bem como não sendo operacional, já que depende de diversos níveis decisórios que podem não implementá-lo. Assim, de forma sintética, expõe Schwartz:

Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido bem-estar físico, social e mental.¹²⁸

Em face do exposto, considerando a saúde como um objetivo a ser alcançado, dentro de um enfoque sistêmico, em que a saúde faz parte de um sistema social aberto, na busca da qualidade de vida (aspecto positivo da saúde), Germano Schwartz expõe o seu conceito de saúde, o qual adotamos:

um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de

¹²⁶ FIGUEIREDO, p. 80.

¹²⁷ FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n. 31, p. 538-542, out. 1997.

¹²⁸ SCHWARTZ, 2001, p. 36.

efetivação e possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem estar.¹²⁹

Assim sendo, abordado o conceito de saúde, passaremos, no próximo tópico, a tratar do direito fundamental à saúde e seu conteúdo, considerando a sua natureza de direito fundamental social sujeito à tutela do Estado.

2.1.1.1.2 O Direito à Saúde e seu conteúdo

O direito à saúde pode ser classificado juridicamente como direito fundamental social, insculpido no art. 6º da Constituição Federal de 1988. É também catalogado como direito fundamental do homem, como dispõe o art. 25 da Declaração Universal de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, sendo uma das condições necessárias à vida digna do indivíduo.

Na configuração de direito fundamental do homem, o direito à saúde se constitui em um direito autoaplicável e de eficácia imediata, como dispõe o art. 5º, § 1º, da CF/88. Do mesmo modo, considerando as dimensões e não geração de direitos¹³⁰, tem-se que o direito à saúde pode ser de primeira dimensão (ligando-se com o direito à vida, a qualidade de vida- saúde curativa); segunda dimensão (direito social - saúde preventiva) e terceira dimensão (direito da solidariedade - direitos coletivos e difusos).

Em conexão com essa classificação do direito à saúde entre as dimensões do direito, perfilha a doutrina exposta por José Luiz Bolzan de Moraes. Assim, quanto à primeira dimensão, em que se destaca o aspecto curativo, dentro dos padrões do individualismo liberal, expõe o autor: “quando, então, caracterizaria-se como a liberdade de procura dos serviços médicos liberais ou particulares, a partir do

¹²⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹³⁰ Em consonância com que dispõe Ingo Wolfgang Sarlet: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem um caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54).

paradigma da liberdade de contrato vigorante nesse período”.¹³¹ Do mesmo modo, prossegue o autor, assumiria uma posição de prevenção da doença, na segunda dimensão, quando se atrela ao aspecto de desenvolvimento do modelo de Estado do bem-estar social, podemos pensá-la: “não mais vinculada à simples possibilidade de individual de “compra” da cura dos males, mas a partir, agora, unida à atividade prestadora do Estado”. Por fim, dispõe José Luiz Bolzan de Moraes, na perspectiva da terceira dimensão, vincula-se o direito à saúde ao direito de solidariedade: “Como direito de solidariedade, qualidade de vida estaria atrelado ao *direito ao desenvolvimento*, juntamente com o trabalho, a alimentação adequada, etc., em suma, *direito à dignidade humana*”.

Outrossim, com o advento da Constituição de 1988, o direito à saúde foi alçado à categoria de direito público subjetivo e fundamental do homem. Nesse prisma, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao seu acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, considerando o dever do Estado, no sentido de garantir a todos os cidadãos o direito à saúde, cria-se para esse cidadão um direito subjetivo que pode opor ao Estado. Nessa perspectiva, dispõe Germano Schwartz, ao responder de forma afirmativa que:

é possível, com base no disposto no art. 196 da CF/88, afirmar a existência de um direito público subjetivo oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação, independentemente de previsão em legislação ordinária, e, portanto, possível de reclamação pelo titular do direito via judicial e/ou administrativa.¹³²

Do mesmo modo, atribuiu Fernando Aith ao direito da saúde à caracterização de um direito subjetivo público ao dispor:

¹³¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, p. 11-25, 2003.

¹³² SCHWARTZ, 2001, p. 56.

também se configura em direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico.¹³³

Melhor caracterizando o direito à saúde como direito público subjetivo oponível ao Estado, relata Germano Schwartz que se dará sempre:

(1) que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto; (2) agregado ao requisito anterior, deve haver prova, também, no caso concreto, de que o tutelado não possui condições financeiras de arcar com as despesas sanitárias (medicamentos, consultas, exames, internações, novos tratamentos, etc.) referentes ao seu estado de saúde sem que haja comprometimento de seu sustento próprio e de sua família.¹³⁴

É mister também atribuir ao direito à saúde características positivas, como obrigação do Estado em agir na prestação de serviço na sua tutela e uma característica negativa, que é de abstenção do Estado, de não prejudicar o direito fundamental social de saúde do cidadão. Nessa perspectiva, dispõe Fernando Aith:

Assim, o Direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício de sua saúde ou que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado, como, por exemplo, não poluir o ambiente).¹³⁵

Considerando os condicionantes que podem ser aplicados aos direitos sociais, como a prestação pecuniária, em face da prévia existência de disponibilidade por parte do Erário, Germano Schwartz entende que, para o direito social de saúde, não se aplica a condicionante, uma vez que como expõe:

Ocorre que a saúde não possui tal dimensão, pois o objeto final do direito à saúde é a prestação sanitária, e não a pecuniária. Isto torna infundados os

¹³³ AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário- a proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 72.

¹³⁴ SCHWARTZ, 2001 p. 57.

¹³⁵ AITH, p. 72.

argumentos de que é necessária anterior dotação orçamentária em relação ao direito de saúde.¹³⁶

Ademais, reconhece o autor referido no parágrafo anterior, na mesma página, que o direito social como o da saúde tem uma dimensão objetiva que se traduz em imposições legiferantes mais ou menos concretas e determinadas, como por exemplo, definir o valor do salário mínimo ou prossecução de políticas dirigidas a objetivos sociais, como elaborar o Plano Nacional de Saúde. Outrossim, o direito à saúde tem uma dimensão subjetiva que se liga com a preservação e a qualidade de vida. Nesse sentido, entende Schwartz¹³⁷ que essa dimensão subjetiva dá ao cidadão o direito de uma imediata prestação efetiva que pode ser reclamada judicialmente pelo titular do direito. Quanto ao direito público subjetivo do cidadão, que caracteriza seu direito à saúde, máxime em sua dimensão subjetiva (preservação e qualidade de vida), dispõem os autores Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

O direito à saúde não pode se consubstanciar em vagas promessas e boas intenções constitucionais, garantindo por ações governamentais implantadas e implementadas oportunamente, mas não obrigatoriamente. O direito à saúde (artigos 6º e 196) é dever estatal que gera para o indivíduo direito subjetivo público, devendo o Estado colocar à sua disposição serviços que tenham por fim promover, proteger e recuperar a saúde.¹³⁸

Igualmente, nesse aspecto, entende Vicente de Paulo Barreto que haveria falácias teóricas sobre os direitos sociais, como o direito à saúde, sendo uma delas de que o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários, devendo esses direitos serem vistos sob outro paradigma, como relata:

A superação desse impasse no pensamento social contemporâneo somente poderá ser realizada se os direitos sociais forem considerados, tanto no que se refere a sua fundamentação, como na sua consagração constitucional, sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do direito e do estado. Para tanto, deve-se procurar estabelecer, assim como no caso dos direitos civis e políticos, uma fundamentação racional e ética, que possa justificar e legitimar o investimento público na proteção das dignidades

¹³⁶ SCHWARTZ, 2001, p. 73.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 74.

¹³⁸ SANTOS, Lenir: CARVALHO, Guido Ivan. **SUS- Sistema Único de Saúde- comentários à Lei Orgânica da Saúde- Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90**. 4.ed. Campinas: UNICAMP, 2006, p. 36.

humanas vulneráveis e fracas. Essa fundamentação no estado democrático de direito irá sedimentar-se através do procedimento democrático, implementado por indivíduos racionais, no exercício do discurso, público no espaço da cidadania participativa. Um projeto público baseado na preservação de direitos e liberdades proclamados no corpo do estado liberal de direito realiza-se, em última análise, somente no estado democrático de direito, que se caracteriza como um sistema político e jurídico, legitimado pela integração teórica e objetiva dos direitos humanos.¹³⁹

Todavia, em termos práticos, tendo em vista a complexidade dos fatos envolvidos, muitas vezes, encontra-se dificuldades na efetivação do direito à saúde. Considerando, contudo, a necessidade de garantir a plena eficácia do direito à saúde, é mister estabelecer critérios. Assim, amiúde, a prestação no âmbito da saúde é deferida considerando o caso concreto. Nesse aspecto, dispõe Ingo Wolfgang Sarlet:

A solução, portanto, está em busca, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo esse que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.¹⁴⁰

Assim, nesse aspecto, entende Germano Schwartz que o Estado deve “garantir ao público - alvo da CF/88 - em relação à saúde - a garantia da segurança da vida (tanto do indivíduo quanto da coletividade), quando estiver correndo riscos”. Do mesmo modo, ao propugnar pela saúde a todos, deve o Estado promover a justiça social, de sorte que “o abastado possui recursos suficientes para cuidar de sua saúde sem que seja necessária a ajuda estatal”.¹⁴¹ Também, o mesmo autor, ressalta, ao final, que a falta de vontade política avulta como fator de inefetividade do direito à saúde, sendo o direito subjetivo e fundamental do homem uma forma de

¹³⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 107-134, 2003.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, nº 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

¹⁴¹ SCHWARTZ, 2001, p. 83.

resguardo em face da inércia estatal frente ao bem maior que é a vida.¹⁴² Outrossim, na perspectiva da gestão compartilhada da saúde, em que a cidadania ativa tem relevância no controle social, verificamos a participação popular mediante provocação dos meios judiciais e administrativos, como ressalta Schwartz: “em caso de indevida não- ação estatal na prestação sanitária, fazendo com que se obedeça o caráter dirigente de nossa Constituição”¹⁴³, em consonância com o ideário do Estado Democrático de Direito.

2.1.1.2 O tratamento constitucional e normatização do Direito à Saúde no Brasil

Na Constituição do Império de 1824, não se normatizou ou se regulamentou o direito à saúde, considerando a contextualização histórica e política do século XIX. Praticamente, havia uma inexistência de hospitais e serviços sanitários, existindo uma ligação entre doenças e enfoque místico da realidade, uma vez que as mazelas eram vistas como desgraças das divindades. O Estado não tinha interferência nas questões sanitárias, sendo que, no plano internacional, o assunto ainda não estava regulamentado.

Com a primeira constituição republicana de 1891, igualmente o direito à saúde não era incluído no texto constitucional, sendo que, do mesmo modo, a legislação internacional também nada regulamentava. Como dispõe Wal Martins:

A Constituição de 1891 não dispôs expressamente sobre a saúde, apenas mencionou-a restritivamente, preceituando que: “a aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação (art. 175)”.¹⁴⁴

Todavia, com a Constituição de 1934, sob a égide um Estado Social que se inaugurava no Brasil, localizou-se algumas preocupações com o direito à saúde, conferindo inclusive competência concorrente à União e aos estados em relação à

¹⁴² *Ibidem*, p. 86.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 87.

¹⁴⁴ MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41.

saúde e sua responsabilização. Como relata Wal Martins: “No Brasil, a saúde surge como questão social durante o período cafeeiro, como consequência da necessidade de utilização do trabalho assalariado”.¹⁴⁵

Ainda quanto ao tratamento de questões de higiene social e adoção de medidas para restrição das doenças e mortalidade, dispõe o art. 138 da Carta de 1934:

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- b) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”.

Considerando que a Constituição de 1934 foi fruto do movimento de 1930, em que se criaram leis de proteção ao trabalhador, além do enquadramento de sindicatos pelo Estado e criação de órgãos como as Juntas de Conciliação e Julgamento, para arbitrar conflitos entre patrões e empregados, relata Wal Martins:

Nesse contexto, a Constituição de 1934, privilegiava a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esse o descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, ou de morte (artigo 121). Assim, a saúde, a partir da Constituição de 1934, passa à condição de direito subjetivo do trabalhador no âmbito do Seguro Social fomentado pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões.¹⁴⁶

A Constituição outorgada de 1937 não disciplinou expressamente sobre a saúde, sendo que o seu art. 16 apenas abarcava os riscos sociais, assistência médica ao trabalhador e à gestante, a velhice, a invalidez e os acidentes de trabalho, vinculação que se faz com o direito previdenciário. Do mesmo modo, a Constituição de 1946 não tem referência expressa sobre a saúde. Nela, contudo, como relata Wal Martins, a assistência sanitária estava ligada ao trabalhador, em sua vinculação previdenciária, mas, em prosseguimento dispõe o autor: “a partir daí

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴⁶ MARTINS, p. 42.

foram evidenciadas várias ações com o objetivo de ampliar a proteção à saúde, uma delas foi a criação do Ministério da Saúde em 1950”.¹⁴⁷

No entanto, a saúde passa a ser considerada como direito do cidadão e não apenas como mero fator de produtividade, com o advento da Constituição da República Italiana. Nesse prisma, dispõe Germano Schwartz:

Mas foi com a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 1948, da Constituição da República Italiana, que os fenômenos de saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais. A saúde já não é concebida apenas como fator de produtividade, mas com um direito do cidadão.¹⁴⁸

Assim, na Parte I - Direitos e Deveres do Cidadão, Título II - Relações Ético-Sociais, no seu art. 32, da Constituição Italiana de 1948, o direito à saúde tem tratamento como direito fundamental do homem, como segue:

Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

Outrossim, no plano normativo internacional, o direito à saúde foi expressamente reconhecido como direito humano, elemento de cidadania na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações-DUDH/ONU, de 1948¹⁴⁹, art. 25, ao relatar:

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁴⁸ SCHWARTZ, 2001, p. 45.

¹⁴⁹ Abordando o tema, relata Antônio Augusto Cançado Trindade: “Durante o processo de redação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, envidaram-se esforços no sentido de tornar o seu artigo 3, que proclama o direito à vida, mais preciso. Uma série de questões tornou-se objeto de debates no processo de redação das disposições correspondentes sobre o direito à vida de tratados de direitos humanos, mas foram as decisões e os pontos de vistas emitidos mais recentemente pelos órgãos de supervisão internacionais que têm gradualmente dado maior precisão ao direito à vida, tal como consagrado nos tratados de direitos humanos respectivos (cf. *supra*). Mesmo os que insistem em encarar o direito à vida estritamente como um direito civil (*civil right*) não podem deixar de admitir que, em última análise, sem um padrão de vida adequado (como reconhecido, e.g., nos artigos 11-12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, na linha do artigo 25 (1) da Declaração Universal de 1948) possivelmente o direito à vida não se poderia realizar em seu sentido pleno (e.g. em suas íntimas relações com o direito à saúde e assistência médica, o direito à alimentação, e o direito à habitação). Assim, tanto a Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 37/189-A, de 1982) quanto a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (resoluções 1982/7, de 1982, e 1983/43, de 1983) têm

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

Esse direito à saúde, reconhecido internacionalmente, foi explicitado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Cultura - PIDESC, de 1966, de sorte que expõe Mariana Filchiner Figueiredo, nesse contexto histórico: “Ainda que não estivesse positivado, o direito à saúde, certamente, poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental implícito”.¹⁵⁰

Quanto à Constituição de 1967, relata Wal Martins¹⁵¹ que a assistência à saúde era tratada da seguinte forma:

Artigo 8º. Compete à União:

[...] XVII - legislar sobre:

[...] c) normas gerais [...] seguro e previdência social, de defesa e proteção da saúde:

[...] Título II Da Ordem Econômica e Social

Art. 165. A Constituição assegura aos *trabalhadores* os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria da sua condição social.

[...] XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

[...] XVI - previdência social nos casos de *doença*, velhice, invalidez, morte, seguro - desemprego, seguro contra acidentes de trabalho e proteção da maternidade mediante contribuição da União, do empregador e do empregado. § 1º Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

Germano Schwartz entendeu que o disciplinamento pertinente ao direito à saúde da Constituição de 1967: ” inexistiu avanço algum no campo de proteção

inequivocamente tomado a posição firme de que *todos os indivíduos e todos os povos* têm um direito *inerente* à vida, e de que a salvaguarda deste *direito fundamental* constitui uma condição essencial para o gozo da totalidade dos direitos civis e públicos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais”(TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente- paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 74).

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, p. 84-85.

¹⁵¹ MARTINS, p. 45.

sanitária”.¹⁵² Na mesma página, o autor mencionado faz referência à Constituição de Portugal de 1976¹⁵³, que, no seu art. 64, melhor traduziu o direito à saúde, ao referir:

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e a promover.
2. O Direito à proteção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde: universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.
3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
 - a) garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) garantir uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país;
 - c) orientar a sua ação para a socialização da medicina e dos setores médico-medicamentosos;
 - d) disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas de medicina, articulando-as como serviço nacional à saúde;
 - e) disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”.

A Constituição cidadã de 1988 trouxe inovação substancial quanto ao direito à saúde no Brasil, colocando-o na categoria de direito fundamental social. Nesse sentido, dispõe Schwartz:

Em resgate histórico, constata-se que o direito à saúde tornou-se princípio constitucional no ordenamento brasileiro somente a partir da promulgação da Carta Magna de 1988. Todas as demais constituições brasileiras jamais explicitaram o posicionamento da saúde como direito de todos e dever do

¹⁵² SCHWARTZ, 2001, p. 46.

¹⁵³ Quando a esta Constituição de 1976, Canotilho ressalta a sua importância na consecução do Estado de direito democrático português. Nesses termos dispõe: “As considerações anteriores permitem também compreender o enunciado linguístico do art. 2º da Constituição da República Portuguesa de 1976- “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático”. Isso significa que o “Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático”. Há, assim, uma *democracia de Estado de direito* e um *Estado de direito de democracia*”.Igualmente, complementa o autor: “Em termos concretos - e tendo em conta a Constituição da República Portuguesa de 1976- a dimensão de Estado de direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de *princípios e regras* dispersos pelo texto constitucional. [...]. No seu conjunto, esses princípios e regras concretizam a idéia nuclear do Estado de direito- *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas* - garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança”. (CANOTILHO, 2000, p. 224). Verifica-se, assim, que, nesse contexto democrático, da Constituição Portuguesa de 1976, propiciou melhor a proteção de direitos fundamentais do indivíduo, como o direito à saúde.

Estado. Algumas como a de 1934, que pretensamente instituiu o Estado Social no Brasil, tangenciam o assunto, mas não chegam a admitir tal posicionamento de forma expressa.¹⁵⁴

Assim, com o art. 196 da CF/88, já referido neste trabalho, inaugurou-se a proteção constitucional da saúde no Brasil, sendo ela um dever do Estado e direito do cidadão. Esse dever do Estado se consubstancia na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que busquem a redução de riscos de doenças e outros agravos. Quanto às políticas sociais e econômicas protetoras da saúde individual e coletiva são, segundo os autores Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos:

as que atuam diretamente sobre os fatores determinantes e condicionantes da saúde, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.¹⁵⁵

Outrossim, é garantido, pelo art. 196, o acesso universal e igualitário que corresponde ao direito de todo cidadão, inclusive o estrangeiro residente no país, ser contemplado pelas ações e os serviços de proteção, defesa, promoção, prevenção, preservação e recuperação da saúde. Na promoção, estabelece, segundo Germano Schwartz, um vínculo entre a qualidade de vida e saúde, buscando promover a saúde: “entendendo-a não apenas como cura e a prevenção de doenças, mas também o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais”.¹⁵⁶ Na proteção, segundo o mesmo autor há: “ideia de uma atuação sanitária presente em um momento anterior ao da doença”.¹⁵⁷ E, por fim, a recuperação, segundo o mesmo autor, na mesma página, restabelecendo a saúde mediante: “um processo “curativo”, ou seja, atuando em um momento posterior ao da ocorrência da enfermidade”.

Quanto ao art. 197 do atual texto constitucional, relata que as ações e serviços da saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle [...]. No que

¹⁵⁴ SCHWARTZ, 2003, p. 115.

¹⁵⁵ CARVALHO; SANTOS, p. 32.

¹⁵⁶ SCHWARTZ, 2001, p. 98.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 99

concerne à expressão relevância pública nesse dispositivo, dispõe Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos:

Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação [...].¹⁵⁸

Com relação à vinculação do Poder Público referida no parágrafo anterior, é importante considerar aqui a competência, insculpida em nosso texto constitucional, para legislar e tratar da saúde. Assim, pelo art. 24, incisos VI, VIII e XII da CF/88, a União legisla, estabelecendo normas gerais, pertinentes à defesa da saúde, sua proteção e também do meio ambiente, enquanto que os Estados podem suplementar a legislação federal, sem contrariá-la- art. 24, §§ 1º e 2º e 30, inciso II, da CF/88. Os Municípios, por seu turno, legislam no interesse local, podendo suplementar a legislação federal e estadual quanto à saúde- art. 30, inciso I, do texto constitucional.

Outrossim, há a competência *concorrente* quanto à atividade legislativa sanitária, nos termos do art. 24, inciso XII, da CF/88, com exceção da competência exclusiva da União- art. 21, inciso XXIV e 22, inciso XXIII, da CF/88, tendo que a responsabilidade pela cuidado quanto à saúde é de competência comum dos membros da federação- art. 23, inciso II, da CF/88.

O art. 198 da CF/88 dispõe, em seu *caput*, que os serviços da saúde, classificados como serviços públicos, são referidos como serviços integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS) que adiante será estudado. O inciso I desse dispositivo trata da descentralização pertinente à responsabilidade das ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, de sorte, como expõe Wal Martins: “a partir da ideia de quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto”¹⁵⁹, de modo, como prossegue o autor, deve haver uma redefinição das atribuições dos vários níveis de governo. Cabe ressaltar, nesse aspecto, que a descentralização

¹⁵⁸ CARVALHO; SANTOS, p. 263.

¹⁵⁹ MARTINS, p. 55.

constitui diretriz- pilar do Sistema Único de Saúde, coadunando-se com a democracia sanitária, em que há o relevo da participação da comunidade, muitas vezes, na própria execução das políticas públicas, na perspectiva da gestão compartilhada da saúde.

Pelo art. 199, *caput*, do atual texto constitucional, faculta-se a assistência sanitária à iniciativa privada, de modo como dispõe Wal Martins: “sendo autorizadas a exercer esse direito as pessoas jurídicas de direito privado que operam em plano ou seguros privados de assistência à saúde”.¹⁶⁰

Incorporou a Constituição Federal de 1988, ainda que parcialmente, as propostas que foram consignadas no movimento pertinente à Reforma Sanitária brasileira, de sorte que foi criado o Sistema Único de Saúde, regulamentado pelas leis nº 8.080, de 19.09.1990 e nº 8.142, de 28.12.1990 (dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde).

O SUS representa, pois, uma instituição jurídica que, criada pela Constituição Federal, organiza as ações e serviços públicos de saúde no Brasil. Quanto à criação do SUS e seu objetivo, relata Wal Martins:

O SUS foi criado como função de mecanismo de promoção de equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidades, independentemente do poder aquisitivo do indivíduo. Tem por objetivo promover a saúde, priorizando as ações preventivas e democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e riscos à saúde.¹⁶¹

Do mesmo modo, considerando a forma como se organiza o SUS, expõe Fernando Aith:

O SUS organiza-se como um conjunto individualizado (o Sistema), dotado de uma organização interna que se equilibra com o Direito positivo (foi criado pela Constituição e possui diversos órgãos colegiados de deliberação, como as Comissões Intergestoras) e representa uma situação jurídica permanente (sua origem constitucional lhe dá a permanência necessária para as instituições jurídicas). Formado pela rede de ações e serviços públicos de saúde prestados no país, como um sistema que é, o SUS reúne em si todas as instituições jurídicas que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil.¹⁶²

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶¹ MARTINS, p. 68-69.

¹⁶² AITH, p. 341.

Os objetivos do SUS estão referidos na Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, de sorte que o art. 196 da CF/88 define que o Sistema Único de Saúde busca reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, além de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Quanto a Lei nº 8.080/90 traça objetivos mais específicos para o SUS, consoante dispõe o seu art. 5º.

Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, ao tratarem dos objetivos fundamentais do SUS, enunciam de forma esquemática:

- 1) identificar os fatores condicionantes e determinantes da saúde e, em consequência, formular a política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução dos riscos de doenças e outros agravos ao bem-estar físico, mental e social dos indivíduo e da coletividade;
- 2) prestar assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as medidas assistências com as preventivas.¹⁶³

Os autores do parágrafo anterior ressaltam a importância do inciso II desse art. 5º, no reconhecimento de que se identifica o *estado de saúde*, expresso na qualidade de vida, que está a exigir condições econômicas e sociais favoráveis, na busca do bem-estar do indivíduo e da coletividade, em que os dirigentes do SUS podem atuar na formulação das políticas de saúde visando aquele intuito. Quanto à integração das ações assistenciais e atividades preventivas, os autores referidos entendem que “deve ser uma orientação no SUS de não separar as duas modalidades de proteção à saúde”.¹⁶⁴

Fernando Aith lembra ainda que, ao definir os objetivos do SUS, a Lei nº 8.080/90 dispõe que: “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e sociedade”¹⁶⁵, significando que, conquanto o Estado seja obrigado a tomar todas medidas protetivas ao direito à saúde da população, as pessoas, igualmente, possuem responsabilidade sobre a sua própria saúde e sobre a sua saúde de seu ambiente de vida de sua família e de seus colegas de trabalho.

¹⁶³ CARVALHO; SANTOS, p. 57.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹⁶⁵ AITH, p. 353.

Quanto às atribuições do SUS, consignadas no art. 200 da CF/88 e desdobradas no art. 6º da Lei nº 8.080/90, dispõe o dispositivo constitucional que tratam das competências do SUS que são: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; participar da formulação de política e das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No tocante aos princípios que orientam o SUS, para auxiliar o administrador público na organização e execução das ações e serviços públicos de saúde, representam, segundo Fernando Aith: “linhas mestras que deveriam ser seguidas para que o SUS se concretizasse de maneira condizente com a dignidade da pessoa humana e com o pleno respeito aos Direitos Humanos”.¹⁶⁶ Quanto às diretrizes do SUS, deve-se levar em conta, como relata Fernando Aith que, uma vez estabelecidos os princípios que organizam o SUS, “a Constituição aponta os caminhos (diretrizes) que devem ser seguidos para que se alcance os objetivos nela previstos”¹⁶⁷, pois, como conclui o autor, se os princípios são os alicerces do Sistema, as diretrizes são os contornos.

O art. 7º da Lei Orgânica do SUS dispõe que ações e serviços públicos na área da saúde serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes do art. 198 da Constituição Federal, obedecendo princípios dispostos nos incisos I a XIII. O primeiro princípio da universalidade de acesso tem definição no já exposto art. 196 da CF/88, de sorte que esse acesso fica garantido independentemente de qualquer requisito (como contribuição para o sistema de previdência e assistência social). As ações e serviços do SUS são segundo Fernando Aith: “acessíveis a todos os que

¹⁶⁶ AITH, p. 354.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 354.

deles necessitem e devem ser fornecidas de forma igual e equitativa”.¹⁶⁸ Quanto à diretriz prevista, com base no art. 198, inciso II da CF/88, referente à integralidade do sistema significa, segundo dispõe o inciso II do art. 7º da Lei nº 8.080/90: “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. Na posição de Germano Schwartz, tem-se que as ações e serviços de saúde (promoção, proteção ou recuperação) são “uma realidade una, e, portanto, inseparável, constituindo-se em um todo que atua de modo harmonioso e contínuo”.¹⁶⁹

O princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral liga-se aos princípios da personalidade, da individualidade, representa, segundo Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos: “o poder de autodeterminação do indivíduo, correspondendo ao poder público o dever de respeitar os sentimentos, o temperamento e modo de pensar”¹⁷⁰, em face do indivíduo concernente às alternativas de assistência médica à disposição, desde que não cause dano ao paciente e à comunidade. No tocante ao princípio da igualdade da assistência à saúde, veda-se a distinção das pessoas quanto ao fornecimento de serviços públicos, de modo que a assistência deve ser fornecida sem qualquer privilégio, preconceito.

O princípio do direito à informação às pessoas assistidas já encontra disciplinamento na CF no seu art. 5º inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação [...] e inciso XXXIII- “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral [...], sendo, como dispõe Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, ao lado desse direito, temos o segredo profissional que é o “direito do paciente à privacidade e confidencialidade de dados médicos”¹⁷¹, de modo que só possam ser acessados pelos profissionais da saúde para atendimento profissional, sendo que somente o paciente, ou seu representante legal, podem fazer uso dos dados constantes em seu prontuário médico. O direito à divulgação das informações sobre o potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário, segundo Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos é corolário do direito à assistência integral à saúde, de modo que o indivíduo saiba a

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 354.

¹⁶⁹ SCHWARTZ, 2001, p. 108.

¹⁷⁰ CARVALHO; SANTOS, p. 72.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 78.

“quem recorrer em caso de necessidade e como utilizar-se dos serviços de saúde postos à disposição da população”.¹⁷²

No tocante ao princípio da utilização de epidemiologia para o estabelecimento de prioridade, a alocação de recursos e orientação programática corresponde à vigilância epidemiológica (art. 6º § 2º da Lei nº 8.080/90) – ação condicionante para saúde individual e coletiva. Para a diretriz, consoante o inciso III do art. 198 da CF/88, há o disciplinamento quanto à participação da comunidade que, segundo Wal Martins, é expresso no inciso III do art. 198 da CF/88 e “privilegia a solidariedade e à comunidade - é dada a possibilidade de participar na promoção da saúde”.¹⁷³

Com relação à diretriz prevista no art. 198, inciso I, da CF/88, retrata a descentralização político-administrativa, tratando sobre os itens ênfase ou descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde¹⁷⁴, expõe quanto à descentralização política das ações e dos serviços de saúde, na fixação de repartição de competências entre as entidades estatais, de modo que a execução desses serviços e ações, segundo Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, antes feita por força de convênios, passou a constituir dever de cada esfera de governo, “possuindo tais esferas, portanto, os poderes e instrumentos correspondentes, derivados do texto constitucional e infraconstitucional”.¹⁷⁵ Assim, segundo os autores, a descentralização coloca o responsável pela ação perto do fato. Do mesmo modo, conforme os autores referidos, a regionalização e hierarquização da rede pública, também com assento constitucional (art. 198), são pressupostos da descentralização de serviços; sendo conceitos e formas organizativas do Sistema Único de Saúde que se imbricam para: “operá-lo com racionalidade de meios e fins e, nesse sentido, instrumentalizam o processo de planejamento das ações e serviços de saúde”.¹⁷⁶

Quanto ao princípio da integração, em nível executivo, trata das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico, devendo, assim, haver a harmonização entre políticas da saúde, meio ambiente e saneamento básico. Para o décimo primeiro princípio, temos a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

¹⁷² *Ibidem*, p. 79.

¹⁷³ MARTINS, p. 72-73.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹⁷⁵ CARVALHO; SANTOS, p. 81.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 82.

Municípios na prestação de serviços de assistência de saúde da população, estando ligado ao princípio da unidade do sistema SUS, de modo como dispõe Wal Martins, antes da Constituição Federal de 1988, as ações e serviços eram implementados por um grande número de órgãos, mas atualmente: “esta realidade foi modificada, porém todos os entes de federação são responsáveis pelo funcionamento eficiente do sistema”.¹⁷⁷

No que concerne ao princípio da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência, vincula-se à resolutividade, significando a qualidade de resolutivo, que resolve, de modo como expõe Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, uma ação ou serviço de saúde resolutivo: “é aquele que resolve o problema trazido ou apresentado pelo paciente”¹⁷⁸, seja através de aplicação de um medicamento resolutivo ou mediante a prescrição terapêutica que vai resolver, de forma gradual, o problema, ou mesmo ainda mediante a indicação de cirurgia, o uso de órtese e a alteração do estilo de vida. Por fim, quanto ao último princípio, trata-se da organização dos serviços públicos, evitando a duplicidade de meios para fins idênticos, ligando-se à ideia de economicidade na organização e administração geral, seja pública ou privada, evitando, como expõe os autores Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos: “o gasto injustificado de recursos, a oneração do custo de uma atividade, de um programa ou de um empreendimento”.¹⁷⁹

Quanto à direção nacional do Sistema Único de Saúde, há previsão de suas competência no art. 16 da Lei nº 8.080/90, cabendo destacar o dever de participar na formulação e na implementação de políticas públicas de saúde (inciso II), além de promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (inciso XV). No caso da direção estadual do SUS, há referência no art. 17 da Lei nº 8.080/90, em que avulta a competência de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde (inciso I). Por seu turno, a direção municipal do SUS tem registro no art. 18 da Lei nº 8.080/90, sendo realizada por intermédio da Secretaria Municipal de Saúde ou órgão equivalente (podendo o gestor responsável ser o Prefeito Municipal e o Secretário Municipal da Saúde- ou diretor de órgão equivalente), em que se destaca a competência de participar do

¹⁷⁷ MARTINS, p. 71.

¹⁷⁸ CARVALHO; SANTOS, p. 84.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 84.

planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com a direção estadual (inciso II), além de formar consórcios administrativos intermunicipais (inciso VII).

No tocante ao financiamento das ações e serviços de saúde, deve ser observado o disposto no art. 195 que relata que os recursos se originam do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, considerando, igualmente, o referido nos arts. 31 (orçamento da seguridade social) e 32 (outras fontes de recursos) da Lei nº 8.080/90. Quanto à gestão financeira, os recursos financeiros do SUS serão depositados em conta especial em cada esfera de sua atuação, sendo movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde, consoante dispõe o art. 33 da Lei nº 8.080/90.

Os recursos do Fundo Nacional de Saúde serão alocados, segundo dispõe o art. 2º da Lei nº 8.142/90, destacando-se a cobertura que esses recursos devem dar para as ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal (inciso IV), devendo esses recursos, em conformidade com o art. 3º dessa lei, serem repassados, de forma regular e automática, para os Municípios, Estados e Distrito Federal, consoante os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080/90 (combinação de critérios, segundo análise técnica de programas e projetos). Ressalta-se, como dispõe Schwartz¹⁸⁰, que esse Fundo Municipal de Saúde (art. 33 da Lei nº 8.080/90) deve ser criado, em obediência à legislação vigente, composta pelos artigos 167, IX, da CF/88, 33 e 34 da Lei nº 8.080/90, 1º, § 2º, 2º e 4º da Lei nº 8.142/90; 71, 72, 73 e 74 da Lei nº 4.320/64, além de Norma Operacional Básica do SUS e a Lei Orgânica do Município.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 29, de 13.09.2000, foram acrescentados ao art. 198 da CF/88, os parágrafos expostos a seguir, sendo que houve a numeração do parágrafo único, anteriormente existente como parágrafo primeiro. Esses parágrafos acrescentados tratam basicamente de recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde, sob pena de sanções em caso de descumprimento- em especial, àquelas previstas pela Lei Complementar nº 101/2000 - Lei da Responsabilidade Fiscal e Lei nº 10.028/00, sendo a seguir apresentados:

¹⁸⁰ SCHWARTZ, 2001, p. 111.

§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I- no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II- no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III- no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º;

§ 3º Lei complementar, que era reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I- os percentuais de que trata o § 2º;

II- os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III- as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV- as normas de cálculo do montante a ser aplicada pela União”.

2.1.2 O TCU e auditoria de diagnóstico da saúde pública no Brasil

O Tribunal de Contas da União, em diagnóstico da saúde pública no Brasil, realizou trabalho significativo de Auditoria, consubstanciada em sua Decisão nº 635/1999-Plenário¹⁸¹, pertinente ao Programa de Ação na Área da Saúde, com a metodologia aprovada pelo Colegiado da Corte de Contas, mediante a Decisão nº 476/1998-Plenário¹⁸², abrangendo órgãos federais, estaduais e municipais gestores do SUS, unidades hospitalares e órgãos formuladores de políticas para o setor, com abrangência de áreas de assistência ambulatorial e hospitalar, vigilância epidemiológica, medicamentos e combate a doenças, vigilância sanitária, saneamento, programas especiais de saúde, infraestrutura do SUS, controle e fiscalização; financiamento do SUS e formulação e implementação de políticas, identificação de inúmeras disfunções nas áreas fiscalizadas.

¹⁸¹ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.640/1997-0. Decisão nº 635/1999 - Plenário. Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, DF, 15 de setembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 28 set. 1999.

¹⁸² BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.640/1997-0. Decisão nº 476/1998- Plenário. Relatório de Planejamento de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 29 de julho de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 10 ago. 1998.

Em Voto do Ministro-Relator, ressalta-se que foi realizado um amplo diagnóstico de área da saúde no Brasil, trazendo algumas conclusões em sua apreciação. Assim, entre outras constatações feitas, e que sejam pertinentes ao presente trabalho, apontou-se, quanto à descentralização, no tocante a considerações feitas à época, como, mesmo transcorridos 10 anos de implementação das Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, a descentralização das ações e serviços na saúde encontravam-se ainda incipientes, considerando motivações para tanto as situações distintas dos milhares de municípios brasileiros, com diferentes graus de desenvolvimento, em termos econômicos e políticos e, especial, na saúde, a maior ou menor participação da comunidade no processo decisório, de sorte inexistir adoção de medidas incisivas para implementação de um processo descentralizador eficaz. Alude-se também os inúmeros procedimentos burocráticos necessários para a completa efetivação da descentralização. Acresce que a descentralização, nos moldes previstos pela Lei nº 8.080/90, não é de fácil implementação, considerando, máxime, a cultura centralizadora predominante até o advento da Constituição que permaneceu com força até 1993, quando, enfim, o INAMPS foi extinto. Há também falta de preparo técnico e gerencial das instâncias locais, sendo muitos municípios não tinham sequer a figura do Secretário Municipal da Saúde, situação hoje revertida.

No tocante à distribuição de recursos, há o entendimento de que deve ser feito imediato levantamento da real situação sócio-econômica dos Municípios nos Estados, como previsto na Lei nº 8.080/90, de modo que os repasses sejam feitos com justiça, sendo uma questão crucial no âmbito do Sistema Único de Saúde, já que qualquer programa, projeto ou atividade a ser implementando pelo Governo Federal poderá ter sua eficácia comprometida em face da inobservância de critérios previstos legalmente para a quantificação dos valores a serem repassados.

Com relação à participação das entidades privadas no SUS- art. 199, § 1º, da CF/88, e reembolso dos serviços prestados aos beneficiários dos planos de saúde, faz-se realce à questão de há grande possibilidade de existir gastos indevidos no setor, uma vez que foi constatado que 56% dos municípios e 67% dos estados não verificam a capacidade instalada dos prestadores de serviços, sendo que o TCU e o Controle Interno, em várias oportunidades, verificaram a existência de lançamentos de produção ambulatorial ou hospitalar fictícia nos boletins de medição, reforçando o

entendimento o fato de que a atuação dos órgãos locais e nacionais de controle naquelas unidades era extremamente ineficiente.

No que concerne à terceirização da prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares, há a referência de que um dos problemas mais graves é a possibilidade da unidade terceirizada ser um instrumento de exclusão, ferindo o princípio da equidade, possibilitando a existência de dois tipos de atendimento para os que o pagam, diretamente ou por meio de plano de saúde, e para os clientes do SUS, já que, sem a regulamentação adequada, a tendência é de os usuários pagantes sejam privilegiados em relação aos usuários do setor público, de sorte que deve ser emitido normativos pelo SUS, pelas três esferas de direção do sistema, no âmbito de suas ocorrências para coibir essa prática.

Com relação ao Cadastro Nacional de Prestadores de Serviços públicos e privados - leitos cadastrados, dispõe que foi observado que a distribuição de leitos por unidade da federação e por especialidade não é equânime, constatando-se falta de leitos em inúmeros municípios e/ou estados, em que pese a base de dados ser o Cadastro Nacional, corroborando a constatação do fato da mídia ter destacado inúmeros casos de pacientes não atendidos ou atendidos de forma extremamente precária por falta de leitos em algumas unidades hospitalares, o que foi verificado pela Equipe de Auditoria.

No tocante ao dimensionamento e acompanhamento do gasto social, registra-se que, em que pese a responsabilidade da União, prevista no art. 16 da Lei nº 8.212/91, pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando oriundas do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, por meio do Orçamento Fiscal, o que se conclui é que se tem optado pela redução das transferências à saúde, provenientes do Orçamento da Seguridade Social. No entendimento do Relator, essa situação reforça a necessidade de ser fixada, em nível constitucional, preferencialmente, ou legal, a vinculação de recursos na área da saúde, da mesma forma que ocorre na Educação, considerando a sua relevância para a população o fato de que as experiências orçamentárias desta década se mostraram inadequadas, já que, além de todas as deficiências relatadas, permitem que eventuais oscilações no ambiente econômico ou político interfiram no provimento do recursos, gerando, às vezes, o contingenciamento de verbas, destinadas às ações e serviços de saúde.

Outrossim, alerta o Relator para a gravidade, em face da inexistência, no âmbito do Ministério de Saúde, de estudos sobre se o volume de recursos seriam suficientes ou sequer estimativa de investimentos mínimos necessários para dotar a população de uma infraestrutura ambulatorial que atenda ao menos as necessidades de atenção básica, em termos de planejamento setorial macro.

No tocante ao atendimento ambulatorial e hospitalar, foram constatadas inúmeras disfunções como filas para marcação de consultas, exames e cirurgias; longa espera pelo atendimento; escassez de médicos; consultas-relâmpago; a cobrança “por fora”, às vezes até institucionalizada em alguns municípios; instalações médico-hospitalares em estado precário de conservação, dentre outras. Acresce, ao final, a disfunção constatada pela Equipe de Auditoria de excesso de exames e internações desnecessárias ou evitáveis, gerando desperdício de recursos no sistema de saúde. Entende o Relator que o Ministério da Saúde, quando da constatação de procedimentos adotados por alguns Estados ou Municípios que possam servir de modelo para os demais entes da federação (como o caso do atendimento informatizado), levando em conta os resultados produzidos em qualquer área, deveria adotar providências no sentido de propagá-lo.

Assim, foi encaminhado o resultado dos trabalhos desenvolvidos pela Equipe de Auditoria do Tribunal de Contas ao Ministro da Saúde, às Secretarias de Saúde Estaduais e aos Conselhos Nacional e Estadual de Saúde, aos Governadores de Estado e aos Prefeitos das Capitais, informando, ainda, às autoridades referidas que, para efeito de racionalização e maior aproveitamento dos trabalhos específicos realizados pelo Tribunal, as determinações e recomendações, dentro do procedimento dialógico da Corte de Contas, serão efetivados oportunamente, por ocasião dos processos autônomos elaborados pelos órgãos técnicos do Tribunal, situados em todas as Unidades da Federação. Igualmente, foi encaminhada cópia do trabalho desenvolvido pela Equipe de Auditoria aos Presidentes da Câmara de Deputados e do Senado Federal, da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, das Comissões de Seguridade Social e Família e de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara de Deputados e das Comissões de Assuntos Sociais e de Fiscalização e Controle do Senado Federal e aos integrantes da Frente Parlamentar da Saúde no Congresso Nacional, para conhecimento, por ser o Parlamento, em última instância, o fórum adequado

para conduzir uma ampla discussão nacional, objetivando a definição de medidas capazes de eliminar as disfunções existentes na área de saúde no Brasil.

2.1.3 A Gestão Compartilhada da Saúde- definição e pressupostos, esfera pública e busca da efetivação do Direito à Saúde

2.1.3.1 A esfera pública no Direito à Saúde - concepção de Habermas sobre a esfera pública

Considerando a necessidade de construção de um espaço público sanitário no Brasil, dentro do enfoque da gestão compartilhada da saúde, em que o controle social, e a participação da sociedade tenham relevância, necessário é conceber a mudança da estrutura da esfera pública no Brasil, dentro da perspectiva dos ensinamento de Jürgen Habermas.

Na concepção de Habermas, o mundo da vida sofre uma divisão entre a esfera pública e esfera política que se inter-relacionam. O esfera pública, dentro da teoria habermasiana, é o espaço de debate público em que comunicam os diversos atores da sociedade. Como dispõe Liszt Vieira, ao tratar da esfera pública, segundo Habermas: “A esfera pública é o local de disputa entre os princípios divergentes da organização da sociabilidade”.¹⁸³

Nesse prisma, dispõe Jürgen Habermas, o seu conceito de esfera pública:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo tipo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade, porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença de uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear os seus limites internos, exteriormente ela se

¹⁸³ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania- a sociedade civil na globalização**. São Paulo: Record, 2001, p. 63.

caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita com uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tornado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural, ela está em sintonia com a *compreensibilidade* da prática comunicativa cotidiana.¹⁸⁴

Assim, como dispõe Liszt Vieira sobre a esfera pública habermasiana, no sentido de que se trata de um “espaço público autônomo, apresentando uma dupla dimensão”¹⁸⁵, pois, segundo o autor, de um lado, desenvolvem processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva, mas de outro, está ligado ao um projeto de práxis democrática radical, em que a sociedade civil representa uma instância deliberativa legitimadora do poder político (cidadãos exercem seus direitos subjetivos públicos). Nesse aspecto, dispõe Germano Schwartz, que a idéia dialógica da ação comunicativa: “verifica que a ação social interage com os movimentos políticos de defesa da sociedade contra a invasão de subsistemas nas formas comunicativas de ação”.¹⁸⁶

Contudo, o mundo da vida é perpassado tanto pelo público, como pelo privado. Assim, nesse sentido, o público seria o Estado e o privado a economia. Desse modo, considerando, com relata Liszt Vieira, o conflito entre o Estado e mercado, de um lado, e as estrutura interativas do mundo da vida de outro, leva este último a se organizar em movimentos sociais que fundam a democracia que, para Habermas. “é a institucionalização no sistema político das sociedades modernas dos princípios normativos da racionalidade comunicativa”.¹⁸⁷ Nesse aspecto, dispõe Habermas que a esfera pública constitui máxime uma “*estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento”¹⁸⁸, que tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo.

Esse agir comunicativo, conforme Habermas, deve ser visto sob o aspecto de entendimento mútuo, enquanto mecanismo de coordenação de ações, de modo que dispõe o autor que o conceito de agir comunicativo deve ser elaborado de

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia- entre facticidade e validade- II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

¹⁸⁵ VIEIRA, 2001, p. 63-64.

¹⁸⁶ SCHWARTZ, 2003, p. 132.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 63.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 92.

maneira tal que o entendimento mútuo que liga os planos de ação dos diferentes participantes, objetivando uma conexão interativa, não precisam ser reduzidos ao um agir teleológico, uma vez que: “Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de seu proferimento”.¹⁸⁹ Contudo, esse acordo, como ressalta Habermas, não pode ser imposto à outra parte, assentando-se sempre em convicções mútuas.

A diferenciação entre esfera pública e privada não era conhecida até a Idade Média, sendo que o público era o Estado que se tornava absoluto, personificando o soberano e privado era o que se excluía, estando fora do Estado. Nesse sentido, quanto à esfera privada, dispõe Raquel Raichelis: A esfera privada começa a destacar-se como esfera distinta e privatização do processo de reprodução social desenvolve-se no interior da constituição do mercado”.¹⁹⁰ De sorte que é essa esfera privada que adquiriu relevância pública.

Dentro desse contexto, dispõe Habermas¹⁹¹, ao abordar as estruturas sociais da esfera pública, quanto à existência de uma linha divisória entre Estado e sociedade, separando esfera pública do setor privado, sendo que o setor público limita-se ao poder público em que se inclui a corte e o setor privado também está abrangendo a “esfera pública” propriamente dita, constituindo uma esfera pública de pessoas privadas. Nesse enfoque, dentro do setor restrito a pessoas privadas, é que se distingue entre esfera privada e esfera pública, de sorte que a “esfera privada compreende a sociedade civil burguesa no sentido mais restrito, portanto o setor da troca de mercadorias e do trabalho social: a família, com sua esfera íntima, está aí inserida”.¹⁹²

Todavia, ao definir a sociedade civil, dentro do contexto hodierno, não coincide com a significação dada pela sociedade burguesa, da tradição liberal, que a ligava ao trabalho social e ao comércio de mercadorias numa economia de mercado. Assim, Habermas dispõe que, na sua versão atual, a sociedade civil guarda um núcleo institucional, sendo formada por “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

¹⁹⁰ RAICHELIS, Raquel. **Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social- caminhos da construção democrática**. 3.ed. Cortez, 2005, p. 50.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública - investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 2003, p. 45-46.

¹⁹² *Ibidem*, p. 46.

esfera nos componentes sociais do mundo da vida”.¹⁹³. Desse modo, na concepção habermasiana, a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam e, após, transmitem para a esfera pública política.

Dentro dessa enfoque, é mister considerar a perspectiva em que envolve a definição do mundo da vida, na reconstrução das condições de integração social, em que o agir comunicativo é fundamental. Nesse passo, em sua obra *Teoría de la acción comunicativa II*, Habermas caracteriza o mundo da vida:

El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental en que hablante y oyente se salen al encuentro: en que pueden plantearse recíprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que pueden criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus dissentimientos y llegar a un acuerdo.¹⁹⁴

Nesse sentido, em que pese o mundo da vida ser o lugar em que se busca o acordo, como dispõe Habermas, no agir comunicativo pode haver o risco do dissenso, consoante explana o autor: “No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso”.¹⁹⁵. Ademais, todo dissenso acarreta custos significativos para a coordenação da ação, de modo que o autor complementa: “A motivação racional para o acordo, que se apoia sob o “poder de dizer não”, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* das expectativas de comportamento”, contudo, na mesma página relata: “o alto risco do dissenso, alimentando a cada passo através de experiências, por conseguinte, mediante contingências repletas de surpresas: “tornaria a integração social, através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível”.¹⁹⁶ Assim, o agir comunicativo vem em contraposição, dentro do contexto do mundo da vida, dando condições para a reconstrução da integração social mediante o consenso. Desse modo, a possibilidade de estabilização liga-se com a ação

¹⁹³ HABERMAS, 2003. II, p. 99.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, II - crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 2001, p. 179.

¹⁹⁵ HABERAMAS, Jürgen. **Direito e Democracia- entre facticidade e validade, I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler,. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 40.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 40.

comunicativa que se torna possível dentro de uma ética discursiva, na concepção habermasiana.

Nessa perspectiva do destaque para um modelo discursivo faz com que o espaço público, como dispõe Liszt Vieira se torne: “uma arena de discurso, autônoma em relação ao sistema político, como um local em que se realiza a interação intersubjetiva de cidadãos conscientes, solidários e participativos”.¹⁹⁷

Assim, nesse contexto em que prepondera a ética discursiva liga-se com o agir da sociedade, em especial em movimentos sociais, com dispõe Germano Schwartz de “se organizar de forma a institucionalizar ideais e instituições democráticas tendentes a operacionalizar uma racionalidade comunicativa”.¹⁹⁸ Nesse sentido, dispõe Daniel Soczek, quando ressalta que a razão comunicativa é fundamental para o estabelecimento e formalização da democracia em termos institucionais, considerando que o conceito da ação comunicativa está contido na perspectiva de uma racionalidade comunicativa. Dessarte, conclui o autor que: “A racionalidade comunicativa caracteriza-se por ser fundada na linguagem e se expressaria na busca do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo”.¹⁹⁹

Lucia Maria de Carvalho Aragão ao tratar da racionalidade comunicativa habermasiana, considerada mais abrangente que aquela apresentada no aspecto cognitivo- instrumental, dispõe:

Isto faz com que o conceito de racionalidade, antes apenas restrito ao aspecto cognitivo-instrumental das realizações humanas possa ser ampliado para dar conta de outras formas de expressões do sujeito falante e agente, que não são orientadas meramente para a verdade ou a eficácia, tais como: as ações normativamente reguladas e as expressões valorativas, tidas como não passíveis de qualquer avaliação objetiva. Assim, o contraste entre uma forma de racionalidade cognitivo-instrumental e uma forma de racionalidade “comunicativa”, denominação dada por Habermas, a esta forma de racionalidade mais abrangente.²⁰⁰

Assim, tem-se o contraponto habermasiano com a forma de pensar a racionalidade do ponto de vista “negativo”, na concepção de Weber e Escola de Frankfurt, uma vez, como ressalta Soczek, “Esta visão negativa entra em crise porque

¹⁹⁷ VIEIRA 2001, p. 64.

¹⁹⁸ SCHWARTZ, 2003, p. 133.

¹⁹⁹ SOCZEK, Daniel. **ONGs e Democracia- metamorfoses de um paradigma em construção**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 77.

²⁰⁰ ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, p. 33.

não encontra uma alternativa propositiva que possibilite avaliar a complexidade da contemporaneidade”.²⁰¹ Desse modo, na proposição Habermas, em consonância com a complexidade própria da modernidade, orienta-se para a comunicabilidade, para o diálogo, o consenso, buscando o entendimento mediante um uso da linguagem. Assim sendo, ressalta Soczek: “Reabilita-se, por consequência, o caráter emancipatório da ação na esfera pública”.²⁰²

Nesse diapasão, segundo Liszt Vieira, há a reconstrução do espaço público, que se dá, segundo dispõe Habermas: “numa perspectiva emancipatória, contemplando procedimentos racionais, discursivos, participativos e pluralistas que permitem aos atores da sociedade civil um consenso comunicativo e uma autorregulação”.²⁰³ . Assim, há autonomia do espaço público participativo, com revalorização da comunidade, da solidariedade na atuação da sociedade civil. Desse modo, a esfera pública legitima a democracia, sendo instância de decisões coletivas. Assim sendo, dispõe Soczek: “A viabilização de uma vivência democrática em sociedade está, pois, circunscrita à idéia de espaço público”²⁰⁴, sendo esse, segundo o autor, o *locus* procedimental, dentro do paradigma racional moderno, para construção dialógica de consensos.

Dentro dessa perspectiva democrática que envolve a esfera pública, Germano Schwartz ressalta que, em qualquer setor da sociedade, incluindo a questão sanitária, objeto deste trabalho: “é o palco que há o debate e o embate de ideologias contraditórias, um lugar em que se colocam em choque os princípios que divergem em relação à organização e à sociabilidade”²⁰⁵, concorrendo para a legitimação dos movimentos sociais em busca de seus interesses, de sorte a se formar uma identidade única e coletiva na defesa de seus direitos.

Ademais, nesse contexto, considera-se que a produção democrática do Direito, como instrumento de integração social minora os riscos de dissenso, como alerta Marcelo Andrade Cattoni Oliveira:

²⁰¹ SOCZEK, p. 75.

²⁰² *Ibidem*, p. 75.

²⁰³ VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser Pereira; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não-estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 213-256, 1999.

²⁰⁴ SOCZEK, Op.cit., p. 89.

²⁰⁵ SCHWARTZ, 2003, p. 133.

Assim, o Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderá controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento e, a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas (sujeitos privados), fossem os seus autores (cidadãos) sobre o pano de fundo de uma crescente distinção e autonomização da antiga esfera normativa ontologizada em um certo processo de diferenciação social. Habermas, pois, pretende que sua Teoria do Discurso seja capaz de reconstruir histórica, sociológica e teoreticamente como tal emergência da legitimidade através da legalidade teria tornado-se possível na modernidade, de modo, inclusive, a apresentar o que seria uma justificação moderna das organizações político-jurídicas, desloca-se, assim, o velho problema metafísico acerca do fundamento da soberania popular, concebida em termos procedimentais, ligar-se-ia internamente a um sistema de direitos fundamentais, em razão dos desafios que a própria evolução social contingente teria colocado a si mesma num movimento de autodescrição da própria sociedade, que se faz moderna e complexa, sem centro, sem fundamento último e sem a possibilidade de apelos ontológicos à transcendência, supra ou ahistórica.²⁰⁶

Grande relevo apresenta a formação da opinião pública na constituição da esfera pública. Ela surge no âmbito discursivo que se realiza entre os atores dessa esfera pública. Apresenta ela um desenvolvimento histórico, como sustenta Habermas: no sentido de que um conceito de opinião pública que seja historicamente repleto de sentido em termos normativos para as exigências da constituição social-democrata: “teoricamente claro e empiricamente aplicável, só pode ser ganho a partir da própria mudança estrutural da esfera pública e a partir da dimensão de seu desenvolvimento”.²⁰⁷

Quanto à formação de opinião democrática, sob o influxo da teoria de comunicação habermasiana, dispõe Rogério Gesta Leal que essa teoria de comunicação de Habermas pressupõe uma rede de processos comunicativos, tanto dentro como fora de seus corpos deliberativos: “sustentando a existência de palcos (espaço público) dialogicamente discursivos em que ocorre a formação da vontade e da opinião democrática”.²⁰⁸ Há, pois, a formação da opinião pública, mediante o fluxo de comunicação, através de decisões racionais que buscam o entendimento mútuo.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 47-78, 2004.

²⁰⁷ HABERMAS, **Mudança estrutural da esfera pública**, 2003, p. 283.

²⁰⁸ LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão de interesses públicos no Brasil. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 48, p. 53-85, mar./abr. 2008.

Germano Schwartz reconhece que a formação da opinião pública tem grande importância no âmbito formativo da esfera pública sanitária. Nesse sentido dispõe: “Para Habermas, opinião verdadeira é aquela que se submeteu ao crivo da esfera pública (tanto de visibilidade comunicativa como social), tornando-se, na verdade, sua função crítica”.²⁰⁹ Assim, segundo autor, essa esfera pública deve ser orientada para dupla função de controle social e legislar.

Considerando o aspectos de reduzir o conflito estrutural entre a pluralidade de interesses e o controle social das organizações sociais, dispõe Raquel Raichelis:

Para Habermas, a possibilidade de instituir-se uma esfera pública politicamente ativa depende de dois pressupostos. De um lado, da capacidade da esfera pública para reduzir o conflito estrutural entre pluralidade de interesses que sua ampliação propicia, o qual dificulta a emergência de um consenso fundamentado em critérios gerais. De outro, a possibilidade efetiva de reduzir o poder da burocracia no interior das organizações sociais, cujas decisões não são submetidas ao controle social, o que debilitam de forma, o caráter público dessas organizações.²¹⁰

Contudo, embora se busque o consenso, deve-se ampliar os procedimentos de participação, permitindo igualdade de acesso ao espaço público, de sorte que, como relata Lizst Vieira: “em face da porosidade do espaço público, a política não pode mais ser vista como atributo das elite”.²¹¹ Do mesmo modo, dispõe o autor que o modelo discursivo, na concepção habermasiana, parece adequado para as sociedades modernas, uma vez que, com o ingresso de novos grupos na esfera pública e ampliação dos direitos da cidadania na modernidade²¹² não é possível imaginar um espaço público homogêneo e politicamente igualitário”, de modo que o modelo habermasiano amplia o âmbito da atividade política, com acréscimos comunicativos da sociedade civil.

²⁰⁹ SCHWARTZ, 2003, p. 134.

²¹⁰ RAICHELIS, p. 56.

²¹¹ VIEIRA, 2001, p. 65.

²¹² *Ibidem*, p. 65.

2.1.3.2 A Gestão Compartilhada da Saúde - definição e pressupostos

A ideia de gestão pública compartilhada de interesses públicos deve se coadunar com a perspectiva de um novo Estado, calcado em novos paradigmas, como dispõe Germano Schwartz: "dentre os quais se destacam os elementos da cidadania e participação popular, que devem ser privilegiados/protegidos, sempre na procura de construção de um espaço público"²¹³, de sorte que os indivíduos possam ter parte ativa nas realizações. Esse modelo de Estado tem conexão com o Estado Democrático de Direito, adotado por nossa atual constituição e que se torna relevante na construção de um espaço público sanitário em nosso país.

Outrossim, deve se aliar, no estudo da gestão pública compartilhada, o enfoque de uma nova sociedade que, que deve ser considerada como um conjunto de pessoas espacial e temporalmente identificadas como conformadoras de uma comunidade política, mas, igualmente, ligada por um plexo axiológico de prerrogativas e deveres individuais e coletivos, na perspectiva dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, dispõe Rogério Gesta Leal, ao expor que a forma de gestão pública de interesses públicos: "é concebida de forma procedimental, i.é, como práticas, discursos e valores que afetam o modo como desigualdades e diferenças, direitos e deveres são tratados e administrados no cenário público".²¹⁴

Esse novo Estado deve conviver num espaço público em que estão presentes interesses e organizações não-estatais, no qual deve atuar coordenando, de sorte que a sociedade assuma o cariz democrático de direito, como ressalta Rogério Gesta Leal, sendo que essa sociedade: "não pode confinar-se à democracia representativa, uma vez que essa foi desenhada, apenas para uma ação política no marco do Estado e de suas instituições oficiais".²¹⁵ É, segundo o autor, um Estado que garante um espaço de comunicação e explicitação de um mundo de vida que se vê regulado por normas, vetores axiológicos positivos, dentro das regras do jogo democrático. Desse modo, na seara de um Estado Democrático, deve se propiciar: "um campo de experimentação política emancipadora, permitindo que diferentes

²¹³ SCHWARTZ, 2003, p. 119-120.

²¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade - novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51-52.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 52-53.

soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo²¹⁶, tendo, como quer o autor, o cunho de experiências-piloto, existindo monitoração permanente de organizações sociais que fazem uma avaliação comparativa de seus desempenhos.

Assim, esse Estado Democrático, garantidor de um espaço público comunicativo, tem relevância na constituição de uma gestão pública compartilhada, propiciando igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, como relata Rogério Gesta Leal, garantindo, outrossim: "padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa e monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos".²¹⁷ Deve, dessarte, serem priorizadas outras formas de participação, em que haja a interlocução política de todos os atores que são atingidos pela Administração, havendo, como ressalta Rogério Gesta Leal: "um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes"²¹⁸ na implementação de uma gestão pública compartilhada, citando como exemplo os Conselhos Populares, os Conselhos Regionais de Desenvolvimento que auxiliam o Poder Executivo na Administração dos interesses dos Municípios, dos Estados-Membros e da União.

Outrossim, tem o Estado um importante papel na proteção do direito à saúde o qual abriga a gestão compartilhada sanitária. Contudo, como dispõe Germano Schwartz: "entender a gestão compartilhada em saúde é entender a impossibilidade de o Estado abarcar todas as possibilidades advindas da miríade comunicativa sanitária"²¹⁹, de sorte que o espaço público sanitário precisa da participação popular, na perspectiva democrática e interação comunicacional. Nesse aspecto, insere-se o já estudado agir comunicativo habermasiano, em busca do consenso na comunicação intersubjetiva dentro do espaço público.

Na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, considerando o exposto no parágrafo anterior, tem-se, como relata Germano Schwartz, o: "*pressuposto de ser o espaço de uma fala compartilhada intersubjetivamente*"²²⁰, de modo que se dá no âmbito de relações interpessoais quando se verifica o embate de ideologias mediante a interlocução dos participantes. Nesse sentido, assume relevância em

²¹⁶ LEAL, 2006, p. 53.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 54.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 54.

²¹⁹ SCHWARTZ, 2003, p. 120.

²²⁰ *Ibidem*, p. 121

prol da gestão compartilhada sanitária a atual moldura de nosso Estado Democrático de Direito que tem, como ressalta José Luís Bolzan de Moraes: “um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais da existência”.²²¹ Assim sendo, além da valorizar a dignidade humana, atua fomentando a participação pública dentro do contexto democrático que é o seu norte. Desse modo, a gestão compartilhada da saúde se define na perspectiva democrática, no sentido de que cada integrante do espaço público sanitário ampliado, mantendo sua identidade, congrega esforços e recursos para fins comuns, afastando ações isoladas, paralelas ou sobrepostas.

Nesse sentido, há a defesa, no Estado Democrático de Direito pátrio, dos direitos fundamentais, como o direito social da saúde, na busca da qualidade de vida, considerando, como relata Rogério Gesta Leal:

Assim, os Direitos Fundamentais são, na atual estrutura jurídica pátria, ao mesmo tempo, direitos subjetivos (outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (que são os que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito).²²²

Contudo, cabe também ao cidadão, na perspectiva de uma gestão compartilhada sanitária, ser parte atuante nesse contexto, ao considerar as insuficiências ou mesmo inexistência de políticas públicas sanitárias, nesse aspecto dispõe Germano Schwartz:

Dada a locução do art. 196 da CF/88, deduz-se que, na proteção sanitária, o Estado democrático de direito brasileiro tem função primordial e preventiva: garantir a saúde mediante políticas sociais e públicas. Portanto, é uma atuação primeira no sentido de anteceder as demais. Em tese, a proteção da saúde estaria perfectibilizada enquanto compromisso do Estado. Todavia, como sabido, não é o que faticamente ocorre no solo nacional. Assim, por causa de insuficiência- e em alguns casos ausência- de políticas públicas tendentes à correção da melhoria da realidade sanitária do Brasil, o cidadão deve possuir um resguardo para efetivar seu direito historicamente construído: a saúde.²²³

²²¹ MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais - O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74-75.

²²² LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187.

²²³ SCHWARTZ, 2003, p. 123.

Do mesmo modo, considerando que o Estado age antes e o Judiciário após, pode o cidadão, tanto exigir preventivamente do Estado, como cobrar do Judiciário as ações reparadoras, buscando dar efetividade à gestão compartilhada sanitária. Nessa perspectiva, dispõe Germano Schwartz:

É nesse esteira que a gestão compartida tem de ser pensada, como um elemento constitutivo de uma nova saúde: uma saúde compartilhada em nova esfera pública sanitária: uma saúde de, por e para todos, possibilitada pela chance do confronto das falas comunicativas advindas do espaço público deliberativo e democrático, tendente a elaborar/operacionalizar as decisões oriundas de tal sistema.²²⁴

Outrossim, no exame dos pressupostos teórico-constitutivos da gestão compartilhada da saúde, é mister ressaltar que essa gestão pressupõe uma intensa comunicação e diferenciação racional, no sentido de emprego da racionalidade comunicativa habermasiana já estudada. Dentro desse aspecto, conclui Germano Schwartz:

Assume particular relevo a questão da esfera pública e da construção de um novo espaço, em que o público tenha acesso a decisões que interferem direta e imediatamente em seu cotidiano, inclusive tendo direito a mudanças/planejamentos nessa seara. Assim, uma saúde que se queira participativa, aberta, individualizada e sistêmica necessita ser democrática e assumir que o risco lhe é inerente, ainda mais quando se a deseja descentralizada e, portanto, psicológica e faticamente mais ao alcance do indivíduo.²²⁵

Outro aspecto relevante na abordagem da gestão compartilhada sanitária, é o caráter democrático da mesma, o que torna necessário o estudo da democracia sanitária. Assim sendo, entendemos que, para melhor compreensão do fenômeno democrático, fundamental para o enfoque do controle social e compatível com a esfera pública habermasiana, é necessário que façamos um estudo, ainda que não alongado, da evolução do pensamento democrático até a época contemporânea, para, após, fazermos considerações sobre a democracia na saúde.

Assim, a democracia surge na Grécia antiga, há mais de 2.500 anos, sendo uma democracia direta, ou seja, as questões públicas eram decididas pessoalmente pelo cidadão. Dentro desse aspecto, dispõe Humberto Dantas: “A democracia grega

²²⁴ SCHWARTZ, 2003,p. 124.

²²⁵ *Ibidem*, p. 124.

tinha uma característica muito especial, que chama a atenção dos estudiosos. As decisões eram tomadas por todos os cidadãos em praça pública”.²²⁶ Essa modalidade de democracia era exercida nas Cidades-Estado (cidades independentes que detinham o modo próprio de governar), sendo a mais famosa a cidade de Atenas, em que todos os cidadãos participavam na assembleia em praça pública (*Ágora*), considerando cidadãos apenas os homens livres, com exclusão de mulheres e escravos.

A palavra democracia é constituída pela combinação de dois radicais gregos: *demos*, que além de outros significados, apresentava a acepção de povo como um todo e *cracia*- que representava poder ou governo. Assim, para os gregos, nas assembleias atenienses, eram discutidas as questões públicas, como detalhes da administração pública, sendo que a importância das decisões com relação à vida pública era tão grande que não se aceitava culturalmente as escolhas de representantes, como ocorre hoje em dia. Nesse passo, dispõe Dantas: “Os assuntos públicos diziam respeito, diretamente, aos interessados. Portanto, nada mais justo que a participação direta dos cidadãos em decisões que tinham total relação com as suas vidas”.²²⁷ Como ressalta J. Vasconcelos²²⁸, os gregos apontavam como requisitos essenciais para sustentar a democracia: a liberdade e a igualdade.

Essa forma democrática grega teve influência entre os romanos que admitiam a participação dos homens livres nas decisões públicas, contudo, a democracia direta sofreu limitações, uma vez que os romanos preferiam utilizar o termo República e não democracia, tendo que esse termo vem do latim significando “coisa pública” ou “negócios do povo”.

Contudo, tanto o sistema democrático grego ateniense, como o romano se perderam ao longo da história. No entanto, são exemplos importantes para a humanidade, como relata Dantas: “A despeito do término das experiências ateniense e romana, é possível entender, facilmente, a importância desses exemplos para a humanidade”.²²⁹ Nesse aspecto, entende o autor que a cultura democrática, considerando o aspecto que os cidadãos têm direito de participar e o envolvimento

²²⁶ DANTAS, Humberto. **Democracia e Saúde no Brasil: uma realidade possível?** São Paulo: Paulus, 2006, p. 14.

²²⁷ *Ibidem*, p. 15.

²²⁸ VASCONCELOS, J. **Democracia Pura**. São Paulo: Nobel, 2007, p. 58.

²²⁹ *Ibidem*, p. 16.

direto dos indivíduos nos assuntos de interesse coletivo são valores fundamentais para as sociedades modernas.

Dentro da evolução do pensamento democrático, temos após a democracia representativa que surge posteriormente a retrocessos históricos na concepção democrática, como o fortalecimento do Império Romano e o fechamento de vias de participação popular, o absolutismo que centralizava os poderes contrários ao bem-estar da sociedade. Nesse passo, crescia a idéia de divisão de poderes, de sorte a superar o retrocesso histórico em que o poder de executar, fazer leis ou legislar e julgar estavam concentrados nas mãos de um monarca, Nesse perspectiva, a adoção do regime democrático deve se compatibilizar com o compartilhamento do poder, em que se estabeleciam normas claras para viver em sociedade, com incremento na participação social na criação de leis, compondo um Poder Legislativo. Assim, surge a necessidade de que os indivíduos representem a sociedade para tratar de assuntos de interesse público, em face da inviabilidade de atuação da imensa maioria.

Nesse contexto, surge a democracia representativa, em que havia a divisão de poderes em contraposição ao poder absoluto dos reis, conferindo à sociedade maior participação que se consubstanciava na escolha dos representantes. Discutiu-se muito o ideia de representatividade desse forma democrática, considerando a possibilidade de restrição de liberdade dos indivíduos em participar, citando ,como exemplo, o voto censitário no Brasil. Em que pese os apontamentos críticos, essa modalidade democrática se alastrou no mundo, sendo aperfeiçoada e modificada ao longo dos anos.

Assim, essa vertente democrática representativa surge efetivamente com a ratificação da Constituição Norte-Americana de 1789, em que preponderava o federalismo e a separação de poderes. Nesse aspecto, como dispõe Cibele Cheron: “Os pilares centrais do pensamento dos federalistas constituíam-se na soberania, na separação dos poderes e na existência de um governo popular representativo”.²³⁰

Igualmente a democracia representativa envolve um governo por lapso temporal de tempo e responsabilidade do governante. Nesse aspecto, a participação do cidadão se dá de forma indireta, periódica e formal, dentro do sistema eleitoral,

²³⁰ CHERON, Cibele. **O Orçamento Participativo de Porto Alegre: análise de uma experiência de democracia participativa e sua autonomia legal**. Porto Alegre: PUC/RS,2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Pontifícia Universidade Católica no Rio Grande do Sul, 2006.

concorrendo às eleições os partidos políticos. (envolvendo os direitos políticos em nossa atual Constituição Federal - arts. 14 a 17).

Assim sendo, Norberto Bobbio entende existir duas características bem estabelecidas quanto ao representante na democracia representativa, como coloca:

Com isto, creio ter-me colocado em condições de precisar em qual acepção do termo “representação” se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.²³¹

Considerando a grande quantidade de países democráticos do século XX, incluindo aqueles ainda não totalmente democráticos, com extensão dos votos às mulheres, Humberto Dantas entende ser esse o diferencial da democracia representativa moderna. Nesse sentido, expõe:

O movimento, verificado inclusive em países que não eram considerados totalmente democráticos, é entendido como o diferencial entre as democracias representativas do século XIX e as democracias representativas modernas. A inclusão de todos no processo eleitoral se dá o nome de Sufrágio Universal. Para o cientista político norte-americano Robert Dahl, esse é o grande fator que marca a democracia do século XX. A inclusão de todos os indivíduos nas eleições sustenta, definitivamente, um dos principais pilares de sustentação desse tipo de regime, como já havia definido Jefferson: a participação.²³²

Assim, a democracia moderna teria certos princípios como liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto e elegibilidade para cargos públicos, direito de líderes políticos disputarem apoio e votos, fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas e instituições que garantam a realização periódica de eleições e outros tipos de manifestações de preferências, como dispõe Dantas.²³³

²³¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 59-60.

²³² DANTAS, p. 25.

²³³ *Ibidem*, p. 26-29.

Nesse aspecto, é fundamental à democracia que os indivíduos possam formar e aderir a grupos, sendo que as organizações podem ter posições políticas próprias, em defesa de diferentes tipos de interesses. Do mesmo modo, o indivíduo tem liberdade de expressão no sentido de se posicionar sobre diferentes assuntos que se relacionam com a sociedade, buscando o debate e a troca de informações. Assim sendo, o cidadão pode expressar o seu posicionamento político através do voto secreto. Do mesmo modo, que há o direito de votar, também há o direito de querer ser votado, devendo exigir critérios razoáveis para a elegibilidade de cargos públicos, o que permite também que líderes políticos possam contar com o apoio de grupos, com acordos, uniões, campanhas. Conjuga-se isso com a liberdade de imprensa, com canais independentes não atrelados ao Poder Público. Outrossim, as eleições devem ser livres, idôneas, sem pressões quanto a opções políticas (repúdio ao voto de cabresto), tendo que o processo eleitoral deve ser garantido por lei.

Ademais, Dantas entende existir nas democracias modernas uma falta de educação política, no sentido de que, na sociedade, há ausência de educação necessária para compreensão da democracia como valor básico. Nesse sentido, entende o autor que tal situação ocorre porque: “não existem ferramentas eficazes, nas escolas e na sociedade em geral, capazes de convencer a sociedade sobre a importância da democracia”²³⁴, além da participação conjunta na administração pública.

Bobbio, também ao tratar do cidadão não-educado, retrata a existência de uma apatia política nas democracias, inclusive as bem consolidadas, como expõe:

Olhemos, ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito a voto. Do ponto de vista da cultura política, estas são pessoas que não estão orientadas nem para os *output* nem para os *input*. Estão simplesmente desinteressadas daquilo que, como se diz na Itália, com uma feliz expressão, acontece no “palácio”. Se bem que também podem ser dadas interpretações benévolas da apatia política. Mas, até mesmo as interpretações mais benévolas, não conseguem me tirar da cabeça que os grandes escritores democráticos se recusaram a reconhecer na renúncia ao uso do próprio direito um benefício fruto da educação para a cidadania.²³⁵

²³⁴ DANTAS, p. 30.

²³⁵ BOBBIO, p. 45.

Desse modo, existiria nas democracias modernas uma não-cobrança quanto às ações dos representantes eleitos pelo voto, como ressalta Dantas: “Nesse sentido, é importante destacar que, quanto mais a sociedade é conhecedora de seus direitos políticos, maiores as chances de haver cobrança em relação à participação em arenas decisórias”.²³⁶ Assim sendo, a conscientização política torna-se uma ferramenta poderosa para compartilhamento de decisões. Nesse diapasão, defende-se que a sociedade deve participar das decisões que vão além do voto, considerando a insatisfação quanto à democracia representativa de parcela expressiva do eleitorado, levando em conta que o cidadão não fica satisfeito, muitas vezes, com o resultado produzido por sua opção política.

Considerando a crise da democracia representativa, e a necessidade de garantir certos direitos do cidadão, com o direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, passa-se a ressaltar, mormente na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, a participação popular da sociedade civil na busca do aperfeiçoamento do procedimento democrático. Assim, nesse sentido, dispõe Dantas sobre a democracia participativa: “Essa nova forma de compreender a relação entre sociedade e a administração dos negócios públicos origina a ideia da democracia participativa”.²³⁷ Nesse sentido, passamos a ter uma forma mais atual de entendermos o conceito de democracia, na perspectiva político-administrativa, promovendo uma alteração considerável no relacionamento com o Poder Público.

Cibele Cheron enfoca a democracia participativa como “a reatualização do ideal democrático”²³⁸, tornando a participação popular relevante ao extremo. Essa participação popular adquire tal conteúdo que, segundo Habermas, transforma-se numa ideologia que é a democracia participativa. Considerando esse aspecto, Habermas, como ressalta Cheron, na mesma página, construiu a sua proposta de democracia deliberativa, que será abordada, de forma mais específica, adiante neste trabalho, considerando ser um modelo de democracia procedimental que, calcado na ética discursiva, representa uma alternativa tanto para o individualismo liberal, como para o consenso comunitário, em que comungam teorias liberais (interesse do indivíduo) e teorias comunitárias (busca do bem comum).

²³⁶ *Ibidem*, p. 36.

²³⁷ DANTAS, p. 37.

²³⁸ CHERON, p. 40.

A democracia participativa pode ser melhor entendida analisando as suas ferramentas que são utilizadas pelo cidadão e a sociedade ou postas à sua disposição. Esses instrumentos de participação popular serão melhor analisados em tópico específico deste trabalho, quando ligados ao controle social, dentro da gestão compartilhada sanitária. Contudo, há outros instrumentos de participação popular, no âmbito político, no exercício da democracia participativa, como aqueles definidos em nosso atual texto constitucional: plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular. O plebiscito (art. 14, I, da CF/88) representa uma consulta popular convocada pelos governantes para a tomada de uma decisão que tenha respaldo na sociedade, sendo que o referendo (art. 14, II, da CF/88) distingue-se do plebiscito, no sentido de que uma decisão é tomada pelo governante e, logo após, a sociedade é chamada para opinar quanto ao *decisum*. Por seu turno, a lei de iniciativa popular (art. 61, § 2º, da CF/88) faculta à sociedade encaminhar proposta ao Congresso Nacional de lei que tem origem no povo.

Especificamente, quanto à democracia sanitária, dentro da evolução do pensamento democrático antes apresentado, devemos considerar que, em face da pós-modernidade, há necessidade de novos posicionamentos em termos de democracia, superando concepções ideológicas ultrapassadas reducionistas, máxime no tratamento da esfera pública sanitária. Nesses termos, dispõe Germano Schwartz:

Ademais, numa esfera pública sanitária em que vários agentes atuam e se comunicam entre si, necessita-se de uma forma democrática que se adapte às contingências e ao risco de suas decisões. Nesse intento, vale analisar as ideias de democracia mais em voga e aquelas pensadas a partir de um resgate histórico e que procuram verificar o espaço democrático na incerteza característica da pós-modernidade.²³⁹

Assim sendo, podemos considerar a concepção democrática de Touraine de cunho liberal que relata que a queda dos regimes autoritários que se destacaram no século XX não implica necessariamente o triunfo da democracia, eis, como dispõe o autor: “um mercado aberto, sujeito à concorrência, já não é identificável com a democracia, assim também a economia de mercado já não constitui, por si só, uma

²³⁹ SCHWARTZ, 2003, p. 135-136.

sociedade industrial”²⁴⁰, de sorte que um sistema aberto- político ou econômico- é condição necessária mas não suficiente de democracia, já que, como destaca, não há democracia sem livre escolha dos governantes pelos governados.

Dessarte, prossegue o autor, que o recuo dos Estados-democráticos ou não implica “a diminuição da participação política e o que justamente foi designado por crise de representação política.”²⁴¹, de modo que os eleitores deixam de serem representados e exprimem seu sentimento ao denunciarem a classe política e assim a consciência da cidadania fica enfraquecida, pois muitos indivíduos se sentiam mais consumidores que cidadãos e mais cosmopolitas que nacionais ou mesmo se sentem marginalizados, excluídos da sociedade.

Desse modo, deve-se ressaltar, na concepção do autor, o enfoque de que todos os cidadãos devem ser responsáveis pela ordem social, dentro da observância de regras indispensáveis ao funcionamento da democracia, como a que exprime e se aplica uma vontade que representa os interesses da maioria. Ressalta, pois, dentro do contexto da pós-modernidade globalizante, as liberdades, as individualidades, de sorte como expõe: “devemos fazer apelo a uma concepção que defina a ação democrática pela libertação dos indivíduos e grupos dominados pela lógica do poder”.²⁴²

Defende, pois, uma democracia de libertação, não se contentando com uma democracia de participação, de deliberação, de sorte que a ação democrática tem como objetivo principal libertar os indivíduos e grupos das imposições que pesam sobre eles, situa-se: “entre a democracia procedural que carece de paixão, e a democracia participativa que carece de sabedoria”.²⁴³ Assim sendo, o termo central de sua concepção democrática é a liberdade do sujeito afirmada com a sua experiência de vida, de modo que o caráter próprio da sociedade em pós-modernidade consigna que a ação da liberdade deve se afirmar pela expressão, antes de tudo, pela “resistência ao domínio crescente do poder social sobre a personalidade e a cultura”.²⁴⁴

Nesse aspecto, a democratização não é somente um conjunto de garantias institucionais, ou liberdade negativa, mas também a luta de sujeitos, imbuídos de sua

²⁴⁰ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 17.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 18.

²⁴² *Ibidem*, p. 21.

²⁴³ *Ibidem*, p. 23.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 24.

cultura e liberdade contra a lógica que domina os sistemas. A cultura democrática protege a diversidade, de modo que o regime democrático constitui uma forma de vida política que se dá ao maior número de pessoas, reconhecendo a maior diversidade possível. A democracia não pode ser apenas um conjunto de garantias institucionais que protegem a maioria, mas respeitar projetos individuais e coletivos que “combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação de uma coletividade social, nacional ou religiosa particular”²⁴⁵, de sorte que a democracia não se apoia somente em leis, mas também numa cultura política. Dessarte, a democracia não se reduz meramente ao ser humano como cidadão, reconhece a sua condição de indivíduo livre que faz parte de coletividades econômicas e culturais. Nas sociedades modernas, dentro do mundo globalizado, a democracia é a busca de combinações entre a liberdade individual e a integração social.

Nesse contexto, entende Touraine²⁴⁶ que a definição de democracia está sujeita a três dimensões, sendo que a primeira se refere a atuação estatal que garanta os direitos fundamentais dos indivíduos e a segunda é que os eleitores se considerem como cidadãos e a última a representatividade dos governantes, ou seja, a existência de atores sociais cujos agentes políticos sejam os instrumentos, os representantes. Contudo, não pode haver um princípio central de poder e legitimação entre as três dimensões antes expostas, mas interdependência e não sobreposição, o elo que os une e obriga a se combinar é apenas negativo. Assim, para a democracia, é indispensável a recusa da essencialidade do poder, de sorte que a “lei da maioria é o contrário do poder popular”, assim como esse recurso deu suporte aos regimes autoritários e destruiu as democracias.

Quanto a essa versão de democracia, exposta, por Touraine, Germano Schwartz²⁴⁷ critica por facultar a elevação desmedida do indivíduo, quando, muitas vezes, há uma hipossuficiência do mesmo em cotejo com outros personagens que atuam no contexto social, além do perigo da verdade única, em face das diversidades ideológicas de uma esfera pública.

Avançando na concepção democrática de Touraine, temos a proposição de uma democracia dialógica por Anthony Giddens que, como ele mesmo relata: “A

²⁴⁵ TOURAINE, p. 26.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 42-46.

²⁴⁷ SCHWARTZ, 2003, p. 137-138.

extensão da democracia dialógica representaria uma parte (embora não única) de um processo no qual poderíamos nos referir com a *democratização da democracia*²⁴⁸, em que se exigira maior transparência dos governos, com diálogos entre os atores sociais em busca do consenso. Assim sendo, dispõe o autor que a democratização dialógica também pode ser mobilizada por meio de atividades de grupos de autoajuda e movimentos sociais. Dentro desse aspecto, relata: “As qualidades democráticas dos movimentos sociais e dos grupos de autoajuda advêm, em muito, do fato de eles abrirem espaços para o diálogo público com relação a assuntos pelos quais se interessam”.²⁴⁹

Em sua proposta de reconstituição da política radical, Giddens propõe a restauração da solidariedade social danificada, buscando a reconciliação da autonomia individual e a interdependência nas diversas esferas da vida social, inclusive no domínio econômico- essa sua proposição aplica-se, igualmente, aos sistemas mais globalizados. Nesse diapasão, dispõe: “A solidariedade ampliada em uma sociedade destradicionalizadora depende do que poderia ser chamado *confiança ativa*”²⁵⁰, que deve ser acompanhada de uma renovação da responsabilidade pessoal e social em relação aos outros, sendo que essa confiança ativa pressupõe autonomia, representando fonte poderosa para a solidariedade social, uma vez que é livremente oferecida, não imposta por coerção tradicional.

Essa confiança implica uma concepção de *política gerativa*, que se faz presente no espaço público que liga o Estado à mobilização reflexiva da sociedade em geral. Assim, como relata Giddens: “A política gerativa é uma política que busca permitir aos indivíduos e grupos *fazerem as coisas acontecerem*, e não esperarem que as coisas lhes aconteçam, no contexto de preocupações”²⁵¹, além dos objetivos sociais totais. Nesse sentido, a política gerativa dá condições materiais e estruturais para as decisões das políticas da vida que são tomadas por indivíduos e grupos na ordem social.

Outrossim, um programa de política radical deve estar preparado para enfrentar o papel da violência nas questões humanas. Assim, o autor defende a utilização do diálogo e não da violência, como relata: “O diálogo entre grupos

²⁴⁸ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita - o futuro da política radical**. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 24.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 25.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 23.

culturais e Estados é uma força que age diretamente contra as doutrinas fundamentalistas e um meio de substituir o uso da violência pela conversa”.²⁵²

Assim sendo, entende Giddens que as deficiências da democracia liberal, que é excludente e gera poucos meios para a solidariedade social, em ordem social reflexiva e globalizadora, traduzem a necessidade de propor formas mais radicais de democratização, como o caso da democracia dialógica defendida pelo autor. Assim sendo, a concepção de democracia de Giddens é proposta em meio à globalização da modernidade, considerando que essa modernidade é inerentemente globalizante. Dessarte, dispõe Giddens que, na era moderna, o nível de distanciamento tempo-espaço é muito maior, de sorte “que as relações entre formas sociais e eventos locais e distantes se tornam correspondentemente “alongadas”.²⁵³ Por conseguinte, a globalização se refere a esse processo de alongamento, considerando que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram, através da superfície da Terra como um todo. Desse modo, expõe o autor a sua definição de globalização:

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Esse é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa a relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. Assim, quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores- tais como dinheiro mundial e mercados de bens- operando a uma distância indefinida da vizinha em questão. O resultado não é necessariamente, ou mesmo usualmente, um conjunto generalizado de mudanças atuando numa direção uniforme, mas consiste em tendências mutuamente opostas.²⁵⁴

Quanto à concepção democrática dialógica, dentro do mundo globalizado, proposta por Giddens, Germano Schwartz²⁵⁵ entende que as disposições do autor não conseguem evitar o perigo do totalitarismo, com a maximização da mundialização em detrimento dos Estados-nações, o que pode gerar o afastamento

²⁵² *Ibidem*, p. 28.

²⁵³ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. 6ª reimp. São Paulo: Unesp, 1996, p. 66.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 69-70.

²⁵⁵ SCHWARTZ, 2003, p. 139.

de decisões oriundas das esfera pública local/regionalizada/particularizada em prol de valores mais influentes decorrentes da globalização.

Considerando a democracia numa perspectiva histórica e inventiva, temos a democracia inventiva de Claude Lefort, ao ressaltar que a sociedade que assume uma feição antidemocrática é aquela que negligencia o aspecto histórico. Como dispõe Lefort, que é antes necessário pensar e agir nos horizontes de um mundo em que se oferece a possibilidade de um depreciação da atração pelo Poder, onde: “a crítica contínua da ilusão e da invenção política são feitas à prova de uma indeterminação do social e do histórico”.²⁵⁶

Desse modo, a concepção democrática de Lefort, além de ressaltar o aspecto histórico, traz a ideia de autoquestionamento e de uma reinvenção contínua. Dentro da perspectiva da democracia sanitária, ela tem relevância, segundo Germano Schwartz: “Dessa feita, a adoção da democracia inventiva de Lefort combina com a ideia de uma sociedade e de uma saúde sistêmica, em que é necessária a adoção do risco e da necessária participação popular”.²⁵⁷ Desse modo, a democracia assume o caráter de indeterminação e invenção, permitindo a colocação das decisões da esfera pública sanitária, dentro do agir comunicativo habermasiano, na concepção da gestão compartilhada sanitária.

Nesse contexto, destaca-se a atuação de um Estado Democrático de Direito, que aprimora a dimensão do Estado de Direito, buscando a transformação social, e a implementação e concretização de direitos fundamentais, insculpidos que estão em nossa atual carta constitucional o que se ajusta à ideia de uma democracia contínua e que se reinventa. Nesse aspecto, dispõe Rogério Gesta Leal:

Aliás, cumpre salientar que a implementação e a concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais exigem uma democracia material e cotidiana, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que, em tese, só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coações derivadas do poder econômico e social.²⁵⁸

²⁵⁶ LEFORT, Claude. **A invenção democrática - os limites da dominação totalitária**. Trad. de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 69.

²⁵⁷ SCHWARTZ, 2003., p. 140.

²⁵⁸ LEAL, 2000, p. 199.

Contudo, merece realce a democracia deliberativa de Habermas e sua especial importância dada à participação popular na esfera pública, máxime a relacionada com a gestão compartilhada sanitária.

Essa modalidade democrática enfatiza a importância da esfera pública. Desse modo, como dispõe Cláudio Pereira de Souza Neto: “Para esse ponto de vista, a deliberação não se procede apenas nos “fóruns oficiais”, mas também na rede informal de informações consistentes na esfera pública não-estatal”.²⁵⁹ Dessarte, a participação popular ocorre nos âmbitos social e cultural, mediante o debate permanente sobre questões de interesse público e não apenas ao domínio dos fóruns oficiais. Assim, há a formação da vontade institucionalizada, nos fóruns oficiais, coadunando-se com a participação informal, não-oficial, dentro de um espaço público que prepondera a ética do discurso. Nesse aspecto dispõe Habermas: “a idéia de democracia apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada”²⁶⁰ a qual, segundo o autor, constitui - ao lado da esfera pública política - uma arena para percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade.

Assim sendo, a democracia deliberativa busca a tomada de decisões, calcada na troca de razões e argumentos, no espaço público, em busca de um consenso, que sobrepõe os interesses pessoais dos participantes, voltando-se para o bem comum”.²⁶¹ Há, portanto, uma conexão intersubjetiva, em que os indivíduos articulam os seus interesses e conhecem os interesses dos outros, existindo troca de argumentos e contra-argumentos, na busca de um consenso democrático, com tendência para o princípio universal que atente para o interesse comum. Dentro desse enfoque, dispõe Gisele Citadino:

A formação discursiva da vontade permite precisamente que, na interação comunicativa, e pela força do melhor argumento, os sujeitos possam modificar tanto as convicções normativas das suas formas de vida específicas, quanto as concepções individuais sobre a vida digna. Habermas não desconhece o fato de que vários indivíduos questionam suas normas, o fazem a partir de convicções que integram o seu contexto cultural. O que ele pretende é encontrar um princípio da universalização que possa construir uma ponte entre as várias formas plurais e o interesse

²⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147-148.

²⁶⁰ HABERMAS, 2003,II, p. 24.

²⁶¹ CITADINO, Gisele. **Direito e Justiça Distributiva - elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 95-96.

comum. Não se trata de negociação ou compromisso, mas de um procedimento deliberativo sobre as consequências de uma norma que deve satisfazer o interesse de todos os afetados.

Assim, como ressalta Marcelo Neves: “Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal, sem desconhecer a diversidade de conteúdos valorativos”.²⁶² No âmbito social, há garantias do direito da cidadania, na esfera habermasiana, num procedimento deliberativo que efetive a integração social. Desse modo, Daniel Soczek sustenta que, na concepção de Habermas, o funcionamento da esfera pública garante os direitos da cidadania, “assegurando, em última instância, a integração social por via da participação efetiva do maior número possível de interessados no debate das questões públicas”²⁶³, em que há o exercício da argumentação na busca de consenso em bases racionais.

Destaca-se, pois, a já referida racionalidade comunicativa dentro procedimento deliberativo democrático, como dispõe Habermas, de sorte que a noção de democracia deliberativa está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática em que a justificação dos termos e das condições de associação “efetua-se através da argumentação pública e do intercâmbio racional de cidadãos iguais”.²⁶⁴ Tem-se um agir comunicativo em que busca o entendimento mútuo em bases racionais. Esse procedimentalismo pode ter um cunho social e participativo, no interior da discussão democrática envolta em um processo racional. Nesse aspecto, dispõem Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer que, consoante essa concepção, o procedimentalismo origina-se na pluralidade das formas de vida nas sociedades contemporâneas, de modo que: “Para ser plural, a política tem de contar com o assentimento desses atores em processos racionais de discussão e deliberação”.²⁶⁵

Busca-se legitimar esse procedimento democrático deliberativo em que há formação de opinião pública, calcado num processo dialógico racional no qual se

²⁶² NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje- novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora UNB, p.111-163, 2001.

²⁶³ SOCZEK, p. 85.

²⁶⁴ HABERMAS, 2003, II, p. 28.

²⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 52-53.

busca o entendimento mútuo, o consenso democrático. Assim sendo, relata Habermas: “A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação de opinião e da vontade, o qual preenche sua função social e integradora”²⁶⁶, considerando a expectativa de *qualidade* racional de seus resultados.

Nesse contexto, no caso brasileiro, a Reforma Sanitária, com a criação do SUS e os conselhos de saúde, foi um processo democratizador. Nesse aspecto, dispõe Sonia Fleury::

A Reforma Sanitária, desde esta posição política, foi por mim definida como referindo-se a um processo de transformação da norma legal e do aparelho institucional que regulamenta e se responsabiliza pela proteção à saúde dos cidadãos e corresponde a um efetivo deslocamento do poder político em direção às camadas populares, cuja expressão material se concretiza na busca do direito universal à saúde e na criação de um sistema único sob a égide do Estado.²⁶⁷

Assim, a saúde assumindo a condição de função pública, reconceitualizada pela Constituição Federal de 1988 e a Reforma Sanitária, constitui, por excelência, um direito da cidadania a ser garantido pelo Estado. Dessarte, dispõe a autora referida no parágrafo anterior: “A cidadania é postulada como um eixo do paradigma democrático da Reforma Sanitária, materializando-se através de uma estrutura jurídica e institucional própria”.²⁶⁸

Outrossim, Humberto Dantas enaltece, nesse aspecto, a participação popular representando significativos acréscimos em direitos fundamentais como a saúde, sendo que a democracia deve ser um conceito que precisa ser assumido pelas pessoas em todos os setores da sociedade, com a cultura prevalecendo em todos os ambientes, havendo debates e discussão de alternativas, como relata: “Para tanto, é necessário que os indivíduos sejam educados para conviver com diferenças, atuem nos debates e discutam as alternativas possíveis”.²⁶⁹

Como aplicação prática da gestão compartilhada da saúde no Brasil, no exercício do controle social, em face da perspectiva da esfera pública proposta por

²⁶⁶ HABERMAS, 2003, II,., p. 27-28.

²⁶⁷ FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. In: FLEURY, Sônia (Org.) **Saúde e Democracia - A Luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, p. 25-41, 1997.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 35.

²⁶⁹ DANTAS, p. 71.

Habermas e repensando a administração pública contemporânea brasileira, passamos a abordar no próximo tópico deste trabalho, mecanismos políticos e jurídicos, dentro da realidade brasileira, de gestão pública sanitária compartilhada.

2.1.3.3 Mecanismos de gestão compartilhada no Brasil com ênfase na saúde - o exercício do controle social

2.1.3.3.1 O controle social - definição e características

O controle social, distintamente do controle institucional efetivado pelos próprios poderes estatais, é realizado, como dispõe Vanderlei Siraque: “por alguém que não seja agente público no exercício da função ou órgão do Estado”.²⁷⁰ Nesse sentido, esse alguém, como já relatado neste trabalho, pode ser um particular, por ser pessoa estranha ao Estado, seja, de forma individual, ou em grupo ou mesmo por entidades juridicamente constituídas e, nesse caso, não precisam ser estranhas ao Estado, podendo uma parte de seus membros ser escolhida pela sociedade, citando, como exemplo, os conselhos de saúde (caráter público) e organizações não governamentais (caráter privado).

Assim sendo, o controle social tem escopo de verificar se as atividades estatais estão sendo realizadas em consonância com os parâmetros da Constituição Federal, citando, como exemplo, o art. 31, § 3º, da CF/88, ao relatar que as contas municipais ficarão à disposição de qualquer contribuinte para o exame e apreciação durante sessenta dias, anualmente, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, em conformidade com a lei.

Desse modo, o controle social, exercido pelo particular ou sociedade civil organizada, de acordo com o propósito deste trabalho, vincula-se à ampliação da esfera pública, já que esse espaço, como vimos, não pode se submeter apenas ao controle estatal, havendo, igualmente, a atuação da esfera pública não-estatal. Esse público não-estatal atribui à sociedade uma responsabilidade na satisfação das

²⁷⁰ SIRAQUE, p. 99.

necessidades coletivas, de sorte, como relata os autores Luiz Carlos Bresser Pereira e Nuria Cunill Grau: “mostrando que também, nesse campo, o Estado e o mercado não as únicas opções válidas”.²⁷¹ Esse público não-estatal, notadamente representado por entidades sem fins lucrativos, traz vantagens quanto à propriedade pública estatal, como, igualmente, sobre a propriedade privada, eis que concorre para a maximização dos direitos sociais, propiciando prestações de maior diversidade e qualidade. Assim, dispõe os autores Bresser Pereira e Nuria Grau:

O importante, em todo caso, é que a principal razão para recorrer às entidades sem fins lucrativos não é porque sejam mais eficientes na provisão de serviços do que poderia ser qualquer outra entidade, mas sim porque permitem desenvolver papéis que nem o Estado, nem o mercado podem cumprir. E assim como a confiança, a dedicação, a solidariedade constituem papéis que lhe imprimem uma especificidade em relação ao setor lucrativo, a flexibilidade, a experiência especializada e a habilidade para chegar a clientes difíceis de alcançar são exibidas algumas das maiores vantagens que o setor não-lucrativo ou público não-estatal teria sobre o setor público estatal.²⁷²

Dentro desse contexto, engendra-se a participação popular nessa perspectiva de controle social, incrementando o acesso dos setores populares nos processos decisórios, tanto no controle da aplicação dos recursos públicos, como no acompanhamento das políticas públicas do governo, no sentido de buscar a sua eficiência e eficácia. Nesse diapasão, Dinorá Grotti ressalta a importância do princípio da participação popular na gestão e controle da Administração Pública, sendo “inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, adotado já no preâmbulo da Lei Maior e reafirmado no art. 1º”²⁷³, com expressão em vários setores da Administração Pública, mormente referente à parte de ordem social. Cita-se, como exemplo, o disposto no § 2º do art. 74 da CF/88.

Dentro dessa concepção de Estado Democrático de Direito, como dispõe Lygia Bandeira de Mello Parente, na sua contextualização democrática, faculta à população a garantia constitucional de poder dissentir, em face de liberdade de expressão no âmbito de sua sociedade pluralista, impedindo que uma parcela da

²⁷¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15-48, 1999..

²⁷² *Ibidem*, p. 33-34.

²⁷³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. **Boletim do Direito Administrativo**, São Paulo: NDJ, n. 2, p. 89-97, fev. 2002.

sociedade fique desprotegida, de sorte que todos possam participar sem discriminação e privilégios. Nesse sentido, dispõe a autora:

Dessa forma, a participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade, pois a tipologia a ser adotada para caracterizar o Estado, como liberal, ou social, ou democrático, decorre da forma como a sociedade está organizada. Do mesmo modo que essa relação de força entre as organizações, que exercem direta ou indiretamente algum poder político, se modificam ao longo do tempo, o Estado recebe sucessivas denominações.²⁷⁴

Abre-se, pois, novos canais de articulação entre a sociedade civil e a esfera pública. Assim sendo, nesse aspecto dispõe Jair Santos: “Essa nova esfera pública não-estatal que incide sobre o Estado resulta de uma construção democrática e participativa”²⁷⁵, abrindo o Estado para um conjunto de organizações sociais que passam a influir no campo decisório. A sociedade civil passa então a debater, mas também fiscalizar e gerir a coisa pública. No prisma habermasiano, mediante a sociedade civil e o debate que se trava em seu âmbito, é possível alcançar, de alguma maneira, o consenso sobre o interesse público. Assim, como relata Luiz Carlos Bresser Pereira, que é, nesse consenso sobre o interesse público, que permite a emergência, nesse último quartel do século XX, de um novo direito de cidadania” “os direitos- republicanos- o direito de cada cidadão em de que o patrimônio público seja de fato utilizado de forma pública”.²⁷⁶

Em que pese a nossa posição adotada, apresentado no início deste trabalho, de que o controle social é espécie do gênero participação popular, é mister considerar que autores apresentam distinções entre controle social e participação popular, o que não invalida o nosso posicionamento antes esposado. Assim, segundo Carlos Ayres Britto²⁷⁷, na distinção entre controle social e participação popular, liga o controle social a um direito público subjetivo, como forma de exercício dos direitos de liberdade e cidadania, enquanto que a participação popular seria uma

²⁷⁴ MELLO PARENTE, Lygia Bandeira de. Participação social como instrumento para construção da democracia: a intervenção social na Administração Pública brasileira. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 203-212, 2006.

²⁷⁵ SANTOS, 2003, p. 92.

²⁷⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado**. Brasília: ENAP, nov. 1998, p. 37.

²⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, abr./jun. 1987.

expressão do poder político. Esclarecendo e complementando essa diferenciação, Vanderlei Siraque dispõe que mais propriamente a participação popular ocorre antes e durante o processo de decisão da Administração Pública, enquanto que o controle social se daria após esse processo, com escopo de verificar se a norma jurídica foi concretizada pela Administração como estipulado. Em suma, relata Siraque:

A diferença fundamental entre participação popular e controle social é a seguinte: *participação popular* é partilha do poder político entre as autoridades constituídas e as pessoas estranhas ao ente estatal e *controle social* é direito público subjetivo de o particular individual ou coletivamente, submeter o poder público estatal à fiscalização.²⁷⁸

Contudo, em que pese a diferenciação apresentada no parágrafo anterior, como expusemos anteriormente, o controle social se refere ao direito subjetivo de fiscalização que se faz mediante a participação popular da atividade pública, como expõe Juarez Freitas. A ideia é que, como ressalta Hélio Saul Mileski, o controle social, dentro de sua natureza democrática, diretamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, decorre dos princípios da participação popular e da transparência em prol do exercício da cidadania. Assim, dispõe Hélio Saul Mileski:

Com a Constituição de 1988, foram traçados as diretrizes para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito no Brasil, alçando-se a relevância e importância dos valores democráticos, com o que foi possibilitado o livre exercício dos direitos de cidadania do povo brasileiro, onde se incluem os assegurados meios para participação popular e efetivação do controle social.²⁷⁹

Assim sendo, nessa perspectiva de cultura democrática e consciência popular, na efetivação do controle social, é mister que o cidadão possa exigir transparência dos atos governamentais, conjugado a uma Administração Pública democrática que enfatize a participação. Nessa perspectiva, dispõe Wallace Paiva Martins Júnior:

O princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da

²⁷⁸ SIRAQUE, p. 112.

²⁷⁹ MILESKI, 2005, p. 42.

dignidade da pessoa humana, restauração na confiança na Administração Pública (pelas possibilidades de acesso e participação) [...]²⁸⁰

Reafirma-se aqui o posicionamento, defendido por Hélio Saul Mileski, sobre a interação entre o controle social e o oficial, de modo que o controle social exercido pelo cidadão não possui a função de substituir o controle oficial que tem regulação constitucional. Nesse sentido, ressalta Hélio Saul Mileski, enfatizando o papel do Tribunal de Contas nesse contexto:

O controle social é complementar ao controle oficial e depende deste último para ter eficácia. O controle social, para fazer valer as suas constatações contra irregularidades praticadas pelo Poder Público, deve buscar a própria Administração para correção das falhas encontradas, representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou representante do Ministério Público.²⁸¹

Visto sobre o aspecto evolutivo, o controle social teve grande incremento com a Reforma Administrativa do Estado brasileiro, como a de 1995. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 consolidou uma nova estrutura do sistema de controle da Administração Pública, que passou a ser alicerçada em princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/88, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, além do princípio da eficiência acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Nesse aspecto, dispõe Francisco Carlos da Cruz Silva que o sistema de controle, esboçado pela Constituição Federal de 1988, baseia-se nos sistemas de freios e contrapesos pela separação de poderes, bem como “no sistema de controle interno de cada poder, no sistema de controle externo exercido pelo legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas”²⁸², além de todas as possibilidades de atuação da sociedade que facultavam uma espécie de controle social mediante atuação de conselhos, recursos administrativos e judiciais.

Contudo, ainda que se tenha procurado um controle adequado, dentro de uma concepção de burocracia weberiana (caracterizada pela organização eficiente,

²⁸⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa- publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

²⁸¹ MLESKI, 2005, p. 43.

²⁸² SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle Social: reformando a Administração para a sociedade. In: BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa, 2001- Monografias Vencedoras - 1º lugar: Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, p. 21-72, 2002

racionalidade²⁸³), muitos controles formais estabelecidos continuavam ineficazes, citando, como exemplo, a situação em que muitos gestores encontravam brechas na lei para promover a malversação de recursos públicos, além de que órgãos de controles internos não tinham autonomia suficiente para punir gestores. Nesse diapasão, como ressalta Francisco Carlos da Cruz Silva: “A Administração Pública brasileira incorpora uma característica patrimonialista que se superpôs ao modelo burocrático que era a intenção da Constituição de 1988”.²⁸⁴

Dentro desse aspecto, procurando corrigir a situação inadequada em termos de controle da Administração Pública, buscou-se a adoção de um modelo gerencial administrativo, como escopo da Reforma Administrativa de 1995. Nesse novo modelo gerencial, em contraposição ao modelo burocrático, dá-se maior liberdade ao gestor público, sendo que essa autonomia é incrementada mediante a descentralização e, desse modo, propugna-se pelo controle de resultados. Sendo assim, com intuito de obter resultados, é estimulado o controle social que aponte fatos para a responsabilização dos gestores públicos, fazendo com que a sociedade tenha maior participação. Nesse sentido, relata Francisco Carlos da Cruz Silva:

Sob esses argumentos, o plano da reforma visa à mudança de ênfase no controle formal, *a priori* de processos e busca a ênfase no controle de resultados e *a posteriori*. A sociedade, nesse sistema, deverá ter uma participação maior na fiscalização da atuação dos gestores e funcionar como uma forma de controle externo que seria o controle social.²⁸⁵

Do mesmo modo, ressalta Maria Tereza Fonseca Dias que a Reforma Administração gerencial busca a maior responsabilidade do cidadão na consecução de um controle administrativo mais adequado. Assim sendo, expõe a autora:

Partindo da premissa de dar responsabilidade ao cidadão em vez de servi-lo; introduzir a competição na prestação de serviços; transformar órgãos burocratizados; financiar resultados e não recursos; atender as necessidades do cliente e não da burocracia; gerar receitas ao invés de

²⁸³ Nesse aspecto, dispõe Max Weber: “O destino do nosso tempo, que se caracteriza pela racionalização, pela intelectualização e, sobretudo, pelo “desencantamento do mundo” levou os homens a banirem da vida pública os valores supremos, e mais sublimes. Tais valores encontram refúgio na transcendência da vida mística ou na fraternidade das relações diretas e recíprocas entre indivíduos isolados” (WEBER, Max. **Ciência e Política duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 51).

²⁸⁴ SILVA, 2002, p. 32.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 34.

despesas e introduzir mudanças por meio do mercado, os autores criaram o modelo gerencial que, em muitos aspectos, foi aplicado no programa de Reforma Administrativa gerencial brasileira.²⁸⁶

Outro aspecto relevante a ser considerado no controle social é a sua vinculação à transparência e sua atuação de fiscalização, em busca da boa governança, em conexão com a responsabilidade fiscal. Nesse sentido, destaca-se a importância da Lei da Responsabilidade Fiscal (LRF) - Lei Complementar nº 101/2000 que tem como um dos pilares a transparência na gestão pública, permitindo que a sociedade acompanhe como os gastos estão sendo utilizados e a possibilidade de responsabilização por eventuais desvios de recursos públicos. Essa ideia de transparência é fundamental para que se saiba como estão sendo conduzidos os negócios públicos. Dentro desse aspecto, dispõe Afonso Gomes Aguiar, no sentido que o administrador deve dar transparência de seus atos: “para que todo o cidadão tenha conhecimento do verdadeiro comportamento do administrador, na condução dos negócios públicos, ou negócios do povo”.²⁸⁷

A referência à transparência está expressa no § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 101/2000. quando relata que “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas [...]”. Como alerta Jair Santos: “Ao abordar o tema da transparência exsurge outro conceito, cujo conteúdo opõe-se frontalmente: aos seus auspícios: a corrupção”²⁸⁸, de modo, como prossegue o autor, a corrupção implica decomposição, putrefação, depravação e desmoralização, sedução e suborno em que se buscam vantagens ilícitas, denotando uma antítese à boa governança.

Igualmente, reconhece Márcio Ferreira Kelles na transparência um valor republicano, eis que o princípio da transparência descende diretamente do texto constitucional, como vetor do princípio da publicidade, inserto no art. 37, *caput*, da CF/88, de sorte, como dispõe o autor, fica evidente a essencialidade desse princípio da transparência, não apenas para uma gestão fiscal responsável, mas”sobretudo,

²⁸⁶ DIAS, Maria Teresa Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 211.

²⁸⁷ AGUIAR, Afonso Gomes. **Lei de Responsabilidade Fiscal- questões práticas**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 29.

²⁸⁸ SANTOS, 2003, p. 103.

por tratar-se de um valor republicano, que ressaí, a toda evidência, da ideia de que a coisa pública, e a ele deve ser prestada toda a clareza de seu manejo”.²⁸⁹

Nesse contexto, o princípio da transparência tem vinculação direta com a democracia, como ressalta Evandro T. Homercher: “O princípio da transparência integra a idéia de democracia. É uma identidade clássica, ainda que com nomes e matrizes diversos”²⁹⁰, de sorte que, como entende o autor, na sua evolução, esse princípio tornou-se parte estrutural do processo democrático.

Assim sendo, considerando essa relevância à transparência na gestão fiscal, a LRF, propiciando o exercício do controle social, em seu art. 48, parágrafo único dispõe que:

A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

O Tribunal de Contas da União, interligado ao controle social, no exercício do controle externo, tem a função de ser o guardião, como relata Márcio Ferreira Kelles, de “uma virtude cívica até aqui desconhecida da ampla maioria dos nossos gestores públicos: o zelo pelo necessário equilíbrio das contas públicas”.²⁹¹ Nesse sentido, dispõe Hélio Saul Mileski que o regramento balizador da regularidade fiscal, constante da LRF, exige um acompanhamento com vistas a verificar a regularidade dos procedimentos da gestão fiscal, considerando; “um planejamento elaborado com o atendimento do princípio da transparência, tornando-se, por isso, necessária a existência de um sistema de controle”²⁹² o qual deve verificar e exigir o cumprimento de normas que busque o equilíbrio das contas públicas.

Nesse passo, a atuação do TCU se coaduna com o controle social que zela para transparência das contas públicas e o estímulo da participação popular, mediante canais de interlocução com a comunidade, via ouvidoria ou apreciação de denúncias formuladas pelo cidadão. Outrossim, o Tribunal também tem o mister de colaborar com a gestão governamental de modo a corrigir os seus procedimentos

²⁸⁹ KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública Democrática-Tribunal de Contas no Controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 254-255.

²⁹⁰ HOMERCHER, Evandro T. O princípio da transparência: uma análise dos seus fundamentos. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 48, p. 275-303, mar./abr. 2008.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 262.

²⁹² MILESKI, 2003, p. 237

para que se obtenha uma gestão fiscal transparente, juntamente com o acompanhamento e fiscalização da sociedade, ligando Responsabilidade Fiscal com Responsabilidade Social. Nesse sentido, dispõe Valmir Campelo:

No que tange à Lei de Responsabilidade Fiscal, a intencionalidade do Tribunal não se pauta somente pela fiscalização punitiva, mas também pelo propósito de colaborar com a gestão governamental, indicando as correções adequadas às normas regentes[...]. Responsabilidade Fiscal com Responsabilidade Social, um novo caminho na gestão de recursos públicos, para a prosperidade do povo brasileiro.²⁹³

Outrossim, como havia sido disposto, o princípio da transparência, fundamental para o controle social, tem uma relação umbilical com a boa governança. Nesse aspecto, como dispõe André Jean- Arnaud e Eliane Botelho Junqueira, no trabalho denominado Dicionário da Globalização, governança, em sentido *lato*, relaciona-se a “um modo gestão eficaz, tanto privada, como administrativa e política”²⁹⁴, sendo que, no caso político, refere-se a um modo de gestão dos negócios públicos que não se resumem a uma categoria de atos do governo. Quanto ao sentido *stricto*, trata-se , como apresentam os autores:

modo de participação da sociedade civil na produção de políticas públicas, tanto no nível local, como nível regional ou global, “no que se refere à resolução dos problemas parapolíticos (no sentido da busca coletiva de objetivos a serem alcançados ou de realização de projetos coletivos) dentro e pelas configurações específicas de instituições, organizações e práticas governamentais (hierárquicas) ou extragovernamentais (não hierárquicas)” (JESSOP, 1995).²⁹⁵

Quanto à boa governança apresentam os mesmos autores que se trata de um processo, mecanismos, instituições que “favorecem a articulação dos interesses dos cidadãos, dos grupos e das negociações de conflitos, dando uma chance igual a todos”²⁹⁶, buscando uma melhoria progressiva, contínua e durável das condições de vida. Liga-se à idéia de eficácia, transparência de uma função pública

²⁹³ CAMPELO, Valmir. O Controle Externo e a Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 96, p.11-18, abr./jun. 2003.

²⁹⁴ ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs.) **Dicionário da Globalização–Direito - Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 233.

²⁹⁵ *Ibidem*,p. 233.

²⁹⁶ *Ibidem*,p. 236

descentralizada e responsável, reunindo meios de lutar contra a corrupção, na perspectiva do desenvolvimento da democracia e das liberdades públicas.

Canotilho, na perspectiva de um constitucionalismo societário e global, ressalta o assunto da *good governance* ou boa governança, significando, numa compreensão normativa: “a condução responsável dos assuntos do Estado”. Trata-se, não apenas da direção de assuntos do governo/administração, mas também da prática responsável de atos de outros poderes do Estado²⁹⁷, em que se inclui o poder legislativo e o poder jurisdicional. Ele envolve aspectos (repercussões politicamente fortes) como governabilidade, responsabilidade (*accountability*) e legitimação. Igualmente, uma boa governança deve atentar para os direitos humanos e os princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Nesse aspecto, dispõe Canotilho:

Compreendem-se, assim, os esforços de uma significativa parte da doutrina na firme elevação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a *pré-condição básica* de qualquer boa governação contra as tentativas de, a partir de teorias de ingovernabilidade, legitimar uma qualquer “metagovernança” ancorada na violência, na ideologia e nos interesses. Se hoje, se pretende falar de um Estado que está vinculado ao *princípio da justa medida*, isso significa sem dúvida que ele deve ser um Estado com uma boa governança, traduzida na gestão necessária, adequada, responsável e sustentável de seus recursos naturais e financeiros.²⁹⁸

Jayme Weingartner Neto e Vinicius Vizzotto reconhecem, na esteira dos ensinamentos de Canotilho antes esposados, a relevância do *princípio da condução responsável* que deve ser colocado no centro dos assuntos do Estado, com o “aprofundamento do contexto político, institucional e constitucional através da avaliação permanente do respeito pelos direitos humanos, dos princípios democráticos e do Estado de Direito”.²⁹⁹

Assim, considerando o contexto deste trabalho que retrata a sociedade civil, o cidadão no controle social, é mister considerar a relação entre a boa governança e a cidadania. Nesse aspecto, Canotilho reconhece a existência de novos conceitos de cidadania, considerando-a, no primeiro aspecto, como uma cidadania centrada na pessoa humana e não apenas em liberdades econômicas, como a liberdade de

²⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brancos**” e **Interconstitucionalidade - itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 332-333.

²⁹⁹ WEINGARTNER NETO; VIZZOTTO, p. 288.

circulação de pessoas, produtos e capitais. Outrossim, num segundo aspecto, consigna a existência de uma cidadania que, ao apontar o *accountability* (dever de cuidado dos poderes públicos e o dever de prestar contas) e os *responsáveis* (sintonia das aspirações dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos): “retoma as dimensões da *cidadania ativa e participativa* e não apenas a cidadania representativa”.³⁰⁰ Ainda, o autor reconhece uma cidadania global ou cosmopolita (novas constelações políticas pós-nacionais) e cidadania grupal (organizações não governamentais, comissões de avaliação, etc.).

Dentro da perspectiva da globalização, como “reorganização espacial da vida social: os espaços tradicionalmente reservados ao direito e à política não coincidem mais com o espaço territorial”³⁰¹, sendo um processo de pluralização cultural e o reconhecimento de novas identidades, redefiniram a prática democrática, de sorte que a “A democracia participativa passa a ser pensada como uma alternativa “concepção hegemônica” de democracia liberal (SANTOS, 2002)”.³⁰² Assim, o processo de globalização vincula-se ao fortalecimento da democracia, sendo que, no contexto da democracia participativa, consubstancia-se e se fortalece o controle social. André- Jean Arnaud reconhece como condição da globalização: “Uma tendência generalizada em todo mundo à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de Direito”.³⁰³

Ainda dentro do aspecto globalizante, o pluralismo jurídico que possa resultar representa, como dispõe Gunther Teubner, “abertura do direito diante da sociedade”.³⁰⁴ Desse modo, segundo esse autor, a regulação social pelo direito liga-se com a sua radical abertura aos fatos sociais. Nesse sentido, Teubner entende que a função controle social deve definir o direito no pluralismo jurídico³⁰⁵, de sorte a se incluir diferentes fenômenos sociais nesse pluralismo jurídico. Desse modo, a abertura do direito aos fatos sociais vincula-se como incentivo ao controle social, permitindo a formação do direito a partir do pluralismo jurídico, dentro do contexto globalizante, o que fortalece a democracia participativa, o *accountability*, em busca da transparência e da boa governança.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 334.

³⁰¹ ARNAUD; JUNQUEIRA, p. 223

³⁰² *Ibidem*, p. 122.

³⁰³ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização - lições de Filosofia de Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

³⁰⁴ TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimpe, 2005, p. 98.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 88.

Nesse contexto, Tribunal de Contas da União detém secretaria específica que fiscaliza a tecnologia da informação (que apura também a boa governança dos órgãos e entidades públicos) que é a SEFTI - Secretaria de Fiscalização da Tecnologia da Informação (função primordial: coordenar e realizar fiscalizações para avaliação de gestão e uso dos recursos de tecnologia da informação de um órgão ou uma entidade jurisdicionada- art. 4º, II, da Portaria SEFTI nº 001/2007 e art. 46 da Resolução TCU nº 199/2006) . Recentemente, a governança no setor público vem ganhando cada mais relevo³⁰⁶, no âmbito da Corte de Contas, bem como na administração pública federal. Assim, essa forma de governança corresponde a um dos Temas de Maior Significância (TMS), escolhidos para serem desenvolvidos pelo TCU, a partir de 2008. Desse modo, nessa estrutura de governança, interagem os cidadãos, a auditoria independente e controle externo, entre outros, com as consequentes estruturas de relacionamento, havendo sempre o intuito de ampliar o *accountability*, além de criar um ambiente propício aos controles de gestão.

³⁰⁶ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Informativo do Tribunal de Contas da União, ano XXIII, n. 166, set. 2008, p. 01.

2.1.3.3.2 Formas de atuação da gestão compartilhada no Brasil no exercício do controle social

Dentro da perspectiva do espaço público habermansiano, em que há o agir comunicativo de diferentes atores sociais, existem formas de atuação, no exercício do controle social, da gestão compartilhada da saúde. Assim sendo, para que se efetive a democracia sanitária, característica fundamental da gestão compartilhada sanitária, é necessário que ocorra a ampliação do espaço público, atentando para os interesses locais, no atuar do controle social, na efetivação, por conseguinte, da descentralização sanitária.

Assim, a descentralização sanitária, adotada pela nossa atual Constituição Federal, no seu art. 198, inciso I, dispõe que o Sistema Único de Saúde - SUS, como já exposto, tem como diretriz a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, considerando que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. Desse modo, os poderes são transferidos, dentro da distribuição de competências de nosso atual texto constitucional, para as autoridades que tiveram eleição local, no sentido que os Municípios têm competência, nos termos do inciso I do art. 30 da CF/88, de legislar sobre assuntos de interesse local, além de, como dispõe o inciso II, do mesmo dispositivo constitucional, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Representa, pois, a perspectiva de participação da comunidade na efetivação da democracia sanitária. Nesse sentido, dispõe Fernando Aith: “A participação da comunidade é, portanto, diretriz constitucional básica que deve ordenar as ações e serviços públicos de saúde”³⁰⁷, de sorte que a gestão governamental das ações e serviços públicos de saúde se dão na esteira de uma democracia sanitária, priorizando a forma de gestão pública da saúde, em que o poder político é exercido pelo povo.

Do mesmo modo, dispõe Germano Schwartz, que a descentralização sanitária tem relação íntima com a democracia das ações e serviços na saúde, de modo que, do ponto de vista: “psicológico, torna mais palpável a possibilidade de

³⁰⁷ AITH, p. 155

controle e participação dos mecanismos democráticos de decisão e procedimentos sanitários³⁰⁸, consubstanciando, por excelência, a gestão compartilhada na área da saúde.

Outrossim, ressaltam os autores Carvalho e Santos, no sentido de que: a descentralização político-administrativa das ações e serviços públicos é a espinha dorsal do Sistema Único de Saúde, de modo que, com o advento da Constituição Federal atual, houve a consagração expressa da descentralização das políticas e ações de saúde, com fixação da repartição de competências entre as atividades estatais, de sorte que : “a execução desses serviços e ações, antes feita por força de convênios, passou a constituir dever de cada esfera do governo”³⁰⁹, tendo que cada uma dessas esferas de governo possuem poderes e instrumentos pertinentes, decorrentes de legislação constitucional e infraconstitucional.

Destacando ainda aspectos de solidariedade e igualdade, na descentralização sanitária, em que há um novo tecido social que prima pela participação descentralizada, dispõe Sônia Fleury, que há a reposição de nossa: “especificidade regional em um patamar distinto, capaz de reivindicar um modelo de democracia onde impere a cogestão pública, retomando os princípios da solidariedade e igualdade”³¹⁰, considerando a complexidade que reconheça a subjetividade e diversidade como integrantes da cidadania.

Como meios de descentralização sanitária, na legislação brasileira atual, temos as formas interativas e não-excludentes da municipalização e os consórcios administrativos ou distritos, em que há maior participação da comunidade, na perspectiva da democracia sanitária que, neste trabalho, destaca-se, na esfera pública habermasiana, por ser deliberativa e inventiva.

A municipalização sanitária constitui um pilar fundamental na gestão compartilhada sanitária, representando um avanço constitucional e do SUS, efetivando a descentralização política, sendo base do federalismo. Ela é estabelecida pela Constituição Federal atual no seu art. 30, incisos I, II e VII, tendo em vista a legislação quanto a assuntos de interesse local, a suplementação de legislação federal e estadual e a prestação, com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, de serviços de atendimento à saúde da população. No SUS,

³⁰⁸ SCHWARTZ, 2003, p. 144.

³⁰⁹ CARVALHO; SANTOS, p. 80-81.

³¹⁰ FLEURY, p. 40.

há disposição quanto à descentralização político-administrativo, no art. 7º, inciso IX, alínea “a” da Lei nº 8.080/90, ao dar-se ênfase na descentralização dos serviços para os municípios. Outrossim, há as competências do SUS, consubstanciadas no art. 16, inciso I e XV, no sentido de implementar políticas públicas e promoção da descentralização para as unidades federadas, estadual e municipal, dos serviços e ações de saúde.

Do mesmo modo, há a competência da direção estadual do SUS, constante do art. 17, inciso I, da Lei nº 8.080/90, de promover a descentralização para os municípios dos serviços e ações de saúde, além da função da direção municipal do SUS, que pode ser a Secretaria Municipal da Saúde ou órgão equivalente, previsão no art. 18 do diploma legal referido, em seu inciso I, no sentido de participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com a direção estadual, além do disposto no inciso VII desse artigo, na intenção de formar consórcios administrativos intermunicipais.

Considerando que a municipalização da saúde é fator relevante na democratização sanitária, na gestão compartilhada da saúde, na medida em que dá prioridade aos interesses locais, sendo forma mais racionalizada de participação popular, Germano Schwartz³¹¹ elenca os benefícios trazidos por essa municipalização:

- 1) o interesse maior é o da localidade, devido às especificidades locais;
- 2) faz com que caiba ao Município a parcela mais importante da prestação sanitária, pois é ele que dispõe legal e materialmente sobre assuntos de interesse local-saúde;
- 3) grande parte da proteção à saúde é realizada no espaço local, respeitando-se as particularidades de cada região;
- 4) viabilizar uma administração moderna, privilegiando a competência, pois há uma vigilância maior sobre os encarregados do sistema, já que estes estarão em permanente contato com os cidadãos, que possuem participação no SUS (Art. 198, III, CF/88)

Quanto à participação da comunidade na gestão do SUS, existe o disciplinamento da Lei nº 8.142/90 que dispõe, em seu art. 1º, que o Sistema Único de Saúde contará, em cada esfera do governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, de uma Conferência de Saúde e Conselho de Saúde, sendo que a Conferência de Saúde, como relata o § 1º desse artigo, reunir-se-á a cada quatro

³¹¹ SCHWARTZ, 2001, p. 105.

anos, com a representação dos vários segmentos sociais, com o fim de avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, sendo convocada pelo Poder Executivo ou, de forma extraordinária, por esta ou pelo Conselho de Saúde. No tange ao § 2º desse art. 1º, dispõe que o Conselho de Saúde, tendo caráter permanente e deliberativo, é órgão colegiado que tem em sua composição representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política pública na instância correspondente, até mesmo quanto a aspectos econômicos e financeiros, tendo que as suas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo.

Contudo, são os conselhos municipais de saúde onde se identifica, de forma destacada, o exercício do controle e a construção da gestão compartilhada sanitária. Nos conselhos de saúde, há a interação dos atores sociais, no espaço público analisado, em prol do interesse público. Assim, dispõe Antônio Ivo de Carvalho:

Os Conselhos não são o “outro”, o *alter*, a sociedade ou no movimento social em relação ao Estado e sim o lugar, o espaço no interior do aparelho estatal, onde o “outro” se expressa, por isso, o espaço público, onde atores sociais se constroem como atores públicos. É claro que tal processo não se dá ao arrepio do que se passa na sociedade nos diversos territórios onde se materializa a esfera política. A obtenção do *status* público, que qualifica um segmento ou grupo de interesses a ter assento no Conselho, assim com o peso relativo das diversas representações, que definem uma certa correlação de forças, não são dados estabelecidos arbitrariamente pelo Estado, e sim pela dinâmica global da disputa de interesses.³¹²

Assim sendo, os conselhos de saúde estabelecem parâmetros de interesse público, eles não governam como destaca Antônio Ivo de Carvalho³¹³, mas definem o que deve ser feito e verificam e avaliam o que foi feito. É realizado um processamento técnico-político, com fundamentação e qualificação das propostas, cotejando o interesse público.

³¹² CARVALHO, Antônio Ivo de. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como reforma do Estado. In: FLEURY, Sônia (Org.). **Saúde e democracia: a luta do Cebes**. São Paulo: Lemos, p. 93-112, 1997.

³¹³ *Ibidem*, p. 105.

Os conselhos podem ser considerados espaços de exercício da cidadania. Assim, eles representam para os cidadãos a “abertura de possibilidades inéditas de se incorporaram ao debate e à vida política, através de um fórum que, como se viu, processa demandas específicas, segundo o interesse público”.³¹⁴ Desse modo, nas suas práticas sociais, os conselhos de saúde concorrem para as diferentes dimensões do indivíduo como ser social. Nesses termos, relata Antônio Ivo de Carvalho:

O advento dos Conselhos de Saúde, pelas práticas sociais que suscita e conforma, pode contribuir para que as diversas dimensões do indivíduo como ser social-trabalhador, usuário, consumidor, cliente- possam se encontrar ou integrar na condição– eixo de sujeito-cidadão. Assim, contribuir para uma reforma do Estado que, ainda que sirva para reorientar a economia, precisa ser reorientada para servir o cidadão.³¹⁵

Do mesmo modo, entende Germano Schwartz que a diferença que dá maior positividade aos conselhos municipais de saúde para a construção da gestão compartilhada sanitária, é o fato de que eles são órgãos colegiados que têm como integrantes o cidadão, de sorte, como relata o autor são os cidadãos que “irão propor a formulação de estratégias locais de saúde e no controle das ações e serviços sanitários”³¹⁶, considerando que cada conselho poderá ter uma diretriz ou aplicará uma decisão de política pública de forma distinta, de sorte que se tem um espaço público que não prevalece uma decisão única, mas uma pluralidade de opiniões e decisões.

Outra forma de exercício da gestão compartilhada sanitária, descentralizadora, são os consórcios administrativos intermunicipais que têm previsão nos arts. 10, 18, inciso VII, da Lei nº 8.080/90 e art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.142/90. São formas de descentralização das ações e serviços da saúde, de sorte que os consórcios buscam a conjugação de esforços, como dispõe o *caput* do art. 10 da Lei nº 8.080/90. Nesse sentido, o conceito de rede integrada, regionalizada e hierarquizada exige a conjugação de meios para obtenção de resultados mais eficientes. Desse modo, como ressaltam Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos: “o

³¹⁴ CARVALHO, p. 108.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 110.

³¹⁶ SCHWARTZ, 2003, p. 147.

consórcio intermunicipal tem sido um instrumento eficaz de atuação”.³¹⁷ Dentro desse enfoque, essa modalidade de organização do SUS pressupõe uma união de meios para obter um fim comum, de modo que se evitam duplicidades, agregam-se recursos, realizando atividades que um município sozinho não conseguiria, representando uma cooperação para melhor atender o interesse público.

A Lei nº 11.107 de 06/04/2005 disciplinou sobre os consórcios públicos, relatando que eles serão constituídas sobre a modalidade de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, gerando uma alteração no Código Civil, acrescentando o inciso IV ao art. 41, criando a figura da associação civil ao lado das autarquias. Eles serão constituídos por contrato, que deve ser precedido por um protocolo de intenções (cuja ratificação firma o contrato de consórcio público), podendo contar com servidores cedidos por entes federativos consorciados. Ademais, ele adquire a personalidade de direito público, quando se constituir sob a forma de associação pública, passando a integrar a administração pública indireta de todos os entes da federação consorciados.

Os consórcios públicos apresentam direção única, nos termos do § 1º, do art. 10 da Lei nº 8.080/90, de modo que ficam obrigados a respeitar o comando único de cada Secretaria Municipal de Saúde, sendo formalizados sob uma vontade única que atenda os interesses de todos. Contudo, a direção única é de cada município, não se transferindo ao consórcio, como alerta os autores Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos³¹⁸, de modo que eles não surgem como uma instância intermediária, mas como instrumento gerencial de administração.

Quanto ao controle social, consubstanciado no exercício do controle dos conselhos municipais de saúde sobre os consórcios, consignam os autores Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos que o consórcio não cria instância de governo, não gerando uma entidade que se sobrepõe ao município, ou melhor, à Secretaria Municipal de Saúde, de sorte que relatam:

O consórcio é um meio, uma forma de realização de programas, planos, serviços de interesse comum de todos os consorciados. Se compete ao conselho municipal de saúde discutir e aprovar as políticas de saúde e fiscalizar a sua execução no âmbito de seu município, o conselho deverá controlar as atividades do consórcio naquilo que interessa a seu município e foi objeto de acordo consorcial. Cada município, *per se*, deverá fiscalizar os atos do consórcio, devendo o consórcio encaminhar aos conselhos de

³¹⁷ *Ibidem*, p. 97.

³¹⁸ CARVALHO; SANTOS, p. 99-100.

saúde dos municípios participantes a necessária prestação de contas de suas atividades.³¹⁹

Quanto ao distrito sanitário, ele tem disposição no § 2º do art. 10 da Lei nº 8.080/90, ao relatar, que, no nível municipal, o SUS pode organizar-se em distritos de sorte a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde. Como alertam Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, o distrito sanitário existe para possibilitar o atendimento de situações gerais que não se alcançam pela prática de um plano de saúde, de modo que ele “se destina, prioritariamente, a realizar ações de saúde e se tornar uma forma privilegiada e desejável de exercício de controle social”.³²⁰ Do mesmo modo, entende Germano Schwartz que consórcios e distritos são formas de gestão compartilhada, de modo que: “Mitigam-se responsabilidades em nível municipal, ouvindo-se os Conselhos de Saúde de cada região - onde há a participação do indivíduo- na busca de uma saúde de, por e para todos”.³²¹

O orçamento participativo surge como outra forma de efetivação da gestão compartilhada sanitária, em que se permite a interferência direta da comunidade na implementação de certas ações públicas. Essa modalidade de controle social busca, como dispõe Cibele Cheron: “retirar das mãos da autoridade municipal eleita o monopólio da decisão sobre a alocação de recursos municipais, diminuindo a separação entre representantes e representados”.³²² Representa um novo espaço de discussão e debate em que se supre as lacunas que se verificam quando há fragilidade do Estado, respondendo, de forma concreta, às necessidades dos mais variados segmentos sociais. Outrossim, corresponde, como ressalta Cibele Cheron, na mesma página, a uma crítica à democracia representativa, implementando a participação direta do cidadão no sentido de intervir nas decisões relevantes de sua cidade.

Segundo Germano Schwartz o Orçamento Participativo (OP) corresponde a uma descentralização da descentralização e a regionalização da regionalização, pois tem o fim de promover a participação comunitária mediante o esquadrinhamento da cidade em diversas regiões, de sorte que: “A ideia era (é) a de simplificar as operações decisórias e “magnificar os resultados potenciais, pois o

³¹⁹ *Ibidem*, p. 100.

³²⁰ CARVALHO. SANTOS, p. 102.

³²¹ SCHWARTZ, 2003, p. 149.

³²² CHERON, p. 49.

diálogo seria entre o governo e as já existentes associações comunitárias”.³²³ Assim, conclui o autor, que a saúde em município é organizada mediante consórcio administrativo teria mais uma modalidade de gestão compartilhada..

Na concepção de Leonardo Avritzer, apresenta-se o orçamento participativo como instituto democrático, em que há maior participação social, detendo elementos característicos, como relata:: “o OP é uma forma de rebalancear a articulação entre a democracia representativa e a democracia participativa, baseado em quatro elementos”.³²⁴ Como primeiro elemento, cita o autor, a cessão de soberania por aqueles que a detêm como resultado de um processo representativo local - cessão feita às assembleias regionais e temáticas, sendo que todos os cidadãos são tornados membros. Como segunda característica, temos a reintrodução de elementos como a participação local (assembleias regionais) e de delegação (conselho municipal). Como terceiro elemento ou característica, tem-se que o orçamento participativo baseia-se na autorregulação soberana, ou seja, a participação envolve um conjunto de regras que são definidas pelos próprios participantes. Por fim, como quarto elemento, o OP se caracteriza por ser uma tentativa de reversão das prioridades de distribuição de recursos públicos em nível local através de uma fórmula técnica que varia de cidade para cidade - prioridade orçamentária que privilegia os setores mais carentes da população.

O orçamento participativo foi implantado pela primeira vez na cidade de Porto Alegre em 1989. Segundo Zander Navarro, essa implantação representou uma notável experiência de criação de um “espaço público não-estatal”na cidade de Porto Alegre, tratando-se de um “típico processo de descentralização que, sem alterar o formato e a envergadura da máquina estatal da cidade, reformulou, no entanto, quase completamente, a estrutura das decisões³²⁵, que se referia ao orçamento.

Igualmente, considerando a importância do orçamento participativo, a partir da experiência de Porto Alegre, dispõe Luciano Fedozzi que: “o orçamento é um

³²³ *Ibidem*, p. 149.

³²⁴ AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Participativo e a teoria democrática - um balanço crítico. In: NAVARRO, Zander; AVRITZER, Leonardo. (Orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, p. 13-60, 2002.

³²⁵ NAVARRO, Zander. Democracia e controle social de fundos públicos - o caso do “orçamento participativo” de Porto Alegre (Brasil). In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.) **O Público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 293-334, 1999.

instrumento de importância política fundamental para a gestão sócio-estatal”³²⁶, sintetizando grande parte da normatização legal da cidadania, pertinentes a direitos e deveres oriundos da reciprocidade e interação entre governados e governantes e das relações institucionais entre os poderes representativos do Estado.

Fedozzi³²⁷ elenca as três fases do orçamento participativo, no seu ciclo anual: 1) realização das Assembleias Regionais e Temáticas; 2) formação das instâncias institucionais de participação, tais como o Conselho do Orçamento e os Fóruns Delegados e 3) discussão do orçamento do Município e aprovação do Plano de Investimentos pelos representantes dos moradores no Conselho de Orçamento Participativo.

Na primeira fase, de março a junho, ocorrem reuniões deliberativas pertinentes a Assembléias Regionais que abarcam regiões em que se esquadrinha a cidade e as Plenárias Temáticas que ocorrem em locais independentes do recorte regional. As assembleias se realizam em duas rodadas, sendo que a primeira tem como pautas: prestação de contas pelo Executivo do Plano de Investimentos do ano anterior e apresentação do Plano aprovado para o orçamento seguinte, além da avaliação do Plano de Investimentos do ano anterior, pelos moradores da região e/ou participantes da temática pelo Executivo e primeiras eleições para os Fóruns de Delegados. A segunda rodada é organizada no sentido de o Executivo apresentar os principais elementos da política tributária e de receitas da peça orçamentária do próximo ano, bem como os representantes comunitários apresentam, para a assembleia dos moradores e para o Executivo, as demandas priorizadas, além da eleição de representantes ao Conselho de Orçamento Participativo.

Na segunda etapa, formam-se o Conselho de Orçamento Participativo (principal instância participativa - representantes comunitárias tomam contato com as finanças municipais, discutem e defendem as prioridades regionais e temáticas) e Fóruns de Delegados (instâncias colegiadas amplas que possuem um caráter consultivo, fiscalizador e mobilizador - reunião de forma esporádica). Na terceira etapa, com a posse dos novos conselheiros e delegados, inicia-se a fase de detalhamento e confecção do orçamento. Assim, os trabalhos do Conselho do Orçamento compreendem duas fases: discussão dos itens da receita e da despesa

³²⁶ FEDOZZI, Luciano. **O Orçamento Participativo - reflexões sobre a experiência de Porto Alegre**. 3.ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001, p. 98.

³²⁷ FEDOZZI, p. 106-115.

até o envio do Projeto de Lei do Orçamento à Câmara de Vereadores (30 de setembro) e elaboração do Plano de Investimentos (lista detalhada de obras e atividades priorizadas pelo Conselho de Orçamento).

Verifica-se que é no Conselho de Orçamento, com espaço público dialógico, em que os representantes comunitários discutem e defendem prioridades pertinentes às regiões e matérias temáticas, que se desenvolve uma esfera pública, na perspectiva da democracia da saúde, como forma de efetivar a gestão compartilhada sanitária.

As organizações não governamentais (ONGs), outrossim, realizam importante papel no controle social, atuando na gestão compartilhada da saúde, ocupando o espaço que o Estado não executa por inércia, citando como exemplos: Liga Feminina de Combate ao Câncer, Greenpeace, SOS Erro Médico, Grupo pela Vida/RJ (ONG/AIDS). Essas organizações são de personalidade jurídica de direito privado, não detendo finalidade lucrativa, representando a sociedade civil organizada e fazendo parte do terceiro setor. Elas podem assumir, consoante o interesse deste trabalho, a forma de Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Destacando as funções de interesse social das ONGs, dispõe Juarez Freitas:

As organizações sociais podem ser extremamente benfazejas se representarem, no plano concreto, um mecanismo complementar de atuação da sociedade civil na consecução, sem finalidade lucrativa, de tarefas de interesse social, perfeitamente catalogáveis como serviço público *lato sensu* ou de relevância pública.³²⁸

Ligadas ao aspecto de administração gerencial, na Reforma Administrativa, privilegiando mecanismos de controle de resultados, as organizações sociais para cumprirem o seu papel social, devem ser vistas, num ambiente de colaboração e mentalidade aberta, como ressalta Paulo Modesto:

³²⁸ FREITAS, Juarez. Organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 10, p. 617-622, ago. 1998.

Com efeito, parece possível interpretar e refletir o que representa o programa das organizações sociais para a redefinição do modo de intervenção do Estado no âmbito social, apenas se adotarmos uma *atitude de abertura*, de *ânimo desarmado*, negação da mentalidade burocrática antes referida, que desconfia do novo e renega de plano, adulterando o seu sentido próprio a partir de antigos esquemas conceituais.³²⁹

Assim, as ONGs começam a existir no período do regime militar, de sorte a poder acompanhar o padrão que se caracteriza a sociedade brasileira, em que, como relata Takeshy Tachizawa: “o período autoritário convive com a modernização do país e com o surgimento de uma nova sociedade organizada, baseada nos ideários de autonomia em relação ao Estado”.³³⁰, de modo que as ONGs constroem-se, consolidando-se no sentido do fortalecimento do campo de associações civis, de cunho diversificado, a partir dos anos 70, com crescimento acentuado nas décadas de 80 e 90. Essas organizações passaram a atuar em atividades que eram consideradas classicamente como próprias da atividade governamental, como relata Juan Carlos Navarro, como “prestação de serviços sociais e, em geral, a produção de bens públicos ou quase-públicos, como a educação, saúde, instrução infantil, habitação de baixo custo”³³¹, além de promoção comunitária e proteção ambiental, etc.

Como registrado, essas ONGs integram o Terceiro Setor que rompeu com a tradicional dicotomia entre Setor Público e Setor Privado, considerando o Estado como o Primeiro Setor e o Mercado, correspondendo ao Segundo Setor. Assim sendo, dispõe Andrea Nunes definindo o Terceiro Setor³³² como:

³²⁹ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das Organizações Sociais no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

³³⁰ TACHIZAWA, Takeshy. **Organizações Não Governamentais e Terceiro Setor- criação de ONGs e estratégias de atuação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 24.

³³¹ NAVARRO, Juan Carlos. As ONGs e a prestação de serviço na América Latina: o aprendizado começou. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 87-106, 1999.

³³² Interessante, nesse aspecto, para melhor compreensão do tema, a contribuição de Andrea Nárriman Cezne ao dispor que a tarefa de definir o terceiro setor não é fácil, considerando a abrangência que envolve o uso de termos como filantropia, responsabilidade social, organizações não governamentais, assistência social, compondo de todas essas partes e outras mais, não se reduzindo a nenhuma delas, de sorte que expõe: “Talvez a definição mais fácil seja a excludente: o terceiro setor compõe-se de organizações privadas, que não pertencem ao setor privado por não objetivarem o lucro; também são organizações que compartilham com o setor público estatal a defesa de interesses coletivos e a produção de bens coletivos. Entretanto, não fazem parte do Estado, mas são entes de iniciativa e composição privadas. Portanto, o terceiro setor caracteriza-se por sua composição de organizações privadas, sem fins lucrativos, que buscam a defesa de interesses coletivos, formatando um novo espaço público, que se caracteriza por ser não-estatal” (CEZNE, Andrea Nárriman. **Instituições de assistência social e imunidade tributária**: Porto Alegre. UFRGS, 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Programa de Pós-Gradua-

conjunto de organizações de origem privada, dotadas de autonomia, administração própria e finalidade não lucrativa, cujo objetivo é promover o bem-estar social através de ações assistenciais, culturais e de promoção da cidadania.³³³

Quanto às Organizações Sociais (OS), em nada dispõe a Constituição Federal de 1988, sendo elas, pois, criação do legislador infraconstitucional. Assim, a lei que as rege de nº 9.637, de 15 de maio de 1998, dispõe no seu artigo 1º, a definição das mesmas:

Art 1º- O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previsto nesta Lei.

Em consonância com o atual Código Civil, no seu art. 44, são estabelecidas as formas que podem assumir as pessoas de direito privado, considerando que, dentre elas, somente as fundações e sociedades civis não visam ao lucro. Assim, dispõem as autoras Paola Nery Ferrari e Regina Maria Macedo Nery Ferrari que: “Portanto, para que seja conferido o título de Organização Social a uma pessoa jurídica privada, tem esta necessariamente que ser constituída na forma de Fundação ou de Sociedade Civil”³³⁴, considerando, como prosseguem as autoras, os requisitos previstos na legislação específica, além de se submeter ao juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Executivo.

Desse modo, o ato que aprova e atesta a qualificação de uma Organização é um ato discricionário, condicionado à realização de um prévio juízo de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, dispõem Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari:

ção em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em : <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4335>> Acesso em 27 jan. 2009).

³³³ NUNES, Andréa. **Terceiro Setor - controle e fiscalização**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006, p. 25.

³³⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery; FERRARI, Paola Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 63.

Assim, quando o Ministro ou Titular encarregado da supervisão ou regulação da atividade desempenhada concordar com o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, em dar para uma determinada entidade o título de Organização Social, estar-se-á diante de um ato administrativo complexo e discricionário.³³⁵

Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que o controle do ato denegatório ou mesmo concessivo da qualidade de organização pode dar-se por desvio do poder, nas hipóteses de que o agente não persegue uma finalidade de interesse público ou mesmo persegue uma atividade de interesse público diversa àquela que a lei obrigava a perseguir. Nesse sentido, o autor se refere a situação de que o administrador, ao negar a qualidade de organização social a uma pessoa jurídica habilitada, como relata o autor: “não o faça no estrito cumprimento do interesse público- mas o faça com o desvio de poder”³³⁶, considerando duas razões: ou com a intenção de perseguir uma finalidade que é estranha ao interesse público (favorecer outrem ou prejudicar o postulante) ou perseguir outro interesse público cuja a norma não comporta. Nessas situações, o ato denegatório será invalidado.

As organizações sociais firmam com o poder público um contrato de gestão. Esses contratos passam a ter configuração na Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, quando acresceu ao *caput*, do art. 37 o princípio da eficiência e dispor, no § 8º do mesmo artigo, que a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser feita por meio de contratos a serem firmados entre os seus respectivos administradores e o Estado, os quais devem fixar metas de desempenho para o órgão ou entidades.

Essa nova disposição constitucional compatibilizou-se com uma nova Administração Pública que, no exercício de suas atividades, admite a gestão de entidades privadas em atividades de interesse público, consoante ocorre com os contratos de gestão referidos no art. 5º da Lei nº 9.637/98 que relata que esses contratos correspondem a instrumento firmado com o Poder Público e a entidade qualificada, como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relativas às relacionadas no art. 1º.

³³⁵ *Ibidem*, p. 66.

³³⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

Essa modalidade de contrato de gestão e seu controle pelo TCU serão melhor abordados na terceira parte deste trabalho.

Outra espécie de ONG, que interessa a este trabalho, são as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), regidas pela Lei nº 9.790, de 30 de março de 1999. Assim, as OSCIPs, como registra o art. 3º da Lei nº 9.790/99, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham, pelo menos, uma das atividades elencadas, no inciso I a XII desse artigo, destacando, de forma sintética, promoção de assistência social, cultura, ensino gratuito, segurança alimentar e nutricional, do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social, de direitos estabelecidos e construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar, da ética, da paz e da cidadania; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e estudos e pesquisas, além do desenvolvimento de tecnologias alternativas.

As OSCIPs firmam Termos de Parceria com o Poder Público, como registra o art. 9º e 10º da Lei nº 9.790/99, destinado, como dispõe o art. 9º, à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da lei regente. Esses Termos de Parceria e seu controle pelo TCU serão, igualmente, melhor abordados na terceira parte deste trabalho.

Ao propor distinções entre as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari³³⁷ dispõem que a concessão de título a uma Organização Social é discricionário, enquanto que para as OSCIPs é vinculada e concedida para os sujeitos que preencherem os requisitos indicados pela lei, referindo-se ao art. 2º da Lei nº 9.790/99 que registra quais são os sujeitos (incisos I a XII) que não poderão ser considerados como OSCIPs, no caso, resumidamente: as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe; as instituições religiosas; as organizações partidárias; entidades de benefício mútuo (propiciar bens e serviços a um círculo restrito de associados); as entidades e empresas que comercializam planos de saúde; as instituições hospitalares privadas; as escolas privadas; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas e fundações, sociedades civis e associações de direito privado criadas por órgão público ou por

³³⁷ FERRARI, Regina; FERRARI, Paola; p. 82-84.

fundações públicas e organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da CF/88.

Além disso, para obtenção de qualificação de OSCIP, a pessoa jurídica de direito privado deve habilitar-se perante o Ministério da Justiça- art. 7º da Lei nº 9.790/99, o que difere das Organizações Sociais que, ao receberem o título, já são entidades de interesse social e de utilidade pública. Outrossim, como já referido, as OSCIPs firmam Termos de Parceria e as Organizações Sociais, contratos de gestão. Ademais, o universo de atividades das OSCIPs é mais amplo, enquanto que as Organizações Sociais só podem trabalhar em ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Como dispõe Germano Schwartz essas Organizações não governamentais representam um “novo paradigma de esfera pública”³³⁸, sendo uma associação cooperativa/participativa, tendo como responsabilidade encontrar um meio-termo entre deveres/direitos de ambas as partes: ONG e Estado.

Como demais formas de participação popular na saúde, além daquelas que envolvem a participação da via judiciária, quando a política pública não atenda a necessidade da população ou quando decisões oriundas do espaço público não são cumpridas, em que o indivíduo exerce a sua cidadania via judicial ou que o Ministério Público exerce, nos termos do art. 129, da CF/88, em sua missão de defender interesses difusos, como o da saúde, inclusive podendo se recorrer à Defensoria Pública quando não há condições de pagar a defesa, temos outros mecanismos que podem contribuir para a gestão compartilhada sanitária, como dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁹.

Assim, destaca Maria Sylvia Di Pietro a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, em que expõe: “É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado Democrático de Direito”³⁴⁰, já que aproxima o particular da Administração Pública, rompendo barreiras entre o Estado e a sociedade. Elenca a autora formas de participação popular na Administração Pública que pode ser direta (direito de ser ouvido e enquete) e participação indireta.

³³⁸ SCHWARTZ, 2003, p. 152.

³³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 32.

Quanto ao direito de ser ouvido, liga-se ao direito de defesa, realçando o princípio do contraditório, no devido processo legal- com disciplinamento na Constituição Federal de 1988 - direito de petição; do devido processo legal (art. 5º LIV) e contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV). No tocante à enquete- consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral (No Brasil, não há muita coisa nesse sentido, havendo um início, citando, por exemplo, o art. 58 da CF/88, que consigna a possibilidade de realização de audiências públicas, pelas Comissões do Congresso Nacional, com setores da sociedade civil).

No tocante à participação popular indireta, refere Maria Sylvia Di Pietro a participação popular em órgãos de consulta (na CF/988 - participação de seis cidadãos no Conselho da República- dois pela Câmara de Deputados e dois nomeados pelo Presidente da República- art. 89, além da legislação ordinária- previsão de vários conselhos: Conselho Federal de Educação, o Conselho de Defesa de Direitos Humanos e Conselho Tutelar). Acresce a participação em órgãos de decisão como no caso do Conselho Federal, o Conselho Tutelar, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou colegiados de Universidades, citando, na Constituição Federal, hipóteses de gestão democrática: na seguridade social - arts. 194, parágrafo único, inciso VII, 198, inciso III e 204, inciso II; educação - art. 206, inciso VI; fixação da política agrícola- art. 187; proteção do patrimônio cultural - art. 216, § 1º.

Descreve ainda a autora, como participação indireta, a participação por meio do “*ombudsman*” - tratando de ouvidoria, proteção dos cidadãos - que será melhor abordado na terceira parte deste trabalho. Refere também à atuação do Tribunal de Contas da União, em denúncia feita por cidadão- art. 74, § 2º da CF/88, que será, igualmente, melhor tratado na terceira parte do trabalho. Por fim, há a referência ao art. 58, § 2º, inciso IV, em que se institui Comissões do Congresso Nacional para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões de autoridades ou entidades públicas.

No tocante à efetividade do direito de saúde, dentro da concepção deste trabalho, sustenta-se a realização da gestão compartilhada da saúde que propicia condições para que o direito fundamental social da saúde se efetive, em que o Tribunal de Contas da União presta a sua contribuição, como se verá melhor a seguir neste trabalho. Esse entendimento alicerça-se na perspectiva da democracia sanitária, em que se destaca a participação popular, considerando que, dentro do

Estado Democrático de Direito, o indivíduo, no exercício da cidadania, busca o controle social da gestão pública. Dentro desse enfoque, dispõe Germano Schwartz:

A sociedade organizada também faz parte do equacionamento da questão da saúde, agindo e/ou influenciando os órgãos competentes, no sentido de tutelar seus interesses, pois a saúde é um problema cuja solução não se restringe a um único agente.³⁴¹

Igualmente, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta ser o direito de saúde um dever de todos:

Além do mais, cumpre lembrar a circunstância elementar- embora nem por isso devidamente considerada- de que a saúde não é apenas dever do Estado, mas também da família, da sociedade e, acima de tudo, de cada um de nós.³⁴²

Por fim, considerando a relevância do direito fundamental social da saúde e a imperiosa necessidade de sua efetivação, expomos as considerações de Germano Schwartz:

O importante é que a saúde seja efetivada, não importa através de que procedimento ou expediente técnico, pois a saúde é meio de preservação e de qualidade de vida, o bem máximo da humanidade.³⁴³

Na próxima etapa deste trabalho, iremos abordar a contribuição do Tribunal de Contas da União, com estímulo e aprimoramento do controle social, para a gestão compartilhada da saúde, de sorte a aliar o controle oficial ao controle social.

³⁴¹ SCHWARTZ, 2001, p. 182.

³⁴² SARLET, 2002, p. 16.

³⁴³ SCHWARTZ, Germano. A saúde com direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista Ajuris**, n. 83, p.179-200, set. 2001.

3 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOCIAL COM ÊNFASE NA ÁREA DA SAÚDE

Nessa última etapa do trabalho, passa-se a dispor sobre a conexão entre as atividades de controle externo do Tribunal de Contas da União com a sua contribuição na gestão compartilhada da saúde, sob o enfoque do controle social.

3.1 A FISCALIZAÇÃO DO TCU E SUA CONTRIBUIÇÃO NA GESTÃO COMPARTILHADA DA SAÚDE

Nesse aspecto, passa-se a abordar neste tópico as atividades de estímulo e aprimoramento do controle social exercidas pelo TCU, consoante a disponibilização de canais de comunicação com a sociedade, na perspectiva de uma esfera pública ampliada e no agir comunicativo habermasiano, como o acesso à ouvidoria, a consecução do programa diálogo público, o recebimento e apuração de denúncias e representações, o exercício da atividade pedagógica da Corte de Contas com incentivo a esse controle social, buscando-se consignar a contribuição do Tribunal, sob o enfoque da gestão compartilhada sanitária, para a proteção e efetividade do direito fundamental social da saúde.

3.1.1 A Atuação do TCU e o controle social

Dessarte, como primeiro aspecto a ser abordado, tem-se o estímulo do controle social como objetivo estratégico do TCU, no sentido de ampliar o diálogo, o agir comunicativo entre o Tribunal e a sociedade, disponibilizando um maior leque de canais de comunicação, referidos em normativos internos da Corte de Contas, em prol do fortalecimento desse controle social que concorre para salvaguardar o direito fundamental social da saúde, dentro do exercício da gestão compartilhada sanitária.

3.1.1.1 O controle social no Plano Estratégico do TCU

O controle social merece destaque no atual Plano Estratégico do TCU, abrangendo o período de 2006-2010.³⁴⁴ Ele corresponde a um objetivo estratégico dessa Corte de Contas, que se liga com as expectativas e demandas da sociedade, no sentido de corresponder ao que o TCU deve fazer para cumprir a sua missão institucional e alcance de sua visão de futuro.

Assim, a atuação do Tribunal de Contas passa a ser orientada por objetivos estratégicos previstos no Plano referido, sendo que o estímulo ao controle social vem ganhando cada vez mais destaque como escopo institucional e referencial estratégico. Considerado como um desafio pela Corte de Contas cuja indução envolve complexidade, o estímulo ao exercício do controle social exige medidas que facultem e incentivem a participação ativa do cidadão no controle da gestão pública, incluindo aspectos que se relacionam com a probidade moralidade, eficiência, economicidade e publicidade dos atos de gestão, como é disposto na fl. 29, do Plano Estratégico mencionado.

O papel do cidadão, portanto, ganha relevo, considerando as suas constatações sobre o atuação da gestão pública, possibilitando o fornecimento de informações sobre o mau uso dos recursos públicos, exercendo, assim, um papel importante com vistas ao fortalecimento das ações de controle desta Corte de Contas, como ocorre com as denúncias apresentadas que são autuadas e apuradas pelo TCU, em consonância com o consignado na sua Lei Orgânica. Assim, temos como indicadores do objetivo de estimular o controle social, consoante tabela:

Estimular o controle social- indicadores e sua descrição
Objetivo Estratégico-Plano Estratégico 2006-2010³⁴⁵

Indicador	Descrição
Ações de fortalecimento do controle social realizadas	Número de ações de fortalecimento do controle social adotadas
Denúncias apresentadas	Número de denúncias autuadas no TCU

³⁴⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Plano Estratégico 2006-2010. Brasília, 2007.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 29.

Nesse sentido, Valmir Campelo enfatiza o caráter democrático do controle social, em que o papel da cidadania ativa tem relevância no exame da gestão pública, como dispõe sobre o caráter vantajoso desse controle:

Revela-se promissor na medida em que os indivíduos e as suas entidades representativas podem deflagrar ações efetivas para proteger os interesses da coletividade. É a participação cidadã emergindo como agente de mudança e mostrando o papel de cada um ante a conduta do Estado. É o homem comum sentido-se responsável pelos seus rumos. Agindo assim, a nova cidadania consolida o controle social, provocando a ação de instituições que têm como missão zelar pelo patrimônio público.³⁴⁶

Igualmente, como dispõe Jane Carvalho Breder, as contribuições do TCU para o incremento do controle social se coadunam com a consolidação da democracia participativa e o desenvolvimento da cidadania:

Como se vê, o fortalecimento do controle social e a consolidação da democracia participativa no Brasil têm, pela frente, muitos degraus a serem superados e uma longa jornada a ser cumprida, mormente em face da luta travada entre aqueles que buscam tirar proveito pessoal da *res publica* e entre aqueles que trabalham para que a transparência no seu trato e a garantia do interesse público sejam parte da cultura nacional. Cabe ao Tribunal, diante da magnitude do desafio, buscar soluções criativas que possam contribuir para o desenvolvimento da cidadania e para a consolidação de uma sociedade verdadeiramente democrática, onde o desenvolvimento econômico se harmonize com a justiça social.³⁴⁷

Nesse sentido, está o cidadão, no exercício do controle social, exigindo que direitos, previstos na atual Constituição Federal, sejam efetivados (como o direito à saúde), como bem lembra Valmir Campelo:

Surge, portanto, o controle social como instrumento de maior relevância, a refletir a postura do cidadão diante do Estado e a sua disposição para exigir os direitos lastreados pela Constituição. É o anseio natural das pessoas em influir de algum modo nas resoluções que repercutirão sobre elas, não se conformando em apenas se fazer representação no processo de formação das políticas de governo.³⁴⁸

³⁴⁶ CAMPELO, Valmir. Controle social da gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará**, n.16, p. 119-12, jan./dez. 2004.

³⁴⁷ BREDER, Jane Carvalho. Controle Social- Um modelo em construção : contribuições do Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União. p. 189-202, 2006.

³⁴⁸ CAMPELO, 2004, p. 122.

Conquanto o tema controle social há muito seja objeto de preocupação por parte do TCU, consubstanciado em estudos sobre as tendências do controle da gestão pública e também assunto do Prêmio Serzedelo Corrêa 2001, com o tema: “Perspectivas para o Controle Social e Transparência da Administração Pública”³⁴⁹, somente a partir de 2003, o Tribunal passou a incluir, em seus Planos Estratégicos, o estímulo ao controle social como mister institucional, o que se deu com a Portaria TCU nº 59, de 20 de janeiro de 2003, em que ressaltava o acesso de informações pela sociedade, no intuito de que se apoie os esforços dos órgãos de controle no combate à corrupção e na defesa de seus anseios, de sorte que o estímulo ao controle social se traduza no incentivo à participação da sociedade e das organizações governamentais no esforço de prevenir a corrupção e o desperdício.

Nesse passo, a Portaria TCU nº 28/2005 (aprova o plano de diretrizes do TCU para o biênio 2005-2006), na fixação de metas, como àquela pertinente a ampliar a efetividade das ações de controle relativas ao combate à corrupção, desvio e fraude, trazia como indicador as ações de fortalecimento do controle social. Atualmente, a Portaria TCU nº 02, de 05 de janeiro de 2006 (aprova a atualização do Plano Estratégico do TCU para o quinquênio 2006-2010) estabelece que as ações desse Plano que têm referencial estratégico e seus resultados serão monitorados e revistos periodicamente, com a finalidade de identificar e antecipar estratégias e necessidades institucionais em que se insere o estímulo ao controle social como objetivo estratégico relevante.

3.1.1.2 O TCU e seus normativos internos no controle social

Com vistas a disciplinar o fortalecimento do controle social pela Corte de Contas, o TCU elaborou a Portaria nº 176, de 03 de agosto de 2004, ainda em vigor. Essa Portaria ressalta a importância estratégica para o Tribunal do estímulo ao controle social, como forma de combater a corrupção e a busca da melhoria dos

³⁴⁹ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública. Prêmio Serzedello Corrêa 2001. Monografias Vencedoras. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

serviços públicos, coadunando-se com a concepção da boa governança. Ademais, destaca-se a participação dos órgãos de controle na realização de ações educativas, dentro da perspectiva da função pedagógica da Corte de Contas, quanto aos conselhos de acompanhamento e fiscalização de programas sociais.

Nesse sentido, as ações de fortalecimento de controle social, dentro do que enfoca o art. 2º dessa Portaria, consubstanciam-se entre outras ações que facultam a participação do cidadão e da sociedade civil no controle dos recursos públicos, aliando-se ao controle externo exercido pelo TCU; pela realização de encontros de natureza educativa com segmentos organizados da sociedade civil, como no caso de conselhos, associações, organizações governamentais e outros assemelhados, bem como na promoção de diálogos públicos (tópico que será melhor visto a seguir neste trabalho) que tenham como público-alvo setores da sociedade civil. Além disso, com outro exemplo da abordagem pedagógica da Corte de Contas, temos a divulgação de cartilhas e outras publicações que busquem estimular e aprimorar o controle social.

Passa-se, outrossim, a entabular a interlocução do Tribunal com a sociedade civil, dentro da perspectiva de uma esfera pública habermasiana, com estabelecimento de canais de comunicação, como pela internet, documentos escritos que noticiam fatos ou divulgação de informações de interesse da sociedade em locais acessíveis e formato de fácil compreensão mediante os quais a Corte de Contas dialoga com a cidadania e a sociedade civil organizada, de forma que se cumpra a missão institucional do Tribunal de assegurar a efetiva e regular gestão de recursos públicos em prol da sociedade.

A relevância dada pela Corte de Contas ao desenvolvimento das ações de fortalecimento do controle, no sentido que dispõe o art. 3º da Portaria em apreço, colocam essas ações no patamar de estratégia institucional, devendo ser contemplado no planejamento das ações das unidades do Tribunal. Nesse diapasão, como expõe o art. 4º da Portaria, o deslocamento de servidor do TCU na realização de trabalhos de controle externo deve, sempre que possível, conjugar-se com o desenvolvimento de ações de fortalecimento de controle social no município de destino ou naqueles localizados no trajeto percorrido.

Ademais, essa Portaria de nº 176/2004 traz como anexo roteiros para a realização de encontros com conselheiros do Programa Nacional de Alimentação

Escolar - PNAE, exemplo prático do estímulo do controle social exercido pelo TCU, que será melhor abordado em tópico específico deste trabalho a seguir.

Dentro desse enfoque, como forma destacada de diálogo entre o Tribunal e a sociedade temos a ouvidoria do TCU. Essa modalidade de estímulo ao controle social aprimora a comunicação, na interação da Corte de Contas com a sociedade, buscando dar mais eficiência e eficácia ao controle exercido pelo TCU.

O ouvidor tem como mister, segundo dispõe Edson Luiz Vismona³⁵⁰, o exercício de representação do cidadão junto à instituição em que atua, bem como formando um canal de comunicação entre a instituição e o cidadão. Nesse aspecto, reporta-se diretamente ao dirigente do Órgão em que exerce as suas funções, necessitando de total respaldo do Dirigente do órgão em que atua. Sua atuação caracteriza-se pela autonomia e independência, tendo sempre presente que seu papel não é de criticar a política adotada, mas sim concentrar a sua atuação no serviço prestado. Busca, assim, a melhoria da qualidade do serviço prestado, estabelecendo uma parceria interna em prol da qualidade, com intuito de obter a eficiência e a austeridade administrativa.

Como meio de interlocução, do agir comunicativo, como dispõe Habermas³⁵¹, a atividade de ouvidora agiliza as informações, facilitando o acesso com simplificação de procedimentos, encaminhando uma questão à área em que deve ser solucionada e acompanhando a sua tramitação, como relata Edison Vismona. Assim, o ouvidor não decide sobre o andamento e os procedimentos que serão adotados, não detendo poder coercitivo, apenas sugere e recomenda. Nesse sentido, como ressalta o autor, o ouvidor deve ter livre acesso a todos os setores do Órgão em que deve exercer as suas funções, de sorte que possa apurar e propor as soluções requeridas em cada situação, propugnando pela correção de erros, omissões ou abusos cometidos, atuando na prevenção e solução de conflitos, preservando a credibilidade. Estimula-se, desse modo, a participação do cidadão e a informação dos serviços prestados, garantindo os direitos do cidadão usuário do

³⁵⁰ VISMONA, Édison Luiz. A Ouvidoria no Brasil e seus princípios. In: Associação Brasileira de Ouvidores/*Ombudsman* – ABO Nacional.. **A Ouvidoria no Brasil**. São Paulo, p. 11-20, 2001.

³⁵¹ Esse agir comunicativo se consubstancia na esfera pública ampliada proposta por Habermas, como já abordado, dentro da interação intersubjetiva de diferentes atores sociais, em que se inclui o Tribunal de Contas, em busca do entendimento, o consenso, em consonância com a doutrina habermasiana que dispõe: “A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo” (HABERMAS, II, 2003, p. 92).

serviço público, sendo que o ouvidor deve apresentar relatórios regulares ao Dirigente do Órgão em que atua.

Assim sendo, considerando o relevo da participação do cidadão na Administração Pública, Garcia de Enterría faz uma ressalva no sentido de que essa participação cidadã, no destaque do interesse social que representa, não é *uti singulis* (privilegiar interesse próprio), mas sim *uti socius*, ou *uti cives* (membro da comunidade), como dispõe:

Hay que comenzar por hacer una salvedad, nos referimos a la participación del ciudadano en el funcionamiento de la Administración no *uti singulis*, como parte en un procedimiento, esto es, como titular de intereses o derechos propios, sino como miembro de la comunidad, *uti socius*, *uti cives*, como simplemente afectado por el interés general.³⁵²

Sendo instituída para a oitiva dos reclamos da sociedade, a ouvidoria liga-se com a figura do *Ombudsman*, como relata Édison Vismona:

A figura do *Ombudsman* surgiu na Suécia, no início do século XIX, em um claro fortalecimento dos direitos do cidadão diante do poder do Estado. A sua função era de fiscalizar a aplicação das leis por parte dos funcionários públicos. *Ombudsman*, expressão de origem nórdica, resulta da junção da palavra *ombud* que significa “representante”, “procurador” com a palavra *man*- homem e não comporta variação (de número ou de gênero), portanto, é equivocado falar-se em “Ombudswoman”.³⁵³

No Brasil, o Constituinte de 1988 não acolheu as propostas de instituir o Ouvidor com as características clássicas, sendo que os ouvidores exercem as suas funções na União, Estados e Municípios em que forem nomeados pelo Chefe do Executivo, geralmente por força de Decreto.

Nesse sentido, a ABO Nacional- Associação Brasileira de Ouvidores/*Ombudsman*³⁵⁴ foi criada em março de 1995, no I Encontro Nacional de Ouvidores em João Pessoa/PB, sendo que, de início, tinha cerca de 20 associados

³⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, . 7.ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 85.

³⁵³ VISMONA, 2001, p. 11.

³⁵⁴ Referência ABO Nacional: <<http://www.abonacional.org.br>>.

entre ouvidores públicos e *ombudsman* da iniciativa privada. Contudo, a instituição vem crescendo e hoje, a ABO tem cerca de 380 associados em todo o Brasil.³⁵⁵

João Elias de Oliveira entende que o ouvidor brasileiro constitui-se em um quase-*ombudsman*, considerando que o *ombudsman* tradicional e a ouvidora brasileira, em que pese terem adotado conceitos similares em suas ações operacionais, não podem ser considerados como instituições efetivamente iguais. Nesse passo, a diferença que se destaca é que o *ombudsman* transita no lado externo da administração, atuando individualmente e obrigatoriamente indicado, eleito ou apontado pelo Parlamento, com independência plena e autonomia de ação, mandato fixo e, na maioria dos países, propugna pela defesa dos interesses e direitos do cidadão. Contudo, o ouvidor brasileiro apresenta distinções em sua forma de atuação, como expõe:

Nós temos uma configuração diferente. Ao contrário do *ombudsman*, a quase totalidade das ouvidorias públicas brasileiras tem como característica principal o fato de serem órgãos integrantes da Administração, sejam elas do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, exercendo as suas ações de modo individual como Ouvidor, ou então como um sistema ou rede, usando a reclamação como garantia do controle interno das instituições. Em seu agir, assume a representação do cidadão na sua qualidade de usuário e destinatário de serviço público. Um outro ponto importante de distinção localiza-se na independência e autonomia funcional. Distintamente do *ombudsman*, o detentor da função de ouvidor atua com relativa autonomia em relação as demais autoridades, sendo, quase sempre, um servidor beneficiário de cargo em comissão, não possuindo a necessária garantia de mandato, e podendo ser demitido a qualquer momento. A eficiência da ouvidoria dependerá exclusivamente das condições e competência profissional de quem a dirige e que tenha a habilidade de apresentar e demonstrar independência, personalidade e comprometimento, além de ter boa exposição pública através da mídia, razoável cumplicidade positiva e relacionamento com a comunidade e o necessário talento para o diálogo e o trânsito político.³⁵⁶

Todavia, o autor, mencionado no parágrafo anterior, entende que as distinções apresentadas não impedem que o ouvidor nacional cumpra e atinja os

³⁵⁵ Tendo atuação na administração pública (União, Estados e Municípios), em órgãos da administração direta, indireta e concessionárias e nas empresas privadas nas mais diversas atividades, consoante expõe o texto: “O Ouvidor no Brasil” de Édison Luis Vismona, no site da ABO Nacional (VISMONA, Édison Luiz. O Ouvidor no Brasil. **Textos ABO Nacional- Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman**. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/textos>> Acesso em 12 nov. 2008).

³⁵⁶ OLIVEIRA, João Elias. Ouvidora Pública Brasileira: A evolução de um modelo único. **Textos ABO Nacional- Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman** <<http://www.abonacional.org.br/textos>> Acesso em 12 nov. 2008.

objetivos básicos, devendo, contudo, aproximar-se cada vez mais do perfil do *ombudsman* clássico. Outrossim, com os novos instrumentos de acesso dados ao cidadão, como a internet, dentro do enfoque de conquistas democráticas, dispõe o autor em apreço que se amplia a participação da cidadania, consolidando a democracia participativa na sociedade digital, em que se busca uma governança mais ativa, transparente, atentando-se, assim, para uma boa governança que atua sob um instrumental eletrônico.³⁵⁷

Nesse sentido, deve-se buscar a aproximação da administração pública com o cidadão³⁵⁸, levando em conta as reivindicações propostas, com vistas a promover

³⁵⁷ As constatações feitas se coadunam com a concepção de que o *ombudsman*, dentro da perspectiva democrática, tem a função de defesa dos direitos humanos. Dentro desse enfoque dispõe Daisy de Asper y Valdés: “Ainda, é função do *Ombudsman* reforçar os canais existentes e prover os meios para a proteção dos direitos humanos. De fato, o mais significativo desafio para o *Ombudsman* é a defesa dos direitos dos mais desfavorecidos na sociedade. Em países em desenvolvimento, é, de fato, a ausência de muitos desses direitos ou meios de obrigar seu cumprimento que torna a instituição essencial no seu significado e propósito- qualquer instituição que visa a melhoria da qualidade de vida para o indivíduo e assegura que alguém está alerta para a proteção de seus melhores interesses tem não somente um significado simbólico, mas também um valor prático imensurável” (VALDÉS, Daisy de Asper y. *Ombudsman: um mecanismo democrático para o controle da administração*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 27, nº 105, p. 131-152, mar./jun. 1990). Todavia, na realidade, há limitações institucionais na proteção dos direitos do cidadão, como os seus próprios direitos humanos, que precisam ser superadas, sendo a figura do *ombudsman* importante nesse processo de reversão em prol do cidadão. Nessa perspectiva, relata Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes: “Os efeitos gerados no seio da administração pública do Brasil pelo regime autoritário e de tendência tecnocrática, vigente nas últimas duas décadas, a complexificação e a multiplicação de instrumentos de intervenção do Estado na sociedade, as limitações dos atuais meios institucionais de proteção aos direitos do cidadão e as deficiências dos atuais meios de controle dos atos administrativos tiveram como corolário, de um lado, a neutralização dos direitos de cidadania, e de outro, a falta de eficiência e credibilidade da administração pública brasileira. Ao mesmo tempo em que ocorreu um cerceamento fático do direito de defesa do indivíduo diante do Estado, processou-se um vigoroso estrangulamento do acesso do cidadão ao controle e avaliação da gestão pública, provocando a asfixia do próprio aparelho administrativo. A reversão deste processo, abrindo espaços para o cidadão exercer seu direito de avaliação e controle da gestão pública, denunciando e representando contra erros e injustiças praticadas pelo Estado, é necessária não só para o resgate dos direitos do cidadão, como também para a oxigenação, o aprimoramento e a humanização dos serviços administrativos. A importação e a adaptação do *ombudsman*, como afirma Cretella Júnior, “nos vários países, têm sido consideradas, por um lado, como oportunas e convenientes, no resguardo das liberdades públicas, ameaçadas pelo arbítrio administrativo, de outro, como capazes de prestigiar o próprio renome da Administração, aumentando a confiança do cidadão na justiça administrativa” (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A institucionalização do *Ombudsman* no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 167, p. 01-21, jan./mar. 1987).

³⁵⁸ Nesse sentido, a aproximação da Administração pública com o cidadão é uma das influências do constitucionalismo hodierno, em que se alicerça a nossa Constituição atual, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, de modo que, nesse prisma, dispõe Leonel Ohlweiler: “É óbvio, como destacado anteriormente, o constitucionalismo é um processo, um constante processo. Para a Administração Pública pátria resta dar-se conta que o *locus* constitucional ainda é o melhor campo de legitimação das decisões jurídico-políticas. É crucial, portanto, dimensionar os reflexos do constitucionalismo democrático da Administração Pública sob algumas perspectivas, como a organizacional, a institucional e a substancial. Não se pode crer no aumento das práticas constitucionais se a Administração Pública não é dotada de uma estrutura organizacional capaz

a melhoria da qualidade de vida da comunidade. Dentro desse enfoque, dispõe João Elias de Oliveira:

O principal objetivo de uma ouvidoria é buscar a aproximação do administrador público com o cidadão, de forma que ambos percebam a importância do registro de uma reivindicação. O administrador público, responsável pelas ações e procedimentos implantados, deverá ver nas informações coletadas indicadores do grau de satisfação dos serviços oferecidos, como um todo. O cidadão usuário direto dos serviços, além da oportunidade de efetivamente exercer a sua cidadania, passa a vislumbrar a melhoria da qualidade dos serviços e a solução dos problemas mais emergentes..³⁵⁹

Quanto ao TCU, em sua interação comunicativa com a sociedade, a Ouvidoria foi instituída no Tribunal, mediante a Resolução TCU nº 169, de 05/05/2004, criando um canal permanente de interlocução com a comunidade no tocante ao recebimento de informações pertinentes ao ato praticado pelo agente público, em que há jurisdição dessa Corte de Contas, com o envolvimento de recursos federais, bem como no que concerne à recepção de sugestões, críticas, reclamações com vistas ao aprimoramento do serviço prestado pelo TCU. A Resolução referida foi substituída atualmente pela Resolução TCU nº 214/2008, que no seu art. 29, dispõe sobre a finalidade da Ouvidoria no Tribunal, como segue:

Art. 29. A Ouvidoria tem por finalidade contribuir para melhoria da gestão do Tribunal e dos órgãos e entidades a ele jurisdicionados, atuar na defesa da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência dos atos administrativos praticados por autoridades, servidores e administradores públicos, bem como dos demais princípios aplicáveis à Administração Pública.

Ademais, as atribuições dessa Ouvidora na Corte de Contas são fixadas no art. 30 dessa última Resolução. Em linhas gerais, a Ouvidoria do TCU receberá informações sobre ato de gestão ou ato administrativo praticado por agente público jurisdicionado ao Tribunal, além das sugestões, já referidas, concernentes ao aprimoramento, bem como críticas e reclamações quanto aos serviços do TCU,

de realizar os fins constitucionalmente previstos. É fundamental uma estrutura administrativa que possa alcançar os cidadãos, possibilitando a realização dos serviços públicos” (OHLWEILER, Leonel. *Constitucionalismo Democrático e Direito Administrativo: Frustrações e Perspectivas. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 313-336, 2008).

³⁵⁹ OLIVEIRA, João Elias de. A Ouvidoria e a Administração Pública. In: Associação Brasileira de Ouvidores/*Ombudsman* – ABO Nacional. **A Ouvidoria no Brasil**. São Paulo, p. 23-28, 2001.

demonstrando a sua interação com a sociedade, estimulando o controle social para que se obtenha um serviço público de melhor qualidade e se apure denúncias pertinentes ao inadequado uso de recursos públicos que, muitas vezes, estão direcionados ao atendimento de direitos fundamentais sociais do cidadão como o direito à saúde. O recebimento das informações pode ser feito pela internet ou outro meio apropriado. Para tanto, a Ouvidoria da Corte de Contas tem a incumbência de manter instalações físicas e meios de comunicação eletrônica, postal e telefônica para recebimento das comunicações do cidadão e da sociedade civil.

De posse das informações, a Ouvidoria do TCU faz uma triagem das comunicações, encaminhando-as aos setores competentes do Tribunal para averiguação e eventuais providências. Do mesmo modo, esse setor comunicativo do TCU controla, acompanha, requisita do setor competente do Tribunal as informações referentes às averiguações e providências antes propostas, mantendo, quando possível, informados os autores das comunicações quanto às atividades do Tribunal desenvolvidas para apurar as reivindicações feitas pela cidadania. A Ouvidoria também sugere eventual medida para aperfeiçoamento de serviço do Tribunal que foi objeto das comunicações feitas pelo cidadão ou sociedade civil, além de divulgar seus serviços junto ao público, para conhecimento, utilização continuada e ciência dos resultados alcançados. Trimestralmente, encaminha à Secretaria - Geral da Presidência relatório periódico de suas atividades. Ela é dirigida por assessor que conta função de confiança na Corte de Contas.

Essas informações fornecidas à Ouvidoria do Tribunal aprimoram o controle da gestão pública, inclusive considerando a obtenção da melhor qualidade do serviço público oferecido, em atenção ao princípio da eficiência na Administração Pública. Nesse aspecto, dispõe Solange Maria Rangel, que a criação da Ouvidoria, com atuação nos controles internos e externos, considerando a integração desses controles, permite o melhor acompanhamento e fiscalização na gestão dos recursos públicos, concorrendo para que os administradores alcancem os resultados desejados, associando-se à melhoria da imagem das instituições públicas, além de programar de auditorias específicas sobre assuntos que não faziam parte da agenda de controle. Nesse sentido, a ouvidoria serve como instrumento que impulsiona e aprimora auditorias com vistas a averiguar o adequado emprego de recursos públicos em prol dos direitos fundamentais do cidadão. Desse modo, expõe a autora:

A utilização da ouvidoria como instrumento fortalecedor da auditoria faz da informação fornecida pelo cidadão uma peça importante do processo, reforçando a credibilidade dos gestores públicos e certamente tornando mais eficaz sua atuação, pois conta com apoio de todos os níveis da organização atingindo seus usuários internos e externos.³⁶⁰

Na área da saúde, o TCU tem recebido constantemente informações pertinentes à utilização de recursos públicos federais por parte da sociedade civil e dos cidadãos, realizando a apuração dos fatos e imputação de responsabilidades, na busca do melhor emprego desses recursos públicos, em prol da sociedade, salvaguardando o direito fundamental social da saúde, de sorte a estimular o controle social na perspectiva de contribuir para a gestão compartilhada sanitária. Assim, citamos o caso de comunicação à Ouvidoria do TCU, pertinente a supostas irregularidades no uso de verbas do SUS, praticadas no Hospital Infantil Nossa Senhora da Glória, localizado em Vitória/ES, constante do Acórdão 1236/2008-Plenário.³⁶¹

Igualmente, no Acórdão 91/2008 - Plenário³⁶², Unidade Técnica do TCU ofereceu representação concernente a possíveis irregularidades praticadas na

³⁶⁰ RANGEL, Solange Maria. **A Ouvidoria como instrumento revitalizador das auditorias no controle da gestão pública**. Instituto de Ciências Sociais - ICS, da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF, Brasília, 2003, p. 18 e 20.

³⁶¹ No Acórdão TCU nº 1236/2008 – Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 020.337/2006-3. Acórdão nº 1236/2008-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 25 de agosto de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, 30 ago. 2008), o Tribunal apurou a comunicação de sua Ouvidora sobre supostas irregularidades no uso de verba do SUS pelo Hospital Infantil Nossa Senhora da Glória, sito em Vitória/ES, pertencente à estrutura da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo, sendo que, segundo o teor da comunicação, feita em 22/03/2006, estavam sendo realizadas despesas de todos os tipos com superfaturamento, sendo que tal irregularidade vinha ocorrendo há mais de 6 anos. A Corte de Contas aplicou multa à Diretoria Geral do Hospital por ausência de cumprimento de diligência do Tribunal, nos termos do art. 58, IV, da Lei Orgânica do TCU, assinalando prazo para que o atual Diretor Geral do Hospital entregue cópias de contratos pactuados, além de tabela listando todas as contratações feitas no exercício auditado.

³⁶² Quanto ao Acórdão TCU nº 91/2008-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 019.854/2005-0. Acórdão nº 91/2008-Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 30 de janeiro de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 fev. 2008), a Corte de Contas, por intermédio de Unidade Técnica- SECEX-RO, ofereceu representação referente a possíveis irregularidades, relativas a regime de sobreaviso, na prestação de serviços médicos e funcionamento dos conselhos municipais de saúde, praticadas na Secretaria Municipal de Saúde de Vilhena, no tocante aos recursos do SUS, posteriormente à recepção de manifestação na Ouvidoria do TCU. Considerando a representação parcialmente procedente, o Tribunal fez uma série de determinações, em que destacamos àquelas pertinentes à Prefeitura Municipal de Vilhena-RO quanto à composição do Conselho Municipal de Saúde, com garantia de dotação orçamentária para o pleno funcionamento desse Conselho, além de obediência aos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal no tocante à estimativa do impacto orçamentário-financeiro da ampliação dos serviços de saúde, antes de solicitar novo convênio federal com vistas ao pleno

Secretaria Municipal de Saúde de Vilhena - RO, no âmbito dos recursos do SUS, após recebimento de manifestação em Ouvidoria do TCU.

Estatisticamente, apresentaremos tabelas a seguir sobre as atividades da Ouvidoria do TCU, nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, constantes da publicação do Tribunal: "TCU em Números". A primeira tabela, apresentada a seguir, refere-se aos chamados registrados pela Ouvidoria, em que se verificam que os totais pertinentes a solicitações de informações e orientações (o que destacam, igualmente, as atividades de cunho pedagógico do Tribunal, no sentido de melhor administrar os recursos públicos destinados a garantir direitos do cidadão), nos exercícios apontados, superam as comunicações de indício de irregularidades. Como nota, tem-se que as informações repassadas à Ouvidoria, comunicando indícios de irregularidades, são encaminhadas ao Ministro-Relator que as remete às unidades técnicas competentes para que sejam apuradas, com posterior autuação como representações, considerando o caso apresentado. Assim, tem-se a tabela referida:

Chamados Registrados pela Auditoria³⁶³

Tipos de Chamados	2005	2006	2007
	Quantidade	Quantidade	Quantidade
Comunicado de indício de irregularidade	1.018	1.442	2.105
Solicitações de informação e orientação	1.605	2.280	2.738
Total	2.623	3.722	4.843

Outrossim, há a tabela referente às unidades demandadas pelos chamados apresentados, tendo como nota que os chamados são respondidos pela Ouvidoria

funcionamento da nova ala do Hospital Regional de Vilhena, com indicação dos recursos para o aumento de despesas; ao Fundo Nacional de Saúde foi determinando para que cuide da distribuição de verbas, visando à construção de novas unidades hospitalares, de sorte que a mesma não se façam em detrimento da alocação destinada ao pleno funcionamento das unidades existentes e que se abstenha de transferir verbas aos entes da federação que não garantam dotação orçamentária para o pleno funcionamento do respectivo Conselho de Saúde, de modo a *privilegiar as unidades que tenham compromisso com o efetivo controle social* (grifo nosso); recomendando, igualmente, ao Ministério da Saúde que estude a conveniência e oportunidade de sugerir ao Presidente da República que submeta ao Congresso Nacional projeto de lei, com o intuito de instituir e disciplinar, no âmbito federal, o regime de sobreaviso na prestação de serviços médicos.

³⁶³ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. TCU em Números. Ouvidoria do TCU. Brasília, 2008, p. 57.

ou, quando for o caso, encaminhados a unidades técnicas do TCU para formulação de resposta ao cidadão. Verifica-se que os chamados pela Ouvidoria superam, em todos os exercícios apontados, aos chamados pelas outras unidades do TCU, demonstrando que a Ouvidoria da Corte de Contas tem crescido em sua atuação no estímulo ao controle social. Desse modo, temos a próxima tabela:

Unidades Demandadas pelos Chamados Apresentados³⁶⁴

Unidades Demandadas	2005	2006	2007
Ouvidoria	77,62%	90,84%	81,38%
Outras Unidades do TCU	22,38%	9,16%	18,62%

Nesse aspecto, a comunicação de indícios de irregularidades na Ouvidoria da Corte de Contas pode fornecer importantes subsídios para a realização e ulterior apuração de denúncias, propiciando o estímulo ao controle social, concorrendo para a proteção e efetivação de direitos fundamentais sociais como a saúde. Nesse sentido, o já referido § 2º do art. 74 da CF/88 assegura que o cidadão possa denunciar irregularidades e ilegalidades perante o TCU, podendo ser em comunicação de indícios de irregularidades à ouvidoria ou mediante documento escrito. Assim, será proposta denúncia que tenha referência a ato de administrador ou responsável que apresente jurisdição do TCU. Essa denúncia pode ser dirigida ao Presidente do Tribunal ou qualquer dos relatores a qual será verificada quanto a sua procedência. Assim, verifica-se que esse dispositivo constitucional vincula-se à cidadania participativa, com estímulo ao controle social, na Corte de Contas, como relata Mariana Montebello Willeman:

A Constituição da República prestigiou, sobremaneira, o controle social da administração pública, prevendo a sua incidência também no âmbito das Cortes de Contas, com a possibilidade de tais órgãos serem provocados a atuar pelos cidadãos, legitimados no controle, que passam a exigir diretamente das Cortes de Contas sua atuação investigatória e corretiva. Assim é que se admite amplamente a via da cidadania participativa nos Tribunais de Contas, conforme delineado no artigo 74, § 2º da CRFB.³⁶⁵

³⁶⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. TCU em Números. Ouvidoria do TCU, Brasília, 2008, p. 57.

³⁶⁵ WILLEMANN, Marianna Montebello. O princípio republicano e os Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 50, p. 277-302, jul./ago. 2008.

Caso a denúncia se mostre procedente, com autuação e formalização de processo, será submetida a processo fiscalizatório pelo Tribunal para apuração dos fatos e objeto de deliberação por essa Corte de Contas. Como dispõe Jair Lima Santos: “O quantitativo de denúncias recebidas anualmente evidencia que o cidadão tem se engajado de forma crescente no processo de fiscalização e controle da Administração Pública”.³⁶⁶

Igualmente, o TCU pode formalizar representações em caso de irregularidades ou ilegalidades, que possam derivar de indícios apontados em ouvidoria ou em documento escrito pertinente. Essas representações têm legitimados específicos, como disciplina o Regimento Interno do TCU (art. 237), sendo que, no caso das ouvidorias, as unidades técnicas do TCU, com base nos indícios recebidos, formalizam representações que serão apuradas pela Corte de Contas. Nesse sentido, como, outrossim, dispõe Jair Lima Santos, considerando o estímulo ao controle social: “O número médio de representações recebidas anualmente pela Corte de Contas supera quatrocentos processos, o que demonstra intensa interação entre a sociedade civil e o controle estatal”³⁶⁷ – controle esse exercido pelo TCU.

3.1.2 O Tribunal de Contas da União e o Terceiro Setor, com a fiscalização das ONGs no exercício do controle social

Vinculado aos ideais da democracia participativa³⁶⁸, com a consecução da cidadania ativa³⁶⁹, dentro do propósito da Reforma de Estado, ocorrida nas últimas

³⁶⁶ SANTOS, 2003, p. 111-112.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 112.

³⁶⁸ Considerando o direito de participação como concretização do Estado Democrático de Direito, dispõe Adriana da Costa Ricardo Schier: “Já na dimensão em que o direito de participação concretiza o princípio do Estado Democrático, o que se deu também através da emergência do Estado Social, este direito se traduz na possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, através da consulta, deliberação ou atividades de fiscalização” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública e o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250).

³⁶⁹ Sobre a legitimidade da atuação das entidades do Terceiro Setor em prol dos objetivos da cidadania dispõe Joaquim Falcão: “A legitimidade das entidades do Terceiro Setor como

décadas do século XX, o Terceiro Setor surge como forma de aproximação entre o Estado e a Sociedade.³⁷⁰ Nesse sentido, dispõe Luziânia C, Pinheiro Braga sobre a terminologia pertinente ao Terceiro Setor:

Terceiro Setor é uma terminologia relativamente nova, empregada em sentido plurívoco (múltiplos significados). O Terceiro Setor coexiste juntamente com o Estado (Primeiro Setor) e com o mercado (Segundo Setor). O Terceiro Setor é visto como junção entre as finalidades do Primeiro Setor e organização do Segundo Setor, ou seja, composto por entidades de natureza privada que objetivam interesses públicos e coletivos, a despeito de não integrarem a Administração Pública.³⁷¹

Do mesmo modo, dispõe Fernando Borges Mânica o qual considera que a reforma do Estado está condicionada à reforma da sociedade³⁷², com a participação crescente de novas entidades:

representantes da cidadania assenta-se em base específica. Elas representam a sociedade civil, não porque detêm mandato expresso, salvo algumas de caráter comunitário, mas porque defendem e implementam direitos e objetivos comuns à cidadania” (FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p.191).

³⁷⁰ No tocante à parceria entre Terceiro Setor e o Estado, no contexto da reforma administrativa, dispõe Rochelle Pastana Ribeiro: “A parceria entre o Terceiro Setor e o Estado é de fundamental importância no contexto da reforma do aparelho do Estado, visto que as organizações que compõem esse setor acumularam um capital de recursos, experiências e conhecimentos sobre formas inovadoras de enfrentamento das questões sociais que as qualificam como interlocutoras e parceiras das políticas governamentais. O governo poderia oferecer capital de uma maneira direta ou criar incentivos como isenção de impostos para que empresas privadas façam investimentos nessas organizações não-lucrativas. A parceria entre Estado e Terceiro Setor permitiria que a atividade de um facilitasse a ação de outro, ocorrendo também um controle recíproco” (RIBEIRO, Rochelle Pastana. O Terceiro Setor no contexto da democracia e da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro- o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum. p. 287-301,2003.).

³⁷¹ BRAGA, Luziânia C. Pereira. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor Empresas e Estado-novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 261-280,2007.

³⁷² Nesse sentido, consoante dispõe a RITS- Rede de Informações para o Terceiro Setor, pertinente a emergência do Terceiro Setor no Brasil, nas últimas três décadas, consubstanciado no fortalecimento e participação da sociedade civil: “A emergência do Terceiro Setor no Brasil é um fenômeno das últimas três décadas. Esta mobilização de recursos privados para fins públicos rompe com a tradição inversa e perversa representada pela apropriação privada dos recursos públicos. Paradoxalmente, o fortalecimento da sociedade civil no Brasil se deu no bojo da resistência à ditadura militar. No momento em que o regime autoritário bloqueava a participação dos cidadãos na esfera pública, microiniciativas na base da sociedade foram inventando novos espaços de liberdade e reivindicação. Falava-se, então, muito de Estado e pouco de Mercado. Repressão política e dominação econômica se interpenetravam e se reforçavam mutuamente” REDE DE INFORMAÇÕES PARA O TERCEIRO SETOR- RITS. **Estado, Mercado e 3º Setor**. In: Áreas do Site: Terceiro Setor? Disponível em: <<http://www.rits.org.br>> Acesso em: 27 jan. 2009).

Nesse cenário surgiu, portanto, uma nova expressão: terceiro setor. Traduzido do inglês *third sector*, essa expressão, difundida a partir da década de 60 do século passado, tem sido utilizada genericamente para se referir às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas satisfação de interesse público. Situa-se ao lado do primeiro setor, ocupado pelo Estado, e do segundo setor, de que fazem parte as entidades privadas com finalidade lucrativa.³⁷³

Assim, o Terceiro Setor forma nova parceria entre o Estado e a Sociedade³⁷⁴, citando os casos das organizações não governamentais³⁷⁵ que realizam a gestão privada de recursos públicos para fins públicos.³⁷⁶ Nesse aspecto, dispõe Gustavo Justino de Oliveira:

Tradicionalmente vistas como *antagônicas do Estado*, as organizações não governamentais passaram a desempenhar papel de *protagonistas do desenvolvimento*, tornando possível que suas atividades sejam exercidas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.³⁷⁷

³⁷³ MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor-Teoria e Imunidade Tributária-Teoria e Prática**, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 57.

³⁷⁴ Nesse sentido, considerando a sociedade civil, engajada em questões sociais e direitos do cidadão, relata Carlos Montañó: “Defenderemos aqui a cotidianidade da sociedade civil como uma (possível) arena de luta, que, no entanto, *para ser portadora de um projeto realmente emancipador, deve, superando, o imediatismo e a alienação, se articular às lutas, centradas nas contradições de classes, no seio das outras esferas sociais*, procurando em todas as frentes a defesa e a ampliação dos direitos e conquistas sociais e trabalhistas” (MONTAÑO; **Terceiro Setor e questão social-crítica ao padrão emergente da intervenção social**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 260-261).

³⁷⁵ Como expõe, Tarso Cabral Violin, como diferenciação das ONGs e demais entidades sem fins lucrativos: “Uma organização é considerada como ONG, ao contrário das demais entidades sem fins lucrativos, quando forem mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos, ou quando lutarem pela melhor qualidade de vida da população, sendo excluídas deste conceito as entidades sem fins lucrativos de benefício mútuo” (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública - uma análise crítica**. Belo Horizonte; Fórum, 2006, p. 118.).

³⁷⁶ Essa congregação atual entre sociedade e Estado, com o advento das ONGs, foi reconhecida por José Murilo de Carvalho, no estudo da evolução da cidadania em nosso país, como registra: “Experiências recentes sugerem otimismo ao apontarem na direção de colaboração entre sociedade e Estado o que não fogem totalmente à tradição, mas a reorientam na direção sugerida. A primeira tem origem na sociedade. Trata-se do surgimento das organizações não governamentais que, sem serem parte do governo, desenvolvem atividades de interesse público. Essas organizações se multiplicaram a partir dos anos finais da ditadura, substituindo aos poucos os movimentos sociais urbanos. De início, muito hostis ao governo e dependentes do apoio financeiro externo, dele se aproximaram após a queda da ditadura e expandiram as fontes internas de recursos. Da colaboração entre elas e os governos municipais, estaduais e federal, têm resultado experiências inovadoras no encaminhamento e na solução de problemas sociais, sobretudo nas áreas de educação e direitos civis” (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil - o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 227).

³⁷⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIPs. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). **Terceiro Setor Empresas e Estado - novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 213-259, 2007.

De forma estatística, com referência especial da ABONG - Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais³⁷⁸, foi feita pesquisa, com publicação pelo IBGE³⁷⁹, em que se teve a parceria do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas - IPEA, a Associação Brasileira de ONGs - ABONG e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas - IGPE, tendo como base dados do Cadastro de Empresas - CEMPRE de 2005, a fim de identificar o quantitativo de organizações sem fins lucrativos em nosso país que integram o terceiro setor.

Desse modo, segundo a pesquisa referida no parágrafo anterior, são 338 mil (trezentos e trinta e oito mil) Fundações Privadas e Associação sem Fins Lucrativos-FASFIL que existiam oficialmente no Brasil, em 2005- fl. 23 da pesquisa. Outrossim, quanto ao item onde estão (localização), verifica-se que a distribuição das FASFIL, no Território Nacional, tende a acompanhar a distribuição da população. Nesse sentido, a Região Sudeste é que apresenta a maior quantidade de entidades sem fins lucrativos (42,4 % das FASFIL e 42,6% dos brasileiros), sendo que, em segundo lugar, vem a Região Nordeste (23,7% das instituições e 27,7% da população), e, em terceiro, a Região Sul (em que se encontram 22,7% das entidades e apenas 14,6% da população).

Essa pesquisa foi objeto de análise da ABONG, em seu site, item Número e dados das FASFIL, ao dispor que a pesquisa referida demonstra a heterogeneidade do associativismo brasileiro, compreendendo um universo amplo e complexo, de sorte que não existem 338 mil ONGs, na acepção destas como entidades de defesa de direitos e nem do terceiro setor, como são referidas as do campo de filantropia empresarial. Ressalta que esses conceitos são políticos, sem rebatimento jurídico e esse universo amplo integra também essas organizações, mas não se limita as mesmas. Quanto à idade, são as entidades da pesquisa relativamente novas, uma vez que se relata que a idade média das FASFIL era de 12,3 anos, sendo que a maior parte delas (41,5%) foram criadas na década de 1990. Embora não haja estudo sobre a mortalidade das entidades, verificou-se, na fl. 30 da pesquisa, que,

³⁷⁸ Referência: ABONG: <<http://www.abong.org.br>>.

³⁷⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **As Fundações Privadas e Associações sem fins lucrativos no BRASIL 2005**. Estudos e Pesquisa de Informações Econômicas, n. 8, Rio de Janeiro:, p. 23-58, 2008.

na área da Saúde, especialmente nos hospitais foram os que mais se mantiveram ativos por mais tempo, sendo que, mais da metade, foram instituídos antes de 1980.

Quanto aos trabalhadores que empregam essas entidades, a pesquisa relata, na fl. 34, que se identificou um contingente de 1,7 milhões de pessoas- estão registrados como trabalhadores assalariados nas 338, 2 mil FASFIL no País, tendo que esse contingente representa 22,1% do total dos empregados na administração pública do país e 70,6% do total de emprego formal no universo das 601, 6 mil entidades sem fins lucrativos existentes no CEMPRE 2005.

No âmbito do SUS, como dispõe os autores Guido Ivan Carvalho e Leonir Santos, as organizações sociais podem executar serviços públicos de saúde de atividades públicas extintas, devendo obedecer os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos na Constituição, artigo 198 e, na Lei nº 8.080/90- art. 7º. Atrelando a existência das organizações sociais à Reforma do Estado (exemplo de descentralização sanitária), dispõem os autores:

Claro está que a pretensão dos reformadores do Estado é de extinguir serviços públicos e passá-los para as organizações sociais que os executarão sob o regime de direito privado, podendo, se possível for, cobrar do cidadão pelos serviços prestados. É explícita a intenção de seus idealizadores de fugir do regime jurídico publicista, de desrespeitar o princípio da licitação, uma vez que a escolha da entidade não se dá mediante processo licitatório; de não exigir comprovação de garantias, como patrimônio, sede própria, pessoal, tempo de existência, qualificação técnica e idoneidade financeira; de transpasse dos serviços públicos para o setor privado, etc. A criação dessa nova figura que viceja ao lado do Estado, levou inúmeros juristas, doutrinadores, membros do Ministério Público a se insurgirem contra esse novo ente jurídico. Muitos estados têm adotado esse modelo como é o caso de São Paulo, que criou organizações sociais para administrar hospitais públicos recém-criados.³⁸⁰

Ademais, consoante dispõe Josenir Teixeira, o Terceiro Setor, em que as organizações sociais se incluem, tem relevante participação na saúde, complementando a participação estatal, como relata:

A Constituição Federal autoriza a participação de entidades do Terceiro Setor na assistência à saúde, haja vista que tal atividade não é privativa do Estado. O próprio Poder Executivo, consciente das dimensões continentais do Brasil, de suas diferenças regionais e culturais e sabedor de que não possui em seu quadro pessoas capacitadas especificamente para a gestão

³⁸⁰ CARVALHO; SANTOS, p. 96.

de estabelecimentos hospitalares e afins, de alguns anos para cá, tem descentralizado algumas atividades administrativas, transferindo sua execução (e não a atividade em si) para entidades do Terceiro Setor: “O Estado brasileiro não foi feito para administrar saúde”, costuma dizer o Secretário de Estado da Saúde de São Paulo, Dr. Luiz Roberto Barradas Barata.³⁸¹

Dessarte, ao participar na saúde, em complemento à atividade estatal, o Terceiro Setor, onde as ONGs se incluem, contribui para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais, no enfoque da gestão compartilhada sanitária. Assim, tratando do Terceiro Setor e direitos fundamentais, dispõe Janaina Schoenmaker:

O reconhecimento do terceiro setor, ademais, decorre da constatação pelo Estado de que a sociedade civil detém maior capacidade para atuar onde suas políticas dificilmente alcançam, bem como é fundamental na ampliação de temas incluídos na pauta brasileira de direitos humanos, no aprimoramento e revisões de políticas e do arcabouço normativo institucional do setor.³⁸²

Quanto ao exercício do controle externo, na fiscalização dos recursos públicos repassados ao Terceiro Setor - considerando no caso as Organizações Sociais e OSCIPs, pelo TCU tem o mesmo fundamento no art. 70, parágrafo único, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19/1998, que dispõe:

Art. 70. [...]

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

Corroborava esse entendimento o previsto no art. 9º da Lei nº 9.637/1998, quando trata do contrato de gestão, traduzido na parceria entre o Poder Público e as organizações sócias, consoante relata:

³⁸¹ TEIXEIRA, Josenir. Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor na saúde. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, p. 53-57, jan./jun. 2007.

³⁸² SCHOENMAKER, Janaina. O Terceiro Setor e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, n. 2, p. 25-50. jul./dez. 2007.

Art. 9º- Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, na utilização de recursos ou bens de ordem pública, por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Nesse sentido, dispõe deliberação do TCU na Decisão 592/1998 - Plenário, ao tratar da competência do Tribunal na fiscalização das Organizações Sociais, em que, no Relatório do Ministro-Relator, expõe:

Decorrência direta e imediata da sujeição das organizações sociais à jurisdição plena do Tribunal de Contas da União é a conclusão de que é incontroversa a atuação do controle externo por meio de realização de auditorias, apreciação de tomada de contas especiais, denúncias, representações, dentre outros procedimentos de controle e fiscalização, quanto à aplicação dos recursos públicos colocados à disposição dessas organizações, *ex vi* do disposto no art. 9º da Lei nº 9.637/98. De outra forma não poderia ser, porquanto esse tipo de entidade funcionará como ampla utilização de recursos públicos, tais como: dotação orçamentária anual e específica para execução do contrato de gestão, utilização de força de trabalho constituída por servidores públicos cedidos com ônus para a origem: e uso de bens móveis e imóveis, mediante permissão de uso.³⁸³

Consoante dispõe o art. 5º da Lei nº 9.637/1998, as Organizações Sociais firmam com o Poder Público contratos de gestão, no exercício de atividades disciplinadas no art. 1º dessa lei, como aquelas pertinentes ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde, formando a parceria entre o privado e o público. Do mesmo modo, relata o art. 7º desse diploma legal, que, na elaboração dos contratos de gestão, serão observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, considerando, igualmente, a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, com a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, prevendo critérios de desempenho e estipulando os limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais.

³⁸³ BRASIL. **Tribunal de Contas da União** Processo nº 004.170/1998-9. Decisão nº 592/1998 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 de setembro de 1998. BTCU- Boletim do Tribunal de Contas da União nº 63/1998.

Assim sendo, o contrato de gestão vincula juridicamente a organização social e a Administração Pública, fixando metas a serem cumpridas pela entidade, sendo que o Poder Público auxilia em diversas formas, como cedendo bens e servidores públicos, ou transferindo recursos orçamentários. Nesse sentido, dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro que relata sobre o escopo do contrato de gestão:

Quanto aos **contratos de gestão** com as organizações sociais, a intenção é a mesma que já se concretizou no direito francês e em outros países que seguiram o mesmo modelo, ou seja, fixar metas a serem cumpridas pela entidade em busca da eficiência; para incentivá-las, o poder público concede auxílios de diversos tipos, sujeitando as entidades a um controle de resultados. O contrato de gestão é instrumento pelo qual se concretiza a parceria e se estabelecem as referidas metas, formas de incentivo e controle.³⁸⁴

Nesse aspecto, Marcos Augusto Perez, destaca a colaboração entre a entidade referente à ONG, como a organização social, e o Poder Público na efetivação da participação popular, como segue:

Nada obsta que a Administração venha reconhecer a relevância das atividades desenvolvidas por uma determinada ONG, como autêntica colaborada do Poder Público, ou que venha a financiá-la, ou lhe facultar o uso de bens públicos e o aproveitamento de servidores, como consequência desse reconhecimento. Se isto ocorrer, a ONG se institucionaliza e deixa de ser um veículo informal de pressão política da Administração Pública, para se transformar em *autêntico instituto de participação popular* (grifo nosso). Instituto de caráter vinculante e autônomo, pois é a própria ONG que dirige seus destinos, decidindo como gerir as atividades de interesse público a que se vincula estatutariamente.³⁸⁵

Ademais, como registra o art. 8º da Lei nº 9.637/98, a execução dos contratos de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação pertinente à atividade fomentada, sendo que a entidade qualificada apresentará, ao término do exercício ou a qualquer momento, consoante recomenda o interesse público, ao órgão ou entidade do Poder Público supervisor signatário do contrato, o relatório concernente à execução do contrato de gestão, com comparativo das metas propostas e os resultados alcançados, de sorte que esses resultados devem ser

³⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 271.

³⁸⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática - Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 188.

analisados periodicamente por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. O TCU, como já referido, no art. 9º da lei, considerando a fiscalização feita, apura irregularidades e ilegalidades na utilização de recursos ou bens de origem pública pelas organizações sociais fiscalizadas.

Nesse aspecto, Paulo S. Bugarin dispõe que o objetivo principal do contrato de gestão, considerando a autonomia dos órgãos e entidades da Administração Pública, é a busca da eficiência, mediante formas alternativas de controle, que levem em consideração a autonomia gerencial e os resultados obtidos, de sorte a dar maior agilidade, flexibilidade e eficiência à gestão pública. Assim sendo, levando em conta a fiscalização da Corte de Contas sobre os contratos de gestão, estabelece um conjunto de ideias que se aplicam ao planejamento, celebração, execução, gestão, fiscalização e controle dos contratos de gestão:

O princípio constitucional da eficiência não pode, é fundamental que isso fique bem claro, suscitar entendimento errôneo no sentido de que, em seu nome, a legalidade seja, pura e simplesmente, sacrificada ou relegada a um plano inferior. Com efeito, estes dois princípios constitucionais da Administração devem harmonizar-se entre si e com os demais princípios correlatos, permitindo ao gestor público atuar com eficiência, dentro da legalidade. O enfoque material de ordem estritamente gerencial-econômica, neste cenário, não pode ser um valor absoluto, em função da necessária ponderação de valores impostos pelo Texto Constitucional, a fim de tornar efetiva a sua força normativa, e propiciar, assim, a necessária harmonização das ordens econômica, financeira, tributária/orçamentária e social. Cabe destacar, neste momento, que a moderna doutrina administrativista tem incorporado novas acepções ao conceito de legalidade, o que sem descaracterizá-lo, permite uma interpretação mais consentânea com a complexa realidade decisional e operacional dos atos administrativos de gestão. Neste novo cenário, um conjunto de elementos principiológicos, todos com inegável densidade normativa, passam a exercer um papel de maior relevância, tanto na doutrina como na jurisprudência, com realce para boa-fé, a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade, na construção de um conceito material ampliado e dinâmico, qualificado como juridicidade. Tal aspecto, se manifesta, também e notadamente, no universo da tríplice dimensão do conceito de regularidade para fins de atuação do controle externo, a qual enseja um exame profundo e integrado de três vetores normativos interdependentes e complementares: legalidade, legitimidade e economicidade (Cf. art. 70, *caput*).³⁸⁶

Por seu turno, as OSCIPs - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público firmam, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.790/1999, termos de parceria com

³⁸⁶ BUGARIN, Paulo Soares. O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, n. 10, jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>> Acesso em: 20.11.2008.

o Poder Público, buscando a cooperação público-privada para fomento e execução das atividades referidas no extenso rol do art. 3º da lei supracitada, já mencionados neste trabalho. As cláusulas essenciais desse termo de parceria, dispõem sobre o objeto, contendo a especificação do programa de trabalho a ser desenvolvido pela OSCIP; a estipulação das metas e resultados a serem atingidos e respectivos prazos de execução; previsão de critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de resultado; receitas e despesas previstas a serem realizadas em cumprimento dos termos de parceria; obrigação da OSCIP de, ao término de cada exercício, elaborar relatório sobre a execução do termo de parceria, comparando metas propostas e resultados alcançados, além de publicação do termo de parceria referido na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas.

Nesse aspecto, tratando do termo de parceria, dispõe Di Pietro:

Quanto ao vínculo com a Administração Pública, é estabelecido, conforme visto, por meio de **termo de parceria**, em tudo semelhante ao contrato de gestão previsto em lei para as organizações sociais. Não tem, como esse último, natureza contratual, assemelhando-se muito mais aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para formalizar o fomento. Da mesma forma que o contrato de gestão celebrado com a organização social, o termo de parceria com as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público restringe a autonomia da entidade que, por receber diferentes tipos de ajuda, fica sujeita a controle de resultado pelo Poder Público, além de controle pelo Tribunal de Contas, na medida em que administre bens ou valores de natureza pública.³⁸⁷

Em relação a sua execução, como dispõe o art. 11 da Lei nº 9.790/1999, o termo de parceria será acompanhado e fiscalizado por órgão do Poder Público da área de atuação pertinente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo, sendo que os resultados alcançados devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP, de sorte que essa comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, cabendo, igualmente, os mecanismos de controle social previstos na legislação. Do mesmo modo, os responsáveis pela fiscalização do termo de parceria, com base no art. 12 da lei em comento, ao tomar

³⁸⁷ DI PIETRO, 2005, p. 273.

conhecimento de irregularidade ou ilegalidade da utilização de recursos ou bens de origem pública pela entidade parceira, devem dar imediata ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari, em que pese reconhecerem semelhanças entre contrato de gestão e termo de parceria, apontam diferenças entre esses institutos, a que nos filiamos, como segue:

É verdade que se assemelham, tendo em vista o vínculo produzido por um e por outro instrumento, porém, apresentam diferenças. O Termo de Parceria não tem, necessariamente, natureza contratual e pode se assemelhar aos convênios celebrados entre o Poder Público e entidades privadas, para instrumentalizar o fomento, porém tal característica, não impede que o vínculo decorra, também, de um instrumento contratual, que, como o Contrato de Gestão, deve estar sujeito às normas que disciplinam os demais contratos administrativos.³⁸⁸

Nesse sentido, reconhecem as autoras que o Termo de Parceria não necessita da natureza contratual, podendo assumir a forma de convênio, embora tal possibilidade não esteja proibida, como relata o art. 9º da Lei nº 9.790/1999, sendo que a única exigência não exclui a possibilidade referida, de sorte que determina apenas que o termo de parceria deve ser firmado de comum acordo entre o Poder Público e a OSCIP.

Quanto à fiscalização dos Termos de Parceria pelo TCU, dispõe Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira que ela pode ser feita no exercício de auditoria financeira e orçamentária, no julgamento de contas dos responsáveis ou entidades sob sua jurisdição, tomando conhecimento desses termos com fim de verificar irregularidades ou ilegalidades, adotando providências no sentido de sanar as falhas apontadas. Destarte, expõe a autora:

Dessa forma, o TCU pode realizar fiscalizações diretas sobre os TP, por meio de inspeções, auditorias, bem como por ocasião do exame dos processos de contas. Em suma, a atuação direta do TCU sobre os Termos de Parceria poderá ocorrer em virtude de denúncias, tomadas de contas especiais e/ou ações de acompanhamento e fiscalização.³⁸⁹

³⁸⁸ FERRARI, Regina; FERRARI, Paola; p. 78.

³⁸⁹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os tribunais de contas e o Terceiro Setor - aspectos polêmicos do controle. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro Setor Empresas e Estado - novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 309-332, 2007.

Outrossim, submetem-se também as organizações sociais, como modalidade de ONG, ao controle de resultado, consoante dispõe o art. 20, inciso I e II da Lei nº 9.637/1998, no sentido de que, por decreto do Poder Executivo, será criado o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o escopo de estabelecer diretrizes e critérios para qualificação de organizações sociais, no intuito de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades mencionadas no art. 1º da lei referida, por organizações sociais, considerando diretrizes como: inciso I - ênfase no atendimento do cidadão - cliente e, inciso II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados.

Assim, o controle de resultados deve ser feito, de forma simultânea à execução do contrato de gestão, de sorte que, detectando-se um problema no desempenho em face da execução pactuada, seja possível a readequação aos ditames da política pública adotada. Verifica-se, pelos relatórios apresentados, se há atendimento das finalidades a que se propôs a organização social, em prol do interesse público. Conecta-se com o princípio da eficiência e da eficácia, considerando o primeiro como o emprego mais adequado dos meios para atingir o fim pretendido e o segundo com a produção dos resultados propriamente ditos. Nesse prisma, dispõem as autoras Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari:

Desse modo, é possível afirmar que uma Organização Social estará prestando um serviço de modo eficiente quando os meios empregados para atingir a finalidade proposta forem os mais adequados, e de modo eficaz quando aqueles proporcionarem a obtenção do melhor resultado possível.³⁹⁰

Dentro desse enfoque, verificamos que o TCU, na fiscalização dos contratos de gestão, tem por norte não a mera legalidade estrita, mas um controle teleológico ou finalístico que se harmonize com os princípios administrativos constitucionais, em que se destaca o princípio da eficiência, além de outros princípios imanentes ao sistema jurídico, como da proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, o controle externo que verifique os resultados alcançados e cumprimento das metas pelas ONGs, tanto organizações sociais como OSCIPs, tem sido aspecto relevante

³⁹⁰ FERRARI, Regina; FERRARI, Paola; p. 152.

nas fiscalizações do Tribunal de Contas, em prol do fortalecimento do controle social, buscando a proteção e efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, como o direito fundamental da saúde, dentro da perspectiva da gestão compartilhada sanitária. Nesse prisma, dispõe o Ministro do TCU Benjamin Zymler, em seu Voto, na Decisão 592/1998 - Plenário, antes referida:

A aferição de resultados e, sobretudo, a satisfação do usuário serão a tônica da atividade controladora dos setores externos ao núcleo burocrático do Estado. Essa orientação para os resultados estará fixada em parâmetros concretos, objetivados no contrato de gestão. O padrão avaliador a ser utilizado pelo Controle Externo passa a ser o conteúdo e o fiel cumprimento do contrato de gestão, pois nele devem estar fixados adequadamente os objetivos e metas da entidade, bem como os critérios e parâmetros de avaliação quantitativa e qualitativa (indicadores de desempenho).

Outrossim, no mesmo sentido, dispõe Jayme Baleeiro Neto, ao tratar dos pactos firmados pelas ONGs, sejam contratos de gestão ou termos de parceria, tendo por norte a avaliação de desempenho, de resultados dessas entidades:

A atuação dos Tribunais de Contas incidirá sobre os pactos, qualquer que seja o nome adotado, uma vez que eles se constituem tanto no meio adotado para a transferência de recursos públicos, seja OS, seja para OSCIPs, como em baliza para a aferição de desempenho dessas instituições.³⁹¹

Ademais, dispõe o inciso III do art. 20 da Lei nº 9.637/1998 que o controle social das ações, de forma transparente, é diretriz para qualificação das organizações sociais. Destaca-se, pois, a obrigatoriedade das organizações de se submeterem ao controle social que pode ser feito pelo cidadão, no realce à participação popular. Nesse sentido, dispõem Regina Maira Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari:

Esse modo de fiscalização direta pela sociedade pode ser exercido com a finalidade preventiva ou repressiva, ou seja, pode anteceder a realização de um ato, o que pode ocorrer mediante consulta popular formulada pela entidade prestadora de serviço, ou reprimir alguma atividade já posta em prática, o que se dá mediante denúncias, requerimentos ou petições dirigidas diretamente à Organização Social.³⁹²

³⁹¹ BALEEIRO NETO, Jayme. **As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 91.

³⁹² FERRARI, Regina; FERRARI, Paola; p. 154.

O TCU dá efetividade a esse tipo de controle social, estimulando-o, fornecendo canais de comunicação, seja pela ouvidoria ou recebimento de denúncias por documento escrito, dentro do preconizado no § 2º do art. 74 da CF/88, com o fim de que a sociedade possa denunciar as ações das ONGs que se desvirtuam de suas finalidades institucionais, não atingindo os resultados esperados ou desviando recursos públicos que deveriam ser aplicados em atividades com objetivos sociais.

Nessa sentido, as autoras Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari entendem que a melhor solução para o controle das Organizações Sociais ou mesmo para as ONGs, em que se inclui as OSCIPs, é a conjugação dos vários controles existentes, que devem ser harmônicos e complementares, seja o estatal, o controle interno, externo pelo Tribunal de Contas que estimula o controle social da sociedade. Dentro desse enfoque dispõem as autoras:

Entende-se que a melhor solução para realização de um controle eficiente das Organizações Sociais, parte da conjugação de todas as técnicas aqui estudadas, pois se o controle estatal não é suficiente, não deve ser dispensado, principalmente quando se considera o controle técnico, externo, realizado pelos tribunais de contas, e mais, não deve ser amesquinhado o controle interno, na medida em que representa uma autoanálise da Organização Social quanto ao atendimento de seus objetivos.³⁹³

O TCU, no tocante às fiscalização dos Termos de Parceria, estabeleceu a formação de Grupo de Trabalho, consoante dispõe a Decisão nº 931/1999-Plenário³⁹⁴, com vistas a adotar providências com o intuito de adequar seus recursos humanos e respectivos instrumentos técnicos às novas demandas que a implementação dos Termos de Parceria trarão, em termos de acompanhamento e fiscalização, verificando, assim, a capacidade operacional da OSCIP, com formalização de Procedimentos de Auditoria específicos para esses Termos de

³⁹³ FERRARI, Regina; FERRARI, Paola, p. 156.

³⁹⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.394/1999-2. Decisão nº 931/1999-Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 15 de dezembro de 1999. Boletim do Tribunal de Contas da União nº 78/1999.

Parceria. Outrossim, o Acórdão 1.777/2005 - Plenário³⁹⁵ - Relatório de Auditoria, tratou especificamente da Lei nº 9.790/90 e sua aplicabilidade em face do controle externo do TCU. Na análise desse controle pelo Tribunal, nesse *decisum*, apontou-se que o mesmo pode ser prévio e concomitante contribuindo significativamente para a boa e regular aplicação dos recursos públicos, buscando a avaliação da eficiência e eficácia da administração da coisa pública. Quanto a essa forma de controle dispõe o Ministro-Relator Marcos Vilaça em seu Voto:

Ocorre que uma atuação em “tempo real” ou mesmo anterior à atividade administrativa não é sinônimo de imposição de amarras, controles excessivos ou regras de pura burocracia. Significa apenas acompanhar de perto a execução da despesa, avaliando, de forma prévia ou simultânea, a aplicação de recursos públicos, mas sem necessidade de uma preocupação exagerada com o cumprimento de normas estritamente procedimentais.

Nesse passo, complementa Marcos Vilaça, quanto ao controle ulterior ao ato administrativo³⁹⁶, priorizando a fiscalização pela avaliação de resultados, como expõe:

Não tenho qualquer restrição a uma atuação posterior ao ato administrativo, desde que seja ágil, eficaz e alcance o responsável pela irregularidade, aplicando a sanção cabível. Uma fiscalização, enfim, instituída, a partir de mecanismos de transparência e responsabilização. Aliás, tenho, para mim, que os países considerados avançados adotam, de uma maneira geral, um controle centrado mais na avaliação de resultados do que num emaranhado de normas e exigências burocráticas que, ao final, além de não impedirem a ocorrência da irregularidade, contribuem para a ineficiência da administração pública e, por tabela, da economia.

Ao decidir o TCU, no Acórdão 1777/2005-Plenário, que as OSCIPs, contratadas pela Administração Pública, por intermédio de Termos de Parceria, submetem-se a Regulamento Próprio na contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, com observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência,

³⁹⁵ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 008.011/2003-5. Acórdão nº 1.777/2005-Plenário. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Brasília - DF, 09 de novembro de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 22 nov. 2005.

³⁹⁶ O controle do administrativo, no exercício da fiscalização do Tribunal de Contas mediante controle externo, como já abordado, não se cinge à legalidade estrita, mas se atém, como registra o art. 70 da CF/88, aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, vinculando-se, igualmente, aos princípios constitucionais administrativos, insculpidos no art. 37, *caput*, da atual Carta Constitucional, sendo as decisões da Corte de Contas obrigatórias perante a Administração Pública.

nos termos do art. 14, c/c o art. 4º, inciso I, todos da Lei nº 9.790/99, dispõem o Ministros Revisores Ubiratan Aguiar e Walton Alencar Rodrigues:

Com relação à desnecessidade de que seja firmado entendimento acerca da submissão das OSCIPs às disposições das Lei nºs 8.666/93 e 10.520/2002, acompanho a posição do nobre Relator, haja vista que o Decreto nº 5.504/2005 é suficientemente claro. Por fim, apenas para argumentar, não se alegue que estaria havendo ingerência indevida do setor público nas atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. Note-se que a entidade privada não está obrigada a firmar Termo de Parceria com a Administração Pública, mas ao fazê-lo deve ter ciência de que está administrando recursos públicos em sentido estrito, isto é, verbas incluídas em lei orçamentária. Dessa forma, deve obedecer rigorosamente, como todo administrador público, os princípios que informam a gestão da coisa pública, em especial o da legalidade, sob ponto de vista formal e material. Não pode, por isso mesmo, dar aos recursos destinação diversa daquela fixada na lei orçamentária, sob pena de ser condenado à devolução das importâncias recebidas por desvio de finalidade; não pode, ademais, deixar de prestar contas dos recursos recebidos, por expressa determinação constitucional; como também não pode descumprir as Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002.

Desse modo, no exercício do controle externo, o TCU contribui fiscalizando a aplicação adequada dos recursos públicos percebidos pelas ONGs, avaliando se esses recursos estão atendendo ao interesse público que, muitas vezes, vincula-se à salvaguarda do direito fundamental social. No âmbito nacional, assume relevo duas deliberações do Tribunal quanto à aplicação de recursos públicos das ONGs, que se liga à CPI dessas organizações não governamentais formalizadas pelo Congresso Nacional. Assim, tem-se o Acórdão 2066/2006-Plenário³⁹⁷, tratando do

³⁹⁷ Trata-se de Acórdão TCU nº 2066/2006-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 015.568/2005-1. Acórdão nº 2066/2006 - Plenário. Relatório de Auditoria Consolidado Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, 08 de novembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 13 nov. 2006), realizado sobre a sistemática de Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC, relativo a Relatório de Auditoria Consolidado com escopo de verificar a regularidade de aplicação de recursos federais repassados pela União ou por entidades de Administração Indireta a Organizações Não Governamentais, no período de 1999 a 2005. Esse Relatório se coaduna com o já constatado pelo Congresso Nacional, ao longo de 2002, quando foi constituída a Comissão Parlamentar de Inquérito das ONGs, que há proliferação dessas entidades sem mecanismo de controle, máxime quanto à utilização de recursos públicos. Neste trabalho, pertinente ao Acórdão em exame, foram analisados 28 convênios, celebrados entre órgãos/entidades e as ONGs, que representam o repasse de R\$ 150.698.123,93 de recursos públicos para essas organizações. No Relatório de Auditoria em exame, reuniu-se achados de auditoria em cinco grandes grupos: má elaboração de projetos pelas ONGs; deficiências na avaliação dos projetos por parte das entidades/ órgãos da Administração Pública, insuficiência de fiscalização da execução do objeto pactuado; irregularidades nos procedimentos licitatórios executados pelas ONGs e irregularidades na execução financeira dos convênios. Ao final do Acórdão proferido, o Tribunal fez determinações, entre outras, como ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão para *possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social* (grifo nosso) e a bem do princípio da publicidade, insculpido no art. 37, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 5º, inciso XXXIII da mesma Carta Magna, no prazo de 180 dias, apresente a este Tribunal estudo técnico para

Relatório Consolidado das Auditorias realizadas com o intuito de verificar a regularidade de aplicação de recursos federais repassados pela União ou entidades de Administração Indireta a Organizações Não Governamentais, por meio de convênios, contratos de repasse e instrumentos similares.

Outrossim, há o Acórdão 1331/2008 - Plenário³⁹⁸, tratando de Auditoria em ONGs, no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC, elaborada por solicitação do Senado Federal.

implementação de sistema de informática em plataforma web que permite o acompanhamento on-line de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão, via rede mundial de computadores, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, sendo que a página do referido sistema deverá ser disponibilizada em local visível dos sítios de todos os órgãos/entidades que realizem transferências voluntárias, permitindo filtrar consultas aos instrumentos celebrados por cidade, estado, entidade, conveniente, número do ajuste, objeto, entre outros critérios de pesquisa, com vistas a maior acessibilidade e transparência possível. Também, no intuito de exibir dados de todos os instrumentos celebrados no âmbito da administração pública federal (direta e indireta), deverá ser disponibilizada, em portal específico, página do mesmo sistema, permitindo acesso aos filtros de consulta do item precedente, além de outros que a característica consolidadora da página exigir e as denúncias recebidas deverão ser objeto de tratamento prioritário nos órgãos/entidades concedentes, reportando-se às constatações e providências tomadas à Controladoria-Geral da União (*controle interno- grifo nosso*) e ao Tribunal de Contas da União.

³⁹⁸ No Acórdão TCU nº 1.331/2008-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 027.206/2006-3. Acórdão nº 1331/2008-Plenário. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 09 de julho de 2008. Diário Oficial da União, 11 jul. 2008) tratou-se de Auditoria em ONGs, no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada- FOC, pertinente à verificação de irregularidades no repasse de recursos federais para as Organizações Não Governamentais, realizados nos exercícios financeiros de 2003, 2004, 2005 e 2006. O fundamento da solicitação pelo Senado Federal considerava o aumento do volume de recursos para entidades dessa natureza e proliferação de ONGs, sendo que atos administrativos relacionados aos convênios podem ser maculados pelo vício do desvio de finalidade. Foi referido o Relatório de Auditoria Consolidado, constante do Acórdão 2066/2006- Plenário antes abordado neste trabalho. A relevância do procedimento de fiscalização, como destaca o Ministro-Relator, consiste em proporcionar oportunidade de melhoria na gestão de recursos federais repassados às ONGs, com vistas à correta aplicação desses dinheiros. Foram constatados: desvio de finalidade na celebração de convênios; despesas de capital com recursos do convênio (a LDO restringe esse tipo de despesa para entidades sem fins lucrativos e desde que haja previsão em lei anterior); despesas irregulares com recursos do convênio, como não previstas no plano de trabalho, utilização de recursos para custeio/manutenção da entidade conveniente, comprovantes de despesas já usados em outros convênios, etc. O TCU fez diversas recomendações, como ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, para que avalie a conveniência e oportunidade de implementar solução, de preferência em único sítio da internet, com o objetivo de divulgar aos possíveis interessados a disponibilidade de recursos orçamentários alocados pelos órgãos/entidades da Administração Pública a serem executados por meio de descentralização para outros entes públicos ou privados, que possam ser consultados por filtros, no mínimo, por município, estado, ação, programa de trabalho e órgão/entidade. Outrossim, recomendar ao Ministério de Planejamento que oriente órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados. Igualmente, recomendar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios, considerando a mesma recomendação ao Ministério do Planejamento.

Na área da saúde, cita-se o Acórdão 1195/2006 - Plenário³⁹⁹, tratando de Representação formulada pelo Senador Mozarildo Cavalcanti, baseada em material recebido em seu gabinete, contendo denúncias sobre atos praticados por dirigentes da Fundação Nacional de Saúde - Funasa. Outrossim, o Senador faz referências a diversas ONGs que teriam desviado recursos públicos, mencionando a falta de controle dessas entidades.

Ademais, há o Acórdão nº 2075/2007-Plenário (TC 012.718/2004-9)⁴⁰⁰, tratando de Relatório de Auditoria que se realizou na Fundação Nacional de Saúde -

³⁹⁹ Quanto ao Acórdão TCU nº 1.195/2006-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº 020.567/2004-7. Acórdão nº 1195/2006-Plenário. Relator: Ministro: Marcos Vinicius Vilaça, Brasília, 19 de julho de 2006. Diário Oficial da União, 24 jul. 2006) trata-se de representação apresentada por Senador da República Mozarildo Cavalcanti, em que se aponta denúncias sobre a atuação de ONGs que tratam de saúde indígena a partir de convênios celebrados com a Fundação Nacional de Saúde - Funasa, em que apontou desvio de recursos públicos, falhas nos controles da atuação dessas entidades, além de atividades que contrariam o interesse nacional. Dispõe o Ministro-Relator que a incursão das ONGs nas áreas de serviço, mediante repasse de recursos públicos, justifica-se pela expectativa de prestação eficiente e eficaz dos serviços, tendo como base metas e objetivos previamente negociados entre as partes, contudo, a materialização dessas expectativas passa, necessariamente, pela implantação de mecanismos de monitoramento e avaliação dos projetos e somente essas ações podem conferir razoável segurança de que os objetivos previamente definidos entre o repassador de recursos públicos e a entidade não-governamental estão sendo perseguidos e alcançados. Quanto às constatações da representação, além do desvio de recursos verificado, apurou-se o envolvimento de ONGs em atividades que afrontam o interesse nacional, entendendo-se que o fórum adequado à discussão e enquadramento da atuação das ONGs aos interesses nacionais é o Congresso Nacional. Quanto à denúncia de contratações em grande número de consultores e terceirizados sem a realização de concurso público, entende o Ministro-Relator pela determinação com o fim de que a Funasa adote providências, inclusive normativas, tendentes a evitar a contratação de terceirizados e consultores que sejam parentes de seus servidores. No tocante à apuração de desvio de recursos, informa o Tribunal ao Senador representante sobre a Auditoria de alcance nacional das ONGs, referente ao Acórdão 2066/2006-Plenário, já abordada neste trabalho. Igualmente, informa-se ao Senador da existência do Processo TC nº 012.718/2004-9 que avalia a atuação da Funasa em relação à saúde indígena, com envolvimento do ONGs que será visto a seguir neste trabalho.

⁴⁰⁰ No tocante ao Acórdão TCU nº 2075/2007-Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 012.718/2004-9. Acórdão nº 2075/2007-Plenário. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Raimundo Carreiro, Brasília - DF, 03 de outubro de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 2007) trata-se de Relatório de Auditoria relativo à atuação da Fundação Nacional de Saúde - Funasa com relação à prestação de serviços de saúde à população indígena, notadamente através de convênios celebrados entre a fundação e as ONGs. Contudo, a opção pelo instrumento convênio, com todos os requisitos de formalização e operacionalização, quanto a procedimentos para aquisição de materiais, contratação de pessoal e serviços, controles contábil e financeiro, exigiram das ONGs a criação e manutenção de estruturas administrativas significativas, o que se contrapõe a uma das ideias básicas por trás dessas organizações, qual seja, o foco de atuação exclusivamente em sua atividade-fim. Assim, nas determinações dirigidas à Funasa, entre outras, o Tribunal consignou que, no prazo de seis meses, a Fundação Nacional de Saúde promova estudos para identificar, em termos da legislação pertinente, uma forma eficaz para o estabelecimento de parcerias com as ONGs e demais entidades interessadas no desenvolvimento de ações de saúde indígena, as quais possuem natureza continuada. Assim, identificada a melhor opção, que se desenvolva com vistas a apresentar o modelo às organizações e entidades envolvidas nas ações de saúde indígena, especificando os seus aspectos legais, as vantagens e desvantagens de sua implementação, bem como a forma e prazo para a alteração pretendida. Além disso, há a determinação à Funasa para que elabore

Funasa, com o intuito de verificar a ocorrência de irregularidades na atuação das ONGs que prestam serviço de saúde à população indígena.

Dessarte, considerando o exposto, e, em face da jurisprudência do TCU apresentada, considerando o mister do Tribunal no controle dos recursos públicos repassados às ONGs, tem-se que o controle social tem papel relevante nessa seara. Dessarte, a Corte de Contas estabelece um canal de comunicação com a população, com o cidadão, dentro do agir comunicativo, na perspectiva do espaço público habermasiano, esclarecendo sobre as atribuições das ONGs na gestão de recursos públicos, que devem ser calcadas na primazia do interesse público, com prestação de serviços à comunidade. Assim, as Organizações Não Governamentais cumprem o seu papel, que tem relevância para o controle social, no desenvolvimento atividades em prol do interesse público, de sorte que o TCU faz a fiscalização necessária para que essas entidades cumpram os seus objetivos institucionais e não malversem recursos públicos. Ao abrir esse canal de comunicação de comunicação com a sociedade, o Tribunal também estimula o controle social no sentido de que a sociedade possa oferecer denúncias sobre atuação das ONGs que não gerenciam adequadamente os recursos públicos recebidos, praticando desvio de finalidade.

A atuação do TCU, assim, propicia o desenvolvimento da cidadania ativa, concorrendo para a transparência⁴⁰¹, ética na gestão de recursos públicos, em prol

manuais e/ou rotinas de acompanhamento/fiscalização física e financeira dos instrumentos celebrados para a prestação de assistência à saúde das comunidades indígenas, dispondo sobre produtos decorrentes (relatórios de fiscalização, relatórios gerenciais, demonstrativos de alcance de metas e indicadores e pareceres técnicos), com o intuito de padronizar procedimentos e possibilitar a efetiva avaliação do cumprimento do objeto e o alcance dos resultados pretendidos, bem assim da correta aplicação dos recursos.

⁴⁰¹ Nesse sentido, entendendo que as organizações do Terceiro Setor devem colocar no centro do cenário o social, as pessoas, Andrés A. Thompson ressalta a transparência como um dos elementos importantes que essas organizações cumpram o seu papel em prol do social, como dispõe: “Os elementos estão dados para que o “Terceiro Setor” possa cumprir esse papel, que vai muito além da soma de projetos e de ações particulares. Estes elementos são os que dão um caráter diferente às organizações da sociedade civil e sobre os quais é preciso afirmar-se e desenvolver-se. A transparência (ou *accountability*) nas finanças e na ação, diante de uma vasta corrupção que penetra na maioria das instituições; o interesse e a defesa de interesses comuns da sociedade, do público, diante de uma cada vez mais exarcebada cultura do privado, do individual; o voluntariado, a solidariedade e a filantropia, como expressões de uma nova cultura que enfatiza “dar” tempo, recursos e talentos para o bem dos demais, acima das práticas cada vez mais obscenas de apropriação ilegítima e do egoísmo; a cidadania participativa e responsável ante a exclusão política e social. Enfim, elementos de uma nova ética, no qual o direito das pessoas a uma vida digna tenha preponderância sobre as coisas materiais, o poder e o dinheiro” (THOMPSON, Andrés A. Do compromisso à eficiência? Os Caminhos do Terceiro Setor na América Latina. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org. **3º Setor Desenvolvimento Social Sustentado**. São Paulo: Paz e Terra, p. 41-48, 2005). Do mesmo modo, em especial, quanto às OSCIPs, os termos de parcerias firmados devem ter como norte a transparência, como destaca Eduardo Szazi: “Outro aspecto extremamente positivo do termo de parceira é que ele se fundamenta em princípios desejados

da boa governança. Essa interlocução com a sociedade permite que se verifique se as ONGs estão cumprindo os seus objetivos institucionais os quais tem relevância para o controle social. Amplia-se, igualmente, os canais de diálogo com a sociedade, que pode se servir inclusive dos meios digitais, como a internet para comunicação com a Corte de Contas. Assim, os atores sociais, Tribunal de Contas, ONGs e sociedade interagem, de forma comunicativa, no espaço público, estimulando o controle social, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, concorrendo, desse modo, para a proteção e efetividade do direito fundamental social da saúde.

3.1.3 O TCU e o Programa do Diálogo Público

Outra forma de destaque no estímulo ao controle social, empreendida pelo Tribunal de Contas da União, é o Programa Diálogo Público. Essa forma de interlocução com a sociedade converteu-se em Programa a partir de 2006, tendo previsão, consoante já exposto, como modalidade de fortalecimento de controle social, no inciso II do art. 2º da Portaria - TCU nº 176, de 03 de agosto de 2004.

Sendo assim, como dispõe Publicação de 2006 do Tribunal de Contas da União, o Programa Diálogo Público consiste:

Diálogo Público pode ser entendido como o conjunto de ações sistematizadas de relacionamento, divulgação e troca de conhecimentos entre o Tribunal de Contas da União e a sociedade, o Congresso Nacional e os Gestores Públicos. Trata-se de componente do Projeto de Apoio à Modernização do TCU (parcialmente financiado com recursos de empréstimo obtido junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID) e executado para a cooperação técnica do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD.⁴⁰²

no mundo moderno, calcados em transparência na gestão dos recursos, competição para o acesso a eles e cooperação e parceria na execução dos projetos” (SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor Regulação no Brasil**. .4. ed. São Paulo: Petrópolis, 2006, p. 110).

⁴⁰² BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Instituto Serzedello Corrêa. Diálogo Público - o TCU em conversa com o cidadão. Brasília- DF, 2006, p. 01.

Dessarte, o TCU abre um canal de comunicação relevante com a sociedade, promovendo a cidadania, estimulando a participação de representantes da sociedade quanto à fiscalização de recursos públicos, e repassando conhecimentos de como aprimorar o exercício da gestão pública. Nessa sentido, o TCU divulga a sua forma de atuação no controle externo dos recursos públicos aplicados, aprimorando a comunicação entre órgãos de controle, gestores públicos e a sociedade.⁴⁰³

Consoante informações pertinentes ao item Diálogo Público, no site do Tribunal de Contas da União⁴⁰⁴, o Tribunal deu início, em 2003, ao Projeto Diálogo Público, com vistas ao esclarecimento da função controle do Estado, com estímulo ao controle social e a cidadania. Assim, cada Estado realizava um seminário ou evento de grande porte, de sorte que as ações começaram em maio e foram até novembro de 2006. Como convidados para os eventos tivemos a Controladoria-Geral da União (CGU), os tribunais de contas estaduais e municipais, os ministérios público federal e estaduais, órgãos jurisdicionados pelo TCU, além de membros de conselhos sociais, não havendo qualquer custo ou pré-requisito para participar. Desse modo, em 2004 e 2005, foram realizados 57 encontros do Diálogo Público em todo o Brasil sobre o tema; “Fiscalização e Controle Social da Gestão Pública” e “Qualidade dos Gastos Públicos” que atingiram cerca de 20 mil participantes, de modo que o sucesso do projeto deu início ao programa permanente: o Programa Educacional Diálogo Público. Consoante dispõe Jane Carvalho Breder, o Programa Dialogo Público compreende a realização de eventos de cunho essencialmente educativo e de orientação, para discussão de temas ligados à administração pública, máxime o controle social dos gastos públicos, de modo que o Programa enfocou:

⁴⁰³ Destaca-se, nesse aspecto, a transparência, com a maior disponibilização de informações sobre o setor público, no combate à corrupção, em prol da ética e boa governança. Nesse sentido, expõe Marcelo Douglas de Figueiredo Torres: “Em grandes linhas, a transparência e a disponibilização de informação do setor público consagram, entre outros, dois grandes objetivos: atacar o importante problema da corrupção e propiciar o aperfeiçoamento constante das ações estatais. A máquina pública brasileira, como boa parte da sociedade, sofre com o problema da corrupção. No setor público, esse aspecto assume uma dimensão especial pela virulência com que a corrupção se tem manifestado neste segmento e pela crueldade dessas práticas, que deixa desabrigada a maior parte da população que tanto depende desse tipo de proteção estatal. Com o aumento da transparência das ações estatais, os mecanismos de controle social são aumentados, com impactos positivos sobre a responsabilização dos governantes, o que necessariamente leva à diminuição dos níveis de corrupção praticados no setor público”. (TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 42).

⁴⁰⁴ Referência TCU: <<http://www.tcu.gov.br>>.

diversos temas (controle social e cidadania: controle social e atuação dos agentes de controle social; Lei da Responsabilidade Fiscal, entre outros), com distribuição de cerca de doze mil publicações do TCU sobre obras públicas, convênios, licenciamento ambiental, licitações e contratos e outros temas. Além disso, foram recebidos estudantes para visitas monitoradas e elaborado, em janeiro de 2005, publicação destinada ao público infantil (“Revistinha do TCU”).⁴⁰⁵

Verifica-se que o Programa de Diálogo Público tem como público-alvo os gestores públicos federais, estaduais, municipais e seus fiscalizadores, os Tribunais de Contas, o Poder Legislativo e a sociedade, de sorte que, dentre os vários segmentos do público contidos em “sociedade”, dá-se ênfase especial aos educadores, alunos, membros de conselho de fiscalização e representantes das ONGs.

As linhas mestras do Diálogo Público como enfatiza publicação referida do TCU: “Diálogo Público - O TCU em conversa como o cidadão” são: o incremento das ações do TCU nas questões relacionadas à educação, formação da cidadania e esclarecimento sobre a função de controle do Estado. Assim, o programa realiza-se em duas vertentes: ações educacionais voltadas à construção da cidadania mediante o exercício do controle social e ações educacionais dirigidas aos gestores públicos objetivando a melhoria da gestão pública. Como instrumentos utilizados para a consecução das vertentes expostas temos, como exemplo, as ações de capacitação (palestras, oficinas de trabalho) e a distribuição de publicações de caráter educativo.

Assim sendo, o TCU propicia o conhecimento de sua forma de atuação na fiscalização dos recursos públicos em prol da sociedade, facultando uma visão sistêmica e integrada da função de controle, com o estímulo à participação ativa de representantes da sociedade na fiscalização de recursos públicos, fornecendo informações sobre o controle e promovendo e fortalecendo o papel do TCU na fiscalização, de sorte a incrementar a comunicação da Corte de Contas com a sociedade. Nesses termos, o Programa Diálogo Público atinge esses objetivos referidos, realizando encontros com gestores públicos e a sociedade civil, além de promoção de visitas monitoradas ao TCU na Sede e nos Estados, denominadas “Conheça o TCU”, aberta para toda a população.

⁴⁰⁵ BREDER, 2006, p. 196.

Em 2006, ano em que o Projeto Diálogo Público, como já referido, converteu-se em Programa, o tema abordado foi o Terceiro Setor, com inclusão das ONGs e demais organizações da sociedade civil que recebam transferências voluntárias do governo federal. Assim o Diálogo Público de 2006 retratava o TCU na promoção da cidadania e do controle social no Terceiro Setor. Como de praxe, não houve qualquer custo ou exigência de pré-requisito e todos os cidadãos poderiam participar nesse intercâmbio de idéias, em que se reuniam conhecimentos técnicos e experiências em prol do aperfeiçoamento da Administração Pública.

Ademais, ficou acertado, consoante exposto no Anexo I, da Ata nº 13, de 04 de abril de 2006-Sessão Ordinária do Plenário do TCU, encontrada na jurisprudência dessa Corte de Contas, segundo Comunicação do Presidente do TCU à época, Ministro Adylson Motta, que cada Estado realizaria um evento, que pode ser seminário ou evento de grande porte e ações que começariam em maio e iriam até novembro de 2006, sendo que os objetivos do Programa são: propiciar conhecimento sobre a forma de atuação do TCU na fiscalização dos recursos públicos em benefício da sociedade; permitir visão sistêmica e integrada da função controle; incentivar a participação ativa de representantes da sociedade na fiscalização de recursos públicos; fornecer informações sobre o controle de recursos públicos; promover e fortalecer o papel do TCU na fiscalização dos recursos públicos e incrementar a comunicação entre o TCU e a sociedade.

Desse modo, o Programa Diálogo Público prioriza a comunicação, na medida em que aprimora a interlocução entre o TCU, gestores de recursos públicos e a sociedade, que, aliado ao seu caráter educativo, em que se ressalta a função pedagógica do Tribunal, assegura-se a efetiva e regular gestão de recursos públicos, com o fortalecimento do controle social, destacando o aspecto democrático da esfera pública habermasiana, em que atuam os atores sociais. Nesse aspecto, dispõe Daniel Soczek, alicerçado na doutrina de Habermas: “O conceito de esfera pública sugere a necessidade de repensar o adensamento no campo da participação popular, cuja característica principal é a sua condição democrática”.⁴⁰⁶ Do mesmo modo, dispõe Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, na perspectiva de que os discursos e negociações constituem o espaço de formação de opinião, que segundo

⁴⁰⁶ SOCZEK, p. 112.

Habermas: “a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático tem que se apoiar num arranjo comunicativo”.⁴⁰⁷

Outrossim, o Programa Diálogo Público contribui para a transparência dos mecanismos de acompanhamento das contas públicas e das atividades de controle externo do TCU, enfatizando a ética e boa governança dos recursos públicos, o que se insere no estímulo ao controle social que, dentro do enfoque da gestão compartilhada sanitária, em que o Tribunal traz a sua contribuição, concorre para a proteção e efetivação do direito fundamental social da saúde.

3.1.4 A Experiência do Controle Social nos Conselhos de Alimentação Escolar

Conquanto se trate mais especificamente do direito fundamental social da educação, o controle social exercido pelos Conselhos de Alimentação Escolar- CAES, quanto ao Programa Nacional de Alimentação Escolar- PNAE, representa uma experiência bem sucedida do TCU quanto ao fortalecimento do controle social que pode ser estendida aos outros conselhos, como os conselhos municipais de saúde, em prol do direito fundamental social da saúde.⁴⁰⁸

O Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, igualmente, conhecido como “Programa da Merenda Escolar”, representa um programa de suplementação

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 171-188, 2004.

⁴⁰⁸ Entendemos, contudo, que existe, *in casu*, uma correlação entre os direitos fundamentais da educação e da saúde, na medida em que, com o fornecimento regular de merenda escolar, concorre, não só para o incremento do rendimento do aluno e redução da evasão escolar - em prestígio ao direito fundamental da educação, como também para a boa nutrição e higidez do estudante- o que salvaguarda o direito fundamental da saúde. Interessante, nesse aspecto, o posicionamento de Roberto Dromi sobre a relevância dos direitos sociais para o desenvolvimento integral do homem, em um contexto que proporcione igualdade de oportunidades, como expõe: “Los derechos sociales y económicos son consecuencia de la evolución de la sociedad y del efecto expansivo de progreso tecnológico. Estos factores han determinado a su vez la renovación de la nómina de derechos que se perciben como fundamentales, en la medida en que son necesarios para alcanzar un desarrollo integral del hombre, en un contexto que proporcione igualdad de oportunidades”(DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1330).

alimentar que, mediante a aquisição exclusiva de gêneros alimentícios, visa a suprir parcialmente as necessidades diárias de calorias e proteínas dos alunos da rede de ensino, atentando para a melhoria do rendimento escolar, concorrendo para a redução da evasão das escolas. Os alunos atendidos pelo PNAE são os matriculados na educação infantil, pertinente a creches e pré-escolas; os do ensino fundamental da rede pública de ensino dos estados, Distrito Federal e municípios, bem como os estabelecimentos mantidos pela União, além das escolas indígenas que constam do censo escolar realizado pelo Ministério da Educação no ano anterior ao do atendimento.

Mediante a edição da Lei 8.913, de 12/07/1994, o Governo Federal determinou a descentralização do PNAE, já que desde a sua concepção até 2003, ele foi executado de forma centralizada. Ocorreu, portanto, a municipalização, ou descentralização da merenda escolar, com transferência de recursos, através da celebração de convênios, da entidade responsável pela execução do Programa, ou seja, à época a FAE- Fundação de Assistência ao Estudante, para as entidades executoras nos Estados, Distrito Federal e Municípios, com vistas à aquisição da merenda.

Contudo, a partir de 1998, com a extinção do FAE, em fevereiro de 1997, mediante a Medida Provisória nº 1.549-27, convertida na Lei nº 9.649, de 27.05.1998, a gerência do PNAE passou ao FNDE- Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação que é uma autarquia federal que se vincula ao Ministério da Educação, tendo por finalidade captar recursos financeiros e financiar projetos e programas educacionais. Assim, com a Medida Provisória 1.784, de 14.12.1998, que revogou a Lei nº 8.913/94, os repasses de recursos passaram a ser feitos diretamente, sem a formalização de convênios, pelo FNDE, considerando a operacionalização da descentralização da merenda escolar, às entidades executoras, por meio de contas específicas (transferência direta). Essas entidades, outrossim, poderiam descentralizar a execução do Programa, mediante a transferência de recursos às escolas de sua rede (“escolarização”). Desse modo, com a descentralização do Programa, intensificou-se a necessidade de melhor acompanhamento e controle, de sorte que a Medida Provisória nº 1.784/1998 e suas reedições, como a Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001 e a Resolução FNDE nº 38, de 23 de agosto de 2004, criaram os CAES - Conselhos de

Alimentação Escolar, no âmbito de cada entidade executora, que exerce a fiscalização da aplicação dos recursos do PNAE, no exercício do controle social.

Os Conselhos de Alimentação Escolar são órgãos deliberativos⁴⁰⁹, fiscalizadores de assessoramento, constituídos de 07 membros e com a seguinte composição, que pode ser triplicada nos Municípios com mais de cem escolas: um representante do Poder Executivo, indicado pelo Chefe desse Poder; um representante do Poder Legislativo, indicado pela Mesa Diretora desse Poder; dois representantes dos professores, indicados pelo respectivo órgão de classe; dois representantes de pais e alunos, indicados pelos Conselhos Escolares, Associações de Pais e Mestres ou entidades similares; um representante de outro segmento da sociedade local (nos Estados e Municípios que possuem escolas indígenas deverá ter ainda na composição do CAE, pelo menos um representante da comunidade indígena), sendo que os membros e o Presidente do CAE terão mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos uma única vez e o exercício do mandato do conselheiro do CAE é considerado serviço público relevante e não será remunerado.

Em suas atribuições, os CAEs verificam a aplicação dos recursos federais transferidos à conta do PNAE, acompanhando e monitorando a aquisição de produtos para o Programa, zelando pela qualidade dos produtos, em todos os níveis, até o recebimento da refeição pelos escolares. Outrossim, orientam sobre o armazenamento de gêneros alimentícios, comunicando ainda as irregularidades quanto a esses gêneros como vencimento do prazo de validade, deterioração, desvios e furtos, dentre outros, para que sejam tomadas as devidas providências. Igualmente, divulgam, em locais públicos, os recursos financeiros do PNAE, acompanhando a execução físico - financeira do Programa, zelando pela sua melhor aplicabilidade, além de noticiar quaisquer irregularidades na execução do PNAE ao FNDE, Secretaria Federal de Controle, Ministério Público e TCU. Quanto à prestação de contas enviadas pelas entidades executoras, elas são recebidas e analisadas pelos CAEs que as remetem, posteriormente, ao FNDE, apenas no tocante ao Demonstrativo Sintético Anual de Execução Físico - Financeira, com o parecer conclusivo.

⁴⁰⁹ Os Conselhos de Alimentação Escolar- CAEs, como órgãos deliberativos, vinculam-se precipuamente ao PNAE - Programa Nacional de Alimentação Escolar, tratando da merenda escolar, de sorte que suas atividades se somam e não se sobrepõem aos conselhos municipais de saúde, também órgãos deliberativos.

Para a garantia do funcionamento dos CAEs, a Medida Provisória nº 2.178 - 36/2001 e o art. 9º da Resolução do FNDE nº 38/2004 obrigam as entidades executoras a garantir aos Conselhos a infraestrutura necessária para execução de suas atribuições, como um local apropriado com condições adequadas para as reuniões dos CAEs, além de disponibilidade de equipamento de informática e transporte para deslocamento de seus membros. Outrossim, devem as entidades executoras fornecer aos CAEs, quando solicitados, todos os documentos e informações referentes ao PNAE, em todas as suas etapas.

Quanto à qualidade de composição dos Conselhos de Alimentação Escolar - CAEs e sua responsabilidade solidária na aplicação dos recursos do PNAE, dispõe Jair Lima Santos:

Tão relevante quanto a obrigatoriedade da sua instituição é a qualidade de sua composição, ou seja, que seus membros tenham noção clara e inequívoca do papel que estarão desempenhando. Isso se torna mais importante ainda quando se constata que ao CAE é atribuída a função que antes competia ao Estado, que é a emissão de parecer conclusivo, por meio de análise das prestações de contas, acerca do atingimento do interesse público colimado como o PNAE. Tal competência implica a sua responsabilidade solidária na aplicação dos recursos do Programa, em caso de malversação, desvio ou desfalque, na medida em que omitirem ou negligenciarem a sua fiscalização.⁴¹⁰

O TCU, em 2002, procurando averiguar a regularidade da execução e adequabilidade do sistema de controle do PNAE, com a atuação dos CAEs, efetuou a consolidação de auditorias realizadas em 67 prefeituras e secretarias de educação de 21 estados, tendo como critério de seleção o fato de que 13 unidades executoras foram selecionadas por apresentarem o modelo de escolarização, duas prefeituras, por tercerizarem o fornecimento de merenda e as 52 demais foram escolhidas por critérios de materialização e risco. Ocorreu também fiscalização no FNDE, considerando as prestações de contas das entidades executoras.

Como principais constatações, consoante aponta Cláudia Vieira Pereira⁴¹¹, foram que as atribuições dos CAEs não estão sendo exercidas a contento, sendo que das 67 prefeituras fiscalizadas, 43% tiveram a sua atuação considerada

⁴¹⁰ SANTOS, 2003, p. 122.

⁴¹¹ PEREIRA, Cláudia Vieira. **A Contribuição do Tribunal de Contas da União para o aprimoramento do controle social: o caso dos Conselhos de Alimentação Escolar**. Brasília: Tribunal de Contas da União-Instituto Serzedello Corrêa, 2004, p. 45-50.

insatisfatória, considerando que houve cumprimento parcial das competências que se focavam, muitas vezes, em verificar apenas o armazenamento e conservação dos gêneros alimentícios, além das condições de higiene no preparo, cardápio e acessibilidade da merenda. Outrossim, quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios, verificou-se que 57% dos CAEs auditados não faziam análises dessa natureza, demonstrando falta de conhecimento técnico dos conselheiros. Além disso, constatou-se que 21 entidades executoras detinham irregularidades que extrapolavam o aspecto formal, tendo que as contas delas tiveram parecer favorável dos CAEs, o que demonstra a fragilidade dos controles exercidos pelos conselhos.

Igualmente, constatou-se que a parte financeira, componente da prestação de contas das entidades executoras (no caso, as prefeituras), quanto ao PNAE, raramente foi analisada, atestando a precariedade do exame de contas pelos conselhos. Do mesmo modo, as entidades executoras não disponibilizam recursos para que os conselhos possam realizar as suas atividades, pois se constatou que, das 25 das 67 prefeituras auditadas, não detinham local adequado para as suas atividades e, dessas 25, somente cinco fizeram alguma solicitação à entidade executora para solucionar o problema, demonstrando a falta de interesse dos conselheiros no exercício de suas atribuições.

No tocante à capacitação dos conselheiros, fornecida pelo FNDE, cerca de 58% dos CAEs informaram que não receberam qualquer tipo de treinamento, constatando-se que a capacitação promovida pelo FNDE focaliza apenas aspectos qualitativos da merenda e não procedimentos de controle fiscal, financeiro e licitatório que são competências dos conselhos. Contudo, verificou-se que as entidades executoras interferem nos trabalhos dos conselhos, refletindo na falta de incentivo ou de promoção de treinamento dos conselheiros, na nomeação de membros sabidamente despreparados, além da falta de oferta de boas condições de trabalho, ou mesmo conduzindo diretamente os trabalhos do conselho, privando os componentes interessados de se manifestarem. Assim, nesse aspecto, verificou-se que, em 12 municípios auditados, o presidente do CAE ou era Secretário da Educação ou era representante do Poder Executivo junto ao Programa, atuando com supremacia no conselho.

Quanto às entidades executoras que adotam a escolarização, as atribuições e carga de trabalho do conselho ficaram prejudicadas, pois as aquisições de merenda são feitas diretamente pelas escolas, em todo o estado, e o conselho atua na capital,

demonstrando o acompanhamento precário pelo CAE. Além disso, quanto à infraestrutura, constatou-se a inexistência ou baixo valor das diárias para o deslocamento para o interior do estado pelos conselheiros, bem como dificuldades na disponibilização de veículos para as viagens.

Desse modo, constatou-se, em suma, que a atuação dos CAEs apresenta deficiências por falta de conhecimento técnico dos conselheiros, o que repercute no parecer enviado ao FNDE, pertinente à prestação de contas dos recursos recebidos do PNAE, sendo que o FNDE não dispõe de instrumentos próprios suficientes para acompanhar adequadamente a execução do Programa, de forma autônoma, concorrendo para a precariedade do controle social empreendido pelos conselhos quanto à correta execução do PNAE.

Em suas conclusões, o TCU dispõe que o aprimoramento do controle social exige sobretudo medidas mais efetivas por parte dos gestores públicos, especialmente as prefeituras municipais e da sociedade civil, com vistas ao fortalecimento desse importante instrumento democrático. Assim sendo, cabe o cumprimento dos normativos que garantem a instrumentalização dos CAEs pelas entidades executoras, bem como o incremento das políticas de treinamento do FNDE. Outrossim, recomendou a Corte de Contas que o FNDE, responsável pelo PNAE, fornecesse aos conselhos roteiros para verificação, com linguagem simples, no intuito de facilitar o exame de documentos a serem encaminhados aos CAEs para a análise das prestações de contas. Além disso, é proposto ao FNDE que direcione o curso de capacitação e o material de orientação, em linguagem simples, para os procedimentos de controle fiscal, financeiro e licitatório, de sorte que os pareceres e os demonstrativos sintéticos apresentados pelos conselheiros sejam instrumentos efetivos para apurar irregularidades na gestão de recursos.

Assim, para que se estimule o controle social, deve o Tribunal de Contas contar com a colaboração dos governos, entidades executoras dos programas⁴¹², mormente no tocante à capacitação dos membros atuantes nos conselhos sociais: Nesse sentido, dispõem os autores Maísa F. G. Kalatzis Britto., Milton Gomes da Silva Filho e Maria Aparecida Gonçalves Farias:

⁴¹² Em suas deliberações, o TCU faz uma série de recomendações e determinações a órgãos e entidades, que serão objeto de fiscalização posterior da Corte de Contas, como no caso, das prefeituras, que são executoras de programas de alimentação escolar, de modo, como já referido, que as decisões do Tribunal tem a força de obrigatoriedade perante a Administração Pública.

Por fim, já em referência ao incentivo e capacitação de associações para realizarem controle social, devem os Tribunais de Contas (TCs) adotar diversas iniciativas. Quanto aos diversos conselhos já instituídos em lei (ex: conselhos de saúde, de alimentação escolar etc.), exigir dos governos que capacitem os respectivos conselheiros a desenvolverem suas atividades com propriedade, lisura e independência. Por sua vez, quanto ao estímulo de criação de novas associações de controle social, podem as Cortes de Contas realizarem palestras nas comunidades, mostrando a importância de tais iniciativas e os canais existentes para que, no caso de indícios de desvios ou malversação de recursos públicos, possam denunciar.⁴¹³

Outrossim, como forma de fortalecimento do controle social, o TCU determinou a sua Secretaria Geral de Controle Externo- Segecex, para que avalie, junto com o Instituto Serzedello Corrêa, a adoção de medidas que visem a contribuir para a capacitação dos membros dos CAEs, especialmente quanto a orientações no tocante aos procedimentos de controle, de sorte como dispõe Cláudia Vieira Pereira:

A conclusão essencial do TCU foi o reconhecimento de que mitigar as deficiências dos conselhos representa incrementar a participação ativa da sociedade civil no processo, que, por meio dos membros ali instalados, poderá melhorar a gestão de recursos e a qualidade do atendimento de alunos, bem como propiciar a transparência dos procedimentos adotados pelas entidades envolvidas (BRASIL 2003). A situação detectada no conjunto de municípios auditados indicou que esse mecanismo de controle precisa, portanto, ser amparado, estimulado e instrumentalizado para se consolidar e atuar com efetividade, de forma a assegurar a boa e regular aplicação dos recursos públicos transferidos, os quais somaram, no período de 1996 a 2002, quase R\$ 5,5 bilhões, representando, em 2002, o montante de R\$ 848 milhões, para atendimento de 36,4 milhões de alunos (BRASIL, 2003).⁴¹⁴

Verifica-se, pois, que a atuação do TCU foi no intuito de aprimorar o controle social, considerando as dificuldades constatadas no exercício das atribuições pelos CAEs, no sentido que se garantisse a aplicação adequada dos recursos públicos que concorrem para salvaguarda do direito fundamental social da educação, que, *in casu*, entendemos correlacionar-se com o direito fundamental social da saúde, ambos com previsão no art. 6º da CF/88- direitos sociais. Nesse sentido,

⁴¹³ FARIAS, Maria Aparecida Gonçalves; SILVA FILHO, Milton Gomes da ; BRITTO, Maísa F. G. Kalatzis. **Controle Externo e Controle Social da Administração Pública, uma Análise das Oportunidades de Interação**. Aracaju: Fundação Getúlio Vargas - FGV - Escola de Administração Fazendária - Curso de Especialização em Gestão Pública, 2004, p. 57.

⁴¹⁴ PEREIRA, 2004, p. 50.

considerando a relevância da participação do TCU no fortalecimento do controle social, dispõe Cláudia Vieira Pereira:

Por todo o exposto, verifica-se que a participação do TCU na capacitação desses conselhos mostra-se de fundamental importância. Mais do que divulgar informações de forma clara, simples e precisa, é necessário despertar nessas pessoas a consciência da cidadania. Nesse sentido, foi bastante gratificante perceber, nos encontros com os conselheiros do CAE, que eles passaram a compreender um pouco melhor a importância de sua atuação para o bom funcionamento do Programa. No município de Cristalina (GO), por exemplo, ao término da apresentação do conteúdo da cartilha, os conselheiros se reuniram na Câmara Municipal para decidir de que forma iriam pressionar o prefeito para melhorar as condições de oferta de merenda escolar aos alunos. Assim, com base nessas experiências e cada vez mais consciente da importância da participação da sociedade no combate à corrupção e contribuição para a melhoria dos serviços públicos, o TCU disciplinou o desenvolvimento de ações para o fortalecimento do controle social.⁴¹⁵

Ademais, é importante ressaltar que, nas visitas aos municípios auditados e respectivos CAEs, foi apresentada e, posteriormente, distribuída, a cartilha elaborada pelo TCU, com vistas primordialmente à capacitação dos conselheiros dos CAEs referidos,- material esse que foi reeditado pelo TCU. Assim, a Cartilha do Programa Nacional de Alimentação Escolar- PNAE⁴¹⁶, atualmente, em sua quarta edição, é instrumento de fortalecimento do controle social, com previsão no art. 2º, inciso III, da Portaria-TCU nº 176/2004 (divulgação de cartilhas e outras publicações que visem ao estímulo do controle), trazendo orientações gerais aos conselheiros sobre o trabalho de acompanhamento e análise da prestação de contas do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE.

Desse modo, em linhas gerais, o material publicado, referido no parágrafo anterior, fornece informações sobre o PNAE, o CAE - constituição e competências, além de instruções aos conselheiros quanto às verificações: se o dinheiro foi aplicado apenas em alimentos para a merenda; se os preços pagos pelos alimentos estão de acordo com os preços de mercado; se os produtos comprados foram mesmo usados para oferecer merenda aos alunos e se os alimentos são saudáveis e de boa qualidade. Outrossim, há instruções aos conselheiros quanto ao que se verificar nas visitas às escolas; no repasse do dinheiro pela Prefeitura aos

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 54.

⁴¹⁶ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. 4.ed. Brasília, 2006.

estabelecimentos de ensino; bem como no tocante à elaboração do parecer remetido ao FNDE, além de anexos com roteiros para avaliação adequada das prestações de contas.

3.1.5 A Avaliação de Programa do Governo pelo TCU e o controle social

Na Avaliação de Programas de Governo, igualmente, o controle oficial externo exercido pelo TCU se alia ao controle social efetivado pela comunidade, na medida em que a Corte de Contas realiza o seu trabalho técnico de avaliação e, da mesma forma, estimula o controle social.⁴¹⁷

Desse modo, a Avaliação de Programas de Governo foi intensificada, a partir de 1998, pelo TCU, na modalidade de auditoria de natureza operacional. Nesse sentido, dispõe Adriane Mônica Oliveira Souza que:

Para avaliar a implementação e os resultados dos programas de governo, o instrumento utilizado é a auditoria de natureza operacional, através da qual o TCU pode formular recomendações, considerando aspectos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.⁴¹⁸

Assim, a avaliação de programas, como modalidade de auditoria de natureza operacional (como se registra no site do TCU, item Avaliação de Programas de Governo) avalia a efetividade de programas e projetos governamentais, bem como a economicidade, eficiência, eficácia e equidade de sua implementação, sendo que, no TCU, é a Seprog - Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas do Governo que coordena esses trabalhos.

⁴¹⁷ Nesse sentido, importante ressaltar que a participação nas decisões tem por norte a justiça social, como dispõe publicação do Ministério das Cidades: “Quando se abre a oportunidade de participação nas decisões àqueles que nunca tiveram vez e voz objetiva-se fazer justiça. A democracia adquire outra dimensão quando a sociedade participa da elaboração, do acompanhamento e da execução dos programas que se referem às políticas públicas” (BRASIL. **Ministério das Cidades**. Cadernos MCidades, n. 2- Participação e Controle Social, nov. 2004, p. 07).

⁴¹⁸ SOUZA, Adriane Mônica Oliveira. **Auditoria em programas governamentais: a experiência do Tribunal de Contas do Estado da Bahia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 153-154.

Os autores Artur Adolfo Cotias e Silva e Carlos Alberto Sampaio de Freitas⁴¹⁹, ao tratarem dos objetivos da avaliação de programas, dispõem que o objetivo intrínseco, inerente é aprimorar o próprio programa que está sob avaliação, contudo esse avaliação não se restringe ao programa avaliado - fl. 17 do trabalho, como relatam:

Todavia, ela não se restringe apenas ao programa avaliado. Pode, também, fornecer subsídios para avaliar o impacto do programa no meio em que é implementado. Ademais, o caráter retrospectivo da avaliação fornece dados para estimar os futuros efeitos e os custos do programa sob exame, assim como de outros programas a serem avaliados.

Do mesmo modo, segundo os autores referidos, a avaliação de programa revela outro aspecto substancial que é o seu impacto, causado pela implementação do programa, no público-alvo e, na fl. 18 de seu trabalho, dispõem:

Desse modo, por meio do impacto causado e dos efeitos produzidos, a avaliação de programas pode auxiliar os governos a decidir se um programa deve ser continuado, expandido, modificado, reduzido ou mesmo eliminado, além de possibilitar saber as razões de uma eventual *performance* inadequada e as ações requeridas para corrigir a situação.

Nesse aspecto, como registra no site do TCU, a avaliação de programas visa a contribuir para a melhoria do desempenho dos programas de governo, bem como aumentar a efetividade do controle, mediante a mobilização de atores sociais no acompanhamento e na avaliação dos objetivos da implementação e dos resultados das políticas públicas. Dentro desse enfoque, considerando que a avaliação de programas deve atentar para a participação social dispõe Walter Faço Bezerra:

É importante observar que a avaliação de programas públicos deve acompanhar o grau de desenvolvimento alcançado pelos programas objeto do estudo avaliativo. Nesse ponto é necessário que se verifique não apenas as transformações quantitativas, mas também as qualitativas. O programa material há de vir acompanhado do programa das pessoas como cidadãos. Os trabalhos avaliativos conduzidos pelo TCU precisam, portanto, observar esses dois aspectos. E mais; a avaliação das ações governamentais há de

⁴¹⁹ FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de; SILVA, Artur Adolfo Cotias e. Avaliação de Programas Públicos no Brasil - O Papel do Tribunal de Contas da União. **Tribunal de Contas da União**, Prêmio Serzedello Corrêa 2003 - Monografias Vencedoras - 1º lugar. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2005.

ter uma abrangência que contenha em seu bojo a análise da própria participação social.⁴²⁰

Considerando como relata Maria Paula Dallari Bucci⁴²¹ que a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, consistindo num conjunto de medidas articuladas com escopo de movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar um objetivo de ordem pública, ou na ótica dos juristas, concretizar um direito, deve ela ser vista, na perspectiva de Jürgen Habermas, como nos apresenta Thiago Lima Breus.⁴²² Nesse sentido, alicerçado na doutrina de Habermas, o autor ressalta que o direitos devem funcionar como limites à deliberação coletiva. Nessa perspectiva, considerando os direitos materialmente fundamentais, dispõe:

Por decorrência, esses direitos funcionariam, segundo Jürgen Habermas, como limites à deliberação coletiva. Entretanto, eles não têm o seu fundamento último em fórmulas metafísicas, ou pré-políticas, ao contrário, apresentam-se como fundamento para o exercício da própria política democrática. É nesse sentido que se poderia afirmar que o *interesse público*- horizonte orientativo e vinculante do administrador público na prestação de serviços públicos-, nas sociedades periféricas, estaria voltado antes à realização das condições que possibilitem aos cidadãos se tornarem aptos, de maneira igual e com plena capacidade, influenciar no processo democrático deliberativo acerca dos caminhos que a sociedade pretende desenhar para si e se conduzir.⁴²³

Outrossim, considerando os direitos sociais como condição para a participação democrática, na esteira da doutrina habermasiana, em que se ressalta o processo deliberativo, no qual atue a cidadania, dispõe Thiago Breus:

Nas sociedades, no entanto, em que não se dispõe das condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, torna-se possível que os interesses públicos que o Estado deve perseguir

⁴²⁰ BEZERRA, Walter Faço. O Tribunal de Contas da União e a Avaliação de Programas Públicos: considerações acerca da construção de modelos avaliativos. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.) **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 357-371, 2006.

⁴²¹ 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, p. 01-49, 2006.

⁴²² BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional - problemática de concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁴²³ *Ibidem*, p. 194.

se voltem, antes à implementação das condições que possam tornar os cidadãos aptos a participar e influir no processo de deliberação acerca das ações normativas, materiais e administrativas do Estado. Tratam-se essas condições, ao menos, dos Direitos Fundamentais sociais, sumariados na Constituição Federal de 1988, que, em última análise, derivam do ideário da dignidade da pessoa humana.⁴²⁴

Nessa perspectiva, o TCU, além de sua atividade técnica de avaliação dos programas do governo, também estimula o controle social, em que envolve a participação deliberativa democrática da cidadania, no sentido de que se implemente a política pública, dentro do programa do governo traçado, em prol da proteção e efetividade do direito fundamental social da saúde, sob o enfoque da gestão compartilhada sanitária.

Assim, como exemplo, na área da saúde, temos o Acórdão nº 654/2005⁴²⁵, pertinente à Auditoria de natureza operacional, na avaliação de programa de governo, referente a Ações de Atenção à Saúde Mental, Auxílio-Reabilitação Psicossocial aos Egressos das Longas Internações Psiquiátricas no Sistema Único de Saúde - De Volta para a Casa e Apoio a Serviços Extra-hospitalares para Transtornos da Saúde Mental e Decorrentes do Uso de Álcool e outras Drogas. Nesse trabalho, constatou o Tribunal a pouca participação da sociedade civil em saúde mental e no acompanhamento do processo de Reforma Psiquiátrica. Constatou-se, igualmente, que os Conselhos estaduais e municipais de Saúde (órgão de controle colegiado de natureza deliberativa) são pouco atuantes com relação às ações de saúde mental.

Ademais, mesmo nos estados e municípios em que os respectivos Conselhos de Saúde possuem comissões em saúde mental, a atuação dessas era incipiente, acrescentando que pesquisa postal revelou que 42,8% dos gestores municipais classificam a atuação dos conselhos municipais, no acompanhamento das ações de saúde mental, como ruim ou péssima e que 40,9% dos gestores estaduais indicam que a atuação dos conselhos estaduais é ruim e péssima. Nas entrevistas com conselheiros e gestores, ficou evidenciado o desconhecimento da política e diretrizes em saúde mental e falta de representação das pessoas portadoras de transtornos mentais e familiares nos conselhos de saúde. A Equipe de Auditoria do Tribunal

⁴²⁴ BREUS, p. 196.

⁴²⁵ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.307/2004-9. Acórdão nº 654/2005-Plenário. Relatório de Auditoria Operacional. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 25 de maio de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun./2005.

entende que, com o fim de aumentar a participação dos Conselhos, é importante recomendar ao Ministério da Saúde que intensifique a capacitação dos conselheiros de saúde.

Desse modo, ao final, o Tribunal fez recomendações, entre outras, ao Ministério da Saúde para implementação do programa e, considerando a atuação deficiente dos conselhos de saúde, recomendou, levando em conta a função educacional da Corte de Contas, que a Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde- SAS/MS, elaborasse cartilha com orientações sobre a Reforma Psiquiátrica, além de oferecer treinamento a conselheiros de saúde estadual e municipal, concernente ao controle necessário nas ações de saúde mental.

Outros programas, igualmente, o Tribunal, além de elaboração de recomendações e determinações com vistas a implementação do programa, após a avaliação das ações realizadas, fez um diagnóstico da atuação do controle social, apresentando recomendações na deliberação proposta, no sentido de aprimorar e estimular essa modalidade de controle social, citando como exemplo, o Acórdão 2.259/2006⁴²⁶ o qual trata do Programa Nacional de Erradicação da Hanseníase, que congregou a atuação de ONGs na execução, em que se constatou que a atuação dos conselhos é ainda incipiente, sendo que, na opinião dos entrevistados, 48,3 % dos conselhos municipais não atuam na questão da hanseníase, diminuindo a participação social nas discussões sobre a doença e dificultando a mobilização da sociedade para obter melhoria dos serviços de atenção básica. Nesse processo, no Acórdão proferido, fizeram-se recomendações, entre outras, à Secretaria de Vigilância em Saúde - SVS, como aprimoramento e estímulo ao controle social, para que fossem desenvolvidas estratégias de capacitação com elaboração de álbum / seriado / cartilha educativa, além do aumento de divulgação dos conselhos de saúde e dos canais de comunicação para denúncias e sugestões.

Assim sendo, na Avaliação de Programas de Governo, o TCU, não só avalia tecnicamente as ações realizadas para implementação dos programas, pertinentes à política pública na área da saúde, fazendo as recomendações e determinações necessárias para o alcance dos objetivos propostos, como se atém ao controle social empreendido, fazendo um diagnóstico de sua atuação, bem como

⁴²⁶ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 012.489/2005-2. Relatório de Auditoria Operacional. Decisão nº 2259/2006 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 29 de novembro de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 01 dez./2006.

recomendando ou determinando medidas para aprimorá-lo e estimulá-lo, de sorte que se tenha uma conjugação de esforços adequada entre controle oficial e social, de modo a contribuir, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, para a proteção e efetivação do direito fundamental social da saúde.

3.1.6 O TCU e a fiscalização dos conselhos municipais de saúde

A exemplo do trabalho de controle dos Conselhos de Alimentação Escolar - CAEs, antes referido, o TCU, igualmente, concorre para o aprimoramento do controle social na fiscalização dos conselhos municipais de saúde. Contudo, como dispõe Maria Antônia Ferraz Zelenovsky, é necessário ressaltar a importância de se promover uma parceria entre o TCU e os conselhos de saúde, como dispõe:

Uma vez que os conselhos de saúde possuem a atribuição de fiscalizar a garantia dos direitos dos cidadãos no SUS e são os reais conhecedores da aplicação dos recursos nas suas comunidades, o estreitamento da relação do TCU com esses colegiados aumentaria a qualidade do controle do gasto público.⁴²⁷

Com efeito, destaca-se, nas atividades dos conselhos municipais de saúde, o *accountability*, no qual se consubstancia o controle social⁴²⁸, em que se considera a

⁴²⁷ ZELENOVSKY, Maria Antônia Ferraz. O Tribunal de Contas da União e os conselhos de saúde; possibilidades de cooperação nas ações de controle. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 213-227, 2006,.

⁴²⁸ Nesse sentido, dispõe Luiz Odorico Monteiro de Andrade quanto ao exercício do controle social pelos conselhos de saúde, dentro da construção do Sistema Único de Saúde: “La existência de un efectivo control social sobre la acción gubernamental, en todos los niveles, es requisito esencial a la adecuada implementación de la propuesta de construcción del Sistema Único de Salud. Entendido el control social como ejercicio de la ciudadanía, el cumplimiento de esse requisito trasciende la acción estatal y exige la presencia de organizaciones legítimas de representación de intereses de los diversos segmentos sociales. Implica, sin embargo, en la existência, en el âmbito de las agencias públicas, de mecanismos que aseguren las condiciones de acceso a informaciones y de democratización de los procesos decisórios. La legislación que ordena la implantación del SUS establece la Conferencia de Salud y los Consejos de Salud como mecanismos privilegiados para el servicio de esse requisito” (ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **Sistema de Salud de Brasil- normas, gestión e financiamiento**, Trad. Cintia Collyer Arruda Cavalcante. São Paulo: Hucitec, Sobral, Uva, 2002. p. 165). Outrossim, nesse sentido, são os conselhos de saúde resultado de demandas dos movimentos sociais em saúde, o que, igualmente, concorre para o controle social e democratização da

qualidade das relações entre o governo e o cidadão, na medida em que se prioriza a busca de resultado e a responsabilidade na área da saúde, no exercício pelo conselho de saúde de seu mister, no qual atuam cidadãos vigilantes, em papel ativo, cobrando do governo a prestação de contas das políticas empreendidas.⁴²⁹ Nesse passo, dispõe Antônio Ivo de Carvalho, no sentido de que os conselhos municipais de saúde, como portadores e sinalizadores do interesse público, no contexto do processo de reforma do Estado, podem cumprir a função de: “indutores de responsabilidade governamental ou *accountability*, entendida como o qualidade dos governos de estar à altura da confiança e das expectativas dos cidadãos”.⁴³⁰

Do mesmo modo, dispõem os autores Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, no sentido de que os conselhos de saúde podem ser considerados espaços de exercício da cidadania. Assim, eles representam para os cidadãos a “abertura de possibilidades inéditas de se incorporarem ao debate e à vida pública, através de um fórum que, como se viu, processa demandas específicas em prol do interesse público”.⁴³¹ Desse modo, nas suas práticas sociais, os conselhos de saúde concorrem para as diferentes dimensões do indivíduo, como ser social. Nesses termos, relata Antônio Ivo de Carvalho:

saúde, de modo que dispõe Sonia Acioli: “Os conselhos de saúde foram criados como instâncias de decisão na gestão pública, e possuem caráter permanente e deliberativo. São fruto, por outro lado, de demandas dos movimentos sociais em saúde que vinham lutando pelo controle dos serviços de saúde e, por outro, correspondem a um processo de democratização do setor Saúde a partir do Estado” (ACIOLI, Sônia. Participação Social na Saúde: revisitando sentidos, reafirmando propostas. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Orgs.). **Construção Social da Demanda- Direito à Saúde- Trabalho em equipe, participação e espaços públicos**. Rio de Janeiro; CEPESC/UERJ/ABRASCO, p. 293/303, 2005)..

⁴²⁹ Dentro desse aspecto, dispõe publicação do SUS sobre conselho de saúde, no tocante ao papel desempenhado: “Pode-se afirmar, então, que o Conselho de Saúde tem competência para examinar e aprovar as diretrizes da política de saúde, a fim de sejam alcançados os seus objetivos. A política de saúde é traçada pelo dirigente do SUS (secretário de Saúde ou diretor do Departamento de Saúde). O Conselho, ao atuar na formulação de estratégias, pode aperfeiçoá-las, propor meios aptos para a sua execução ou mesmo indicar correções de rumos” (BRASIL. **Ministério da Saúde**. Sistema Único de Saúde – SUS - Conselho de Saúde: guia de referências para a sua criação e organização, 2005, p. 11). Igualmente, outra publicação do Ministério da Saúde esclarece as atribuições dos conselhos nas políticas da saúde e seu controle: “Os conselhos de saúde têm como atribuições atuar na formulação de estratégias e no controle da execução das políticas de saúde (Brasil, Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde, 2000). A atuação na formulação de políticas deve ser exercida mediante uma postura propositiva, criadora do novo modelo de atenção à saúde, o mais articulada possível com o gestor do SUS naquela esfera (que tem assento no conselho de saúde) e com o Poder Legislativo. Já a atuação no controle da execução diz respeito a uma postura defensiva, contra desvios e distorções, que deve ser exercido por meio do acompanhamento permanente das políticas e ações prioritárias do SUS, por intermédio de indicadores de saúde e, sempre que possível, de pesquisas por amostragem junto a usuários, profissionais e prestadores” (BRASIL. **Ministério da Saúde**. Saúde no Brasil - contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa. 2.ed. Brasília, 2006, p. 72).

⁴³⁰ CARVALHO, 1997, p. 106.

⁴³¹ CARVALHO; SANTOS, p. 248-249.

O advento dos Conselhos de Saúde, para práticas sociais que suscita e conforma, pode contribuir para que as diversas dimensões do indivíduo, como ser social-trabalhador, usuário, consumidor, cliente - possam se encontrar ou integrar na condição- eixo de sujeito-cidadão. Assim, contribuir para uma reforma do Estado que ainda sirva para reorientar a economia, precisa ser reorientada para servir o cidadão.⁴³²

Outrossim, o Tribunal de Contas da União, em sintonia com as atividades dos conselhos de saúde, desenvolve atividades pertinentes ao *accountability* horizontal, como relata Ana Cláudia Alves de Medeiros:

O *accountability* horizontal está vinculado ao mecanismo de freios e contrapesos de um Poder de Estado sobre o outro. O TCU, em conjunto com o Congresso Nacional, exerce o controle externo das atividades administrativas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, por intermédio de competências próprias, constitucionalmente definidas. Verificou-se que a Corte de Contas, de fato, desempenha o *accountability* horizontal em sua função de fiscalização tanto de pessoas físicas quanto jurídicas, da esfera pública ou privada, que utilizem recursos públicos.⁴³³

A título de esclarecimentos, como dispõe Edna Delmondes⁴³⁴, o *accountability* vertical consiste no controle do Estado pela sociedade, e da sociedade pelo Estado (no controle da sociedade pelo Estado envolve, máxime, a dimensão eleitoral - eleições e voto, requerendo mecanismos que permitam a intervenção direta por parte da sociedade e o controle do Estado sobre a sociedade envolve a verificação do cumprimento das leis, a obediência civil e ordem). Por seu turno, o *accountability* horizontal é que se dá pelo controle da sociedade pela sociedade e do Estado pelo Estado. Nesse prisma, dispõe Edna Delmondes:

Esse último vai de um setor a outro da esfera pública e pode ser classificado em quatro diferentes mecanismos: a) o controle interno, ou controle administrativo, que se constitui em autocontrole, porquanto exercido pelos Poderes sobre seus próprios atos e agentes; b) o controle pelo Legislativo, que se constitui no apoio ou rejeição de iniciativas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo; c) o controle pelo Tribunal de Contas, ou seja, o controle

⁴³² *Ibidem*, p. 110.

⁴³³ MEDEIROS, Ana Cláudia Alves de. **Accountability horizontal: O papel do Tribunal de Contas da União e os limites de sua atuação.** Brasília- DF: Fundação Getúlio Vargas- Núcleo Brasília-MBA em Planejamento, Orçamento e Gestão Pública, 2007, p. 09.

⁴³⁴ DELMONDES, p. 12-14.

das contas públicas, em auxílio ao Legislativo; d) o controle pelo Judiciário, que objetiva coibir abusos na gestão do patrimônio público e no exercício do poder por parte das autoridades.⁴³⁵

Assim, o *accountability* horizontal envolve um sistema integrado de instituições e agências estatais dotadas de poderes, de direito e de fato, para realizar ações efetivas, pertinentes ao acompanhamento dos procedimentos até a responsabilização dos agentes envolvidos. Desse modo, o *accountability* concorre para o fortalecimento do controle social, como dispõe os autores Máisa Britto, Milton da Silva Filho e Maria Aparecida Farias:

Para que o controle social funcione, é necessário também conscientizar a sociedade de que ela tem o direito de participar do controle da administração pública. *Accountability*⁴³⁶ surge como um reforço de mecanismos formais de prestação de contas e a institucionalização da cobrança por parte dos usuários dos serviços dos Estados. Em seu estado pleno, isto é, com informações públicas e prestações de contas confiáveis por parte dos governantes, devidamente ditados pelo controle externo e interno dos órgãos públicos, os cidadãos podem participar ativamente das decisões públicas.

Dessarte, levando em conta, como relata Maria Antonieta Zelenovsky, que a Emenda Constitucional nº 29, de 14 de setembro de 2000, considerando o acréscimo ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias do - art. 77, § 3º, ao disciplinar que os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados as ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade terão aplicação por meio do Fundo de Saúde que *será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal* (grifo nosso) e que a menção do art. 74 corresponde que implicitamente o controle exercido pelos conselhos de saúde ocorrerá, de forma paralela, em cooperação com o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo (o que entendemos denuncia o exercício do *accountability* horizontal por parte desses conselhos de saúde), tem-se a cooperação entre controles⁴³⁷, corroborando a importância de uma parceria, como relata autora mencionada:

⁴³⁵ DELMONDES, p. 13.

⁴³⁶ FARIAS; SILVA FILHO; BRITTO, p. 39.

⁴³⁷ Quanto a essa congregação de ações de controle, considerando o exercício do *accountability* dispõe Cassyra Lucya Barros Vuolo: "Com efeito, a conjunção entre ações de controle - sob o novo prisma do *accountability* - e o estreitamento das relações entre as Cortes de Contas e a

Uma vez que o Controle Interno tem a finalidade de “**apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional**”, é possível concluir que os conselhos de saúde também podem trabalhar em parceria com o TCU. Essa exposição de motivo, baseada no texto constitucional, tem apenas o condão de fortalecer a tese da importância do trabalho em conjunto com os conselhos de saúde.⁴³⁸

Outrossim, como relembra a autora referida no parágrafo anterior, a Decisão do TCU de nº 635/99-Plenário, já anteriormente citada neste trabalho, em tópico específico, que tratava de Auditoria desta Corte de Contas pertinente ao diagnóstico da saúde pública no Brasil, determinou, em seu subitem 8.6, considerando a preocupação do Tribunal em estimular o controle social, que uma comissão interna fosse instituída para análise do tópico “Necessidade de desenvolvimento de nova sistemática de avaliação e controle do Sistema Único de Saúde”, com o intuito de encontrar e propor soluções para os questionamentos que envolvem o controle a cargo do TCU na área da saúde.

Esse estudo sobre o controle do Tribunal na área da saúde, considerando a evolução do fortalecimento do controle social pelo TCU, teve influência, como expõe Maria Antonieta Zelenovsky⁴³⁹, do projeto e atualmente programa Diálogo Público que buscava esclarecer a função de controle do Estado, além de estimular o controle social e a cidadania, levando em conta as contribuições dos conselhos de saúde. Outrossim, o Plano Estratégico do TCU- quinquênio 2006 - 2010, já abordado neste trabalho, traz como objetivo estratégico o estímulo ao controle social o que permite intensificar os canais de comunicação com a sociedade, com a aproximação aos conselhos municipais de saúde, na busca de uma gestão mais eficiente dos recursos públicos aplicados na saúde. Nesse aspecto, dispõe a autora sobre a aproximação aos conselhos de saúde:

É um desafio a ser enfrentado pelo TCU. Ao contar com a cooperação das comunidades envolvidas, a efetividade de suas ações fica reforçada. Em

Sociedade, além de democratizar a fiscalização dos gastos públicos, tendem a aumentar a efetividade das políticas sociais e dos serviços prestados pelo Estado. Trata-se, em outras palavras, de um estímulo ao controle social, contribuindo-se para o fortalecimento da cidadania e, por conseguinte, ao amadurecimento do regime democrático” (VUOLO, Cassyra Lucya Barros. **Os Tribunais de Contas como instrumento de construção da cidadania**. Cuiabá: Edição da Autora, 2007, p. 51).

⁴³⁸ ZELENOVSKY, p. 222.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 223.

contrapartida, essa aproximação fortalece os conselhos e amplia na sociedade civil a possibilidade da cultura participativa no controle da efetividade e da equidade das políticas públicas. Além do fortalecimento do controle dos recursos descentralizados, pode-se vislumbrar a diminuição do corporativismo e do clientelismo, aumentando a representatividade e a legitimidade da participação popular na alocação dos recursos da saúde.⁴⁴⁰

Busca-se, uma parceria produtiva entre os conselhos de saúde, que representam um meio por excelência de participação popular na gestão pública, em prol da eficiência da aplicação dos recursos públicos e do atendimento do interesse público, com o Tribunal, qualificando os conselhos e concorrendo para que a Corte de Contas cumpra da melhor forma o seu mister constitucional, facultando-lhe um controle a priori e concomitante mais eficiente e eficaz. Nesse sentido, dispõe Maria Antonieta Zelenovsky, como poderia ser viabilizada essa cooperação entre o TCU e os conselhos municipais de saúde:

Essa cooperação poderia ser viabilizada com medidas simples, como, por exemplo, a articulação com os conselhos de saúde em caso de auditorias nos recursos repassados pelo FNS, para os FES e FMS. Outra medida, também muito simples, seria buscá-las, por ocasião do recebimento das denúncias ou representações, para ver se existem informações sobre o caso ou fatos semelhantes. Tais medidas serão facilitadas uma vez que o CNS está implantado no Cadastro Nacional de Conselhos de Saúde. Medida mais complexa seria reunir-se com alguns conselhos, em funcionamento mais efetivo, para traçar estratégias e estabelecer instrumentos de atuação conjunta. Essa articulação não se dará de forma imediata, mas sim em processo continuado, onde as boas ações de alguns conselhos “contaminarão” os demais. Haveria qualificação de multiplicadores em pólos municipais de microrregiões que demonstrarem maior interesse, e gradativamente a “contaminação” dos municípios vizinhos.⁴⁴¹

Outrossim, buscando o aprimoramento do controle social, o TCU desenvolve fiscalizações nos conselhos de saúde, a exemplo dos CAEs, fazendo um diagnóstico da atuação deles no exame da gestão dos recursos públicos da saúde. Nesse sentido, os autores Paulo Henrique Ramos Medeiros e José Matias Pereira, fazendo um diagnóstico do controle social do Brasil, dispõe sobre a atuação dos controles de saúde:

Quanto aos mecanismos de controle social, previstos na Constituição Federal, especificamente quanto aos conselhos da área de saúde, a partir de trabalhos realizados pelo TCU no Sistema Único de Saúde, pode-se

⁴⁴⁰ ZELENOVSKY, p. 223.

⁴⁴¹ ZELENOVSKY, p. 224.

dizer que os mecanismos são formais e ineficientes. A fragilidade na atuação dos controles sociais foi detectada em auditorias realizadas pelo Tribunal no Programa de Ação na Área da Saúde e no Sistema Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde (SUS) do Ministério da Saúde.⁴⁴²

Assim, como exemplo de fiscalizações realizadas pelo Tribunal, na área da saúde, com registros quanto à atuação dos conselhos municipais de saúde, temos a Decisão TCU nº 705/1999 - Plenário⁴⁴³, tratando de deficiências apresentadas pelos conselhos na formulação de estratégias para a saúde e controle da execução de políticas públicas. Igualmente, na Decisão 51/2000-Plenário⁴⁴⁴, pertinente ao Relatório de Auditoria Operacional, em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, identificou-se a pouca atuação dos Conselhos Municipais de

⁴⁴² PEREIRA, José Matias; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. Controle Social no Brasil: Confrontando a Teoria, o Discurso Oficial e a Legislação com a Prática. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 98, p. 53-72, out./dez. 2003.

⁴⁴³ Com relação à Decisão TCU nº 705/1999-Plenário (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 001.916/1998-0. Decisão nº 705/1999-Plenário. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 06 de outubro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 08 nov./1999), trata-se de denúncia quanto a irregularidades praticadas por autoridades responsáveis pela área da saúde para com o Sistema Nacional de Auditoria – SNA do SUS, em que se avaliou a situação pertinente à atuação dos conselhos municipais de saúde, no qual se registrou, quanto ao controle social, fundamentado máxime na participação da comunidade, sendo uma das diretrizes do SUS, que os conselhos de saúde, tanto Nacional, quanto os Estaduais e Municipais, no tocante à execução de suas atividades, apresentam ainda muitas deficiências: cerca de 50% daquelas instituições não formularam estratégias para a saúde, não se manifestaram sobre os recursos recebidos do SUS ou sobre o plano de saúde e o orçamento do setor, bem como não controlaram a execução das políticas da saúde. Igualmente, foi constatado que a forma mais comum de criação dos conselhos tem sido mediante decreto ou portaria, ou seja, seus membros estão vinculados ao executivo, local que, desta forma, pode nomear ou exonerar os membros de acordo com o seu interesse. Ademais, como dispõe o Ministro-Relator a própria atuação reconhecidamente falha do Sistema Nacional de Auditoria e dos Conselhos de Saúde em todas as esferas de governo favorece a existência de controles deficientes nas unidades da saúde, nas secretarias municipais e estaduais da saúde e nos órgãos federais gestores do sistema, bem como contribui para o baixo desempenho dos inúmeros programas implementados pelo Ministério da Saúde, dando margem ao desperdício de recursos. O assunto tem acompanhamento sistemático pelo Tribunal, considerando a adequação do sua fiscalização ao estímulo do controle social, em que se busca uma comunhão de esforços com os conselhos de saúde, sendo objeto de apreciação na Decisão nº 635/1999- Plenário, já referida.

⁴⁴⁴ No tocante à Decisão TCU nº 51/2000 - Plenário (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 650.073/1997-5. Relatório de Auditoria Operacional. Decisão nº 51/2000-Plenário. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 09 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 18 fev. 2000) trata-se de Auditoria Operacional, com participação da Secretaria Estadual de Saúde, nas prefeituras municipais de Santa Catarina - SC, com participação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, tendo como enfoque a qualidade da prestação de serviços, em que se constatou a pouca atuação dos conselhos municipais de saúde, que não recebem a infraestrutura adequada para a sua atuação, havendo determinação para que se instrumentalize a ação dos conselhos municipais de saúde, de sorte que possam, de fato, influir na elaboração na implementação das políticas sociais de saúde, transformando-se em instância real no processo decisório municipal, concorrendo para o eficaz controle social do Sistema.

Saúde. Do mesmo modo, na Decisão nº 28/2000- Primeira Câmara⁴⁴⁵, tratando de Relatório de Auditoria - Programa de Ação na Área da Saúde, constatou-se a atuação deficiente do conselho municipal de saúde que não toma decisões relevantes relacionadas à política de saúde do município. Verifica-se que muitas falhas decorrem, como já observado nos CAEs, da falta de capacitação dos conselheiros, não cumprindo as suas atribuições a contento, o que compromete o controle social adequado, redundando na gestão ineficiente de recursos públicos, concorrendo, assim, para o desperdício de recursos públicos aplicados nos empreendimentos realizados.

Assim sendo, quanto aos conselhos municipais de saúde, a exemplo dos CAEs, o TCU contribui para o aprimoramento do controle social, na implementação de políticas da saúde, ao detectar falhas no desempenho dos conselhos de saúde, fazendo as determinações e recomendações pertinentes. Igualmente, como a maior parte das falhas constatadas nas atividades desempenhadas pelos conselheiros decorrem de falta de capacitação, o Tribunal, sempre que possível, atrelado à Avaliação de Programa do Governo na área da saúde auditado, como se verificou em tópico anterior deste trabalho, elabora material informativo visando a facilitar e aprimorar o exercício do controle social por parte dos conselheiros, na perspectiva da função educativa ou pedagógica do Tribunal.

Ademais, como se verificou neste tópico, deve-se buscar, sempre que possível, a aproximação entre as atividades de controle exercidas pelos conselhos de saúde e a Corte de Contas, considerando as atribuições de *accountability* horizontal desempenhas por esses entes, o que, por certo, fortalece a fiscalização quanto à gestão de recursos públicos do SUS, na implementação de políticas de saúde.

⁴⁴⁵ No que concerne à Decisão TCU 28/2000 - Primeira Câmara (BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.404/1999-0. Decisão nº 28/2000-Primeira Câmara. Relatório de Auditoria. Relator; Ministro Humberto Souto. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União, 02 mar./ 2000) tratando de Relatório de Auditoria- Programa de Ação na Área da Saúde, pertinente a órgãos e entidades de saúde no Estado de Sergipe, em que se constatou que, nas reuniões dos conselhos municipais da saúde, havia apenas troca de informações entre seus membros do que tomada de decisões relevantes relacionadas com a política de saúde do Município. O Tribunal, visando ao aperfeiçoamento do controle social, fez recomendações, entre outras, ao Conselho Municipal de Saúde (CMS) do Município de Itabaiana/SE, no sentido de que adote medidas necessárias para que as reuniões do conselho passem a deliberar sobre todas as questões que lhe competem, participando ativamente na formulação de estratégias da política da saúde e no controle de execução dessa política, incluídos os aspectos econômicos e financeiros, consoante o disposto no art. 1º, § 2º da Lei nº 8.142/90.

Desse modo, com o aprimoramento do controle social, buscando melhorar o desempenho dos conselhos de saúde, além do reconhecimento da necessidade de formar parcerias com esses conselhos e o Tribunal, considerando a complementariedade das ações de controle exercidas por eles, está o TCU estimulando o controle social, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, o que concorre para a proteção e efetivação do direito fundamental social da saúde.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a atuação do Tribunal de Contas da União, em contribuição para a gestão compartilhada da saúde, na perspectiva do controle social.

Assim, em primeiro lugar, abordou-se sobre o Tribunal de Contas da União, órgão centenário, que foi instituído pela nossa primeira constituição republicana de 1891. Nesse aspecto, na sua evolução nas Constituições brasileiras, no exercício de sua atividade fiscalizatória de controle externo, buscando garantir a boa e regular dos recursos públicos aplicados, constituiu uma das garantias institucionais da Constituição, salvaguardando os direitos humanos fundamentais declarados nas cartas constitucionais.

Em especial, com a nossa Constituição Federal de 1988, o TCU teve as suas competências constitucionais ampliadas, de forma substancial, em prol do Estado Democrático de Direito. Como se constata pelo art. 71 da Constituição, as atribuições constitucionais da Corte compreendem funções fiscalizatória, jurisdicional, consultiva, informativa, sancionatória, corretiva e de ouvidoria.

Desse modo, a Corte de Contas exerce relevantes atribuições de controle externo como o julgamento das contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros e valores públicos, em que decide sobre a legalidade e legitimidade do dispêndio público, protegendo o Erário que pode ser afetado por despesas baseadas em leis ou atos normativos inconstitucionais. Corresponde ao exercício de uma atividade de controladoria de maior relevância, pois enquanto, nas contas do Chefe do Poder Executivo, o Tribunal apenas emite um parecer prévio de cunho técnico-opinativo, na função de julgamento dos demais responsáveis por

dinheiros, bens e valores públicos, a Corte de Contas exerce uma atividade tipicamente deliberativa, com poderes sancionatórios.

Ademais, dentro de suas competências constitucionais, com o fim de garantir a adequada aplicação dos recursos públicos, em prol da sociedade, aprecia o Tribunal atos de admissão e aposentadoria de servidores públicos, de sorte a velar, por exemplo, que as admissões no serviço público se façam mediante o prévio concurso público, estabelecendo mecanismos de proteção da normalidade e moralidade no ingresso nesse serviço público, haja vista as determinações constitucionais existentes.

Na execução de suas atividades fiscalizatórias, o Tribunal realiza inspeções e auditorias, sendo a auditoria o gênero, comportando o exame e verificação de atividades e operações do Poder Público e inspeção uma espécie desse gênero que corresponde ao exame feito no local auditado, *in loco*. O Tribunal pode realizar auditorias e inspeções por iniciativa própria ou por requisição do Poder Legislativo. Outrossim, há a fiscalização de recursos públicos repassados mediante convênios, acordos, ajustes, ou outros instrumentos congêneres, em que se verifica a prestação de contas dos responsáveis, podendo ser instaurada a tomada de contas especial. Nesse sentido, na fiscalização de convênios, o Tribunal verifica a aplicação de volume considerável de recursos públicos na área da saúde que beneficiam prefeituras, o que concorre para a adequada e legítima descentralização dos recursos que efetivam o direito fundamental social da saúde.

Outrossim, para garantir a boa aplicação de recursos públicos, o Tribunal aplica sanções aos responsáveis, pela malversação e desvio desses recursos, nas situações em que forem constatadas despesas ilegais ou irregularidade de contas. Do mesmo modo, a Corte de Contas assina prazo para providências do ato impugnado, podendo sustar a execução desse ato, com comunicação ao Poder Legislativo. Assim, o Tribunal pode determinar que as autoridades administrativas anulem atos, contratos quando haja procedimentos inquinados de irregularidades.

Consoante dispõe o art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização das contas públicas a cargo do TCU pode ser feita nas modalidades contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial o que bem demonstra a abrangência desse controle, de sorte a garantir a efetiva e regular gestão de recursos federais em prol da sociedade, com adequada aplicação desses recursos no resguardo de direitos

fundamentais, máxime os sociais. Vinculando-se a esse controle, está o exame dos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e economicidade.

Na fiscalização pelo princípio da legalidade, ressalta-se que o controle assume uma conotação ampla, envolvendo não só o mero exame da adequação à lei, mas também a conformidade com os demais princípios constitucionais. Supera-se, assim, o exame da legalidade apenas no aspecto formal, sendo que o Tribunal também promove o exame da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, fazendo o controle dessa constitucionalidade na via difusa, tendo a função de negação da executoriedade do texto em apreciação, afastando-o de aplicação no caso concreto, de modo a prevenir a ocorrência de despesas ilegais que causam dano ao Erário, sendo esse afastamento de norma inconstitucional reconhecido pelo STF, mediante a Súmula 347. Igualmente, na aplicação do princípio da legalidade, há a conexão com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na aferição de conduta do responsável por bem e valores públicos, o que demonstra a abordagem ampla que é feita pela Corte de Contas, não só considerando a lei, mas outros princípios de direito, em consonância com a Constituição, sendo exemplificado com jurisprudência da Corte na área da saúde.

A legitimidade, por seu turno, envolve uma conformação não só à lei, mas ao Direito, ligando-se com a ética, o senso de justiça, a moralidade, a finalidade pública do ato, exigindo uma avaliação mais aprofundada que não se limite à juridicidade restrita, o que garante maior amplitude na fiscalização do Tribunal, buscando no ato a sua harmonização com o interesse público. Por fim, no exame pelo princípio da economicidade, há uma análise que se direciona para a relação custo-benefício, visando a evitar desperdícios de recursos. Vincula-se a análise pelo princípio da eficiência, no intuito de se atender o dever de ser eficiente na realização do interesse público, com o dinheiro arrecadado do povo, sendo utilizado para obtenção do alcance do maior benefício para o menor custo possível, procurando abarcar um maior número de cidadãos. A análise pela economicidade deve ser feita tendo consciência da escassez de recursos, podendo, na área, da saúde, envolver a situação de se deparar com opções trágicas, o que exige uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto e de cada política pública, para que se indique o melhor caminho quanto à despesa feita. Na jurisprudência do Tribunal, há situações em que a Corte de Contas impugna uma despesa feita por ser antieconômica, com desperdício de recursos públicos aplicados.

Para melhor compreensão quanto à atuação do TCU, dentro do Estado Democrático de Direito, foi feito um estudo da natureza jurídica da Corte e eficácia de suas decisões. Nesse aspecto, ressaltou-se a autonomia e independência do Tribunal que detém competências próprias constitucionais, sendo órgão de auxílio de controle externo, mas não de subordinação hierárquica ao Congresso Nacional. Igualmente, destaca-se que o Tribunal não é Poder estatal, não estando subordinado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, gozando de autonomia administrativa e financeira.

Realiza a Corte de Contas atividades jurisdicionais e administrativas, detendo jurisdição em todo território nacional, sendo que os seus ministros apresentam as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos magistrados que compõe o Judiciário- art. 73 da CF/88. As decisões do Tribunal, em face do fundamento constitucional, não são puramente administrativas, sobrepondo-se às decisões das autoridades administrativas, sendo, pois, obrigatórias para a Administração, havendo limites à revisibilidade judicial que só se daria nas situações indicadas de erro formal, ilegalidade manifesta, afrontando ao devido processo legal. Nesse sentido, em síntese, a natureza jurídica do Tribunal de Contas é de ser um tribunal que detém um poder jurisdicional administrativo, gozando de autonomia e independência, com competências constitucionais próprias, no julgamento de contas dos administradores públicos.

Para dar efetividade a sua atividade fiscalizatória, o Tribunal aplica sanções em decorrência de suas decisões, que podem atingir vultosos valores, como demonstram publicação da Corte nesse trabalho, em que se destaca a multa proporcional ao dano causado, em processos de apreciação de contas, fiscalização, denúncias ou representações.

Nesse contexto, ressalta-se o tópico do trabalho pertinente à atuação do TCU como órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, na perspectiva do controle social. Com efeito, o Tribunal proporciona um instrumental relevante o qual sociedade pode se utilizar para fazer valer os seus direitos, de sorte a auxiliar não apenas os Poderes, na sua atividade fiscalizatória ao velar para a boa aplicação do dinheiro público, mas também a comunidade em geral no exercício de seus direitos. Nessa perspectiva, como reconhece Ricardo Lobo Torres, há uma íntima relação entre o controle das finanças públicas e os direitos fundamentais, na medida que o equilíbrio e higidez dessas finanças concorre para a integridade e defesa dos

direitos fundamentais, como o direito social da saúde. Nesse sentido, o Tribunal desempenha uma relevante função ao velar, na sua atividade de controle externo, para boa e regular aplicação dos recursos públicos, mantendo um controle adequado sobre as finanças públicas. A sociedade também pode contribuir, no exercício do controle social, ao denunciar à Corte de Contas as irregularidades na aplicação do dinheiro público.

Assim, os gastos públicos devem priorizar os direitos humanos, com a melhor destinação dos recursos públicos aplicados, garantindo serviços públicos de qualidade e a efetividade das prestações positivas do Estado. Contudo, para que atinjam esse desiderato, é mister a presença de um adequado controle orçamentário, financeiro, contábil e patrimonial, coadunando-se com a atividade fiscalizatória da Corte de Contas de que a sociedade pode utilizar-se, entabulando-se, assim, uma atividade dialógica de considerável interesse entre o Tribunal e a sociedade civil. Nesse sentido, o Tribunal de Contas tem uma ligação estreita com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, sendo uma importante garantia institucional da Constituição, dentro de nosso Estado Democrático de Direito.

Nesse prisma, o Tribunal, no exercício do controle da legalidade, faculta a segurança dos direitos fundamentais, sendo que esse controle não se restringe apenas à legalidade estrita, mas se harmoniza com os demais valores constitucionais. Outrossim, no controle da legitimidade, a Corte de Contas, em prol dos direitos fundamentais, busca, tendo como norte o interesse público, a moralidade pública e o interesse público, de sorte que a legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da ordem financeira. Do mesmo modo, no controle da economicidade, o Tribunal busca a eficiência da gestão financeira e na execução orçamentária, evitando o desperdício de recursos, de modo a minimizar os custos e maximizar as receitas públicas que se destinam a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse aspecto, relevante se torna a presença do controle social, aliando-se ao controle oficial externo do Tribunal, estabelecendo-se um elo de ligação entre o Estado e a sociedade, buscando-se, em última instância, a garantia dos direitos fundamentais, com o fortalecimento da cidadania e o regime democrático. Nesse prisma, o Tribunal, como órgão protetor e efetivador dos direitos fundamentais, impulsiona esse controle social, com a transparência efetiva da gestão pública, em que se destaca a participação popular como gênero dessa espécie de controle,

como se verifica na participação cidadão, consubstanciada no art. 74, § 2º da CF/88. Desse modo, avulta a interação entre a sociedade e a Corte de Contas, unificando os controles oficial e social, conjugando esforços, no sentido de propiciar a efetividade das políticas públicas na consecução de direitos fundamentais, em prol da comunidade. Do mesmo modo, essa congregação de esforços entre o controle externo e o social concorre para a efetivação da gestão compartilhada sanitária, com o fortalecimento do regime democrático.

Ligado com a garantia da boa gestão dos recursos públicos, missão da Corte de Contas que estimula a parceira do controle social nesse desiderato, está a concepção da boa governança que ressalta a transparência e ética na Administração Pública e na gestão de dinheiros públicos. Esse assunto tem se destacado na jurisprudência da Corte de Contas, como citado na área da saúde, com o levantamento de Auditoria na Fundação Nacional de Saúde - Funasa.

Igualmente, o exercício da atividade pedagógica da Corte de Contas também concorre para o estímulo do controle social, em que o Tribunal busca o aprimoramento das práticas de gestão, trazendo informações sobre procedimentos, mediante publicações, realização de seminários, reuniões de caráter técnico, citando, como exemplo, o bem sucedido apoio técnico do TCU ao controle social dos CAES- Conselhos de Alimentar Escolar e no estímulo a esse controle com orientações dadas aos conselhos de saúde no exercício das atividades de avaliação de programas de governo na área sanitária.

Do mesmo modo, na segunda parte deste trabalho, foi desenvolvido o estudo da saúde e sua gestão compartilhada. A saúde, tratada na sua evolução histórica, vincula-se à ausência de doenças, a qualidade de vida, atrelando-se, como ressalta Germano Schwartz, a um processo sistêmico, que objetiva a prevenção e cura de doenças, buscando a melhoria da qualidade de vida do cidadão, facultando ao indivíduo, para efetivação desse direito à saúde, o acesso aos meios necessários para consecução do estado de bem-estar.

Com o advento da atual Constituição Federal, a saúde assumiu a categoria de direito subjetivo e fundamental do homem, sendo direito de todos e dever do Estado. Esse direito público subjetivo é oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação. Há então uma característica positiva de obrigação do Estado em agir na prestação da tutela desse direito à saúde, como também uma característica

negativa, no sentido de abstenção do Estado, com vistas a não prejudicar o direito fundamental social da saúde do cidadão.

Do mesmo modo, há uma dimensão objetiva do direito à saúde, concernente a imposições legiferantes, mais ou menos concretas e determinadas, como, por exemplo, definir o valor do salário mínimo ou prossecução de políticas dirigidas a objetivos sociais e dimensão subjetiva ligando-se à preservação e a qualidade de vida. Na efetivação desse direito à saúde, muitas vezes, deve ser analisada a prestação em face do caso concreto, com a compatibilização dos bens em jogo, levando em conta a aplicação de regras e princípios constitucionais, como da proporcionalidade, tendo como norte a justiça social, além da própria vontade política que deve ser considerada, nas políticas públicas engendradas, o que também facultaria o controle social, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, no resguardo do bem maior que é a vida.

Na evolução das Constituições brasileiras, verifica-se que o direito à saúde não teve um tratamento adequado até o advento da Constituição atual, em que, em resgate histórico, o direito fundamental social à saúde alçou à categoria de princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, passando a ser pelo, seus art. 196, um direito de todos e dever do Estado. Nessa perspectiva, há o dever do Estado de reformulação e execução de políticas econômicas e sociais na busca de redução de doenças e seus agravos.

Nesse sentido, relevante é a descentralização sanitária, em que os serviços da saúde são classificados como serviços que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, na constituição do Sistema Único de Saúde- SUS, sendo diretriz fundamental desse sistema- art. 198, I, da CF/88. Essa diretriz assume especial importância na consecução da gestão compartilhada sanitária, no sentido de que quanto mais perto do fato for a decisão a ser tomada na área de saúde, maior chance haverá de acerto.

Assim, engendra-se, em defesa do direito à saúde, na normatização infraconstitucional, a Lei nº 8.080/90- Lei Orgânica que constitui o SUS e a de nº 8.142/90, tratando mais especificamente do controle social pelos conselhos de saúde. Assim sendo, o art. 7º da Lei Orgânica do SUS disciplina os princípios do Sistema Único de Saúde, em que se destaca o princípio da universalidade que dispõe que os serviços do SUS devem ser acessíveis a todos que deles necessitem, de modo a serem fornecidos de forma igual e equitativa. Coaduna-se com esse

princípio, a diretriz de integridade do sistema- art. 198, II, da CF/88, em que se disciplina um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade sistema, de sorte a garantir que os serviços de saúde, no sentido de promoção, proteção e recuperação, são uma realidade una, inseparáveis, formando um todo harmonioso e contínuo. .

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União, em sua jurisprudência, tem decisão significativa de diagnóstico da saúde no Brasil - Decisão plenária nº 625/1999, em que fez várias considerações, determinações e recomendações em prol do aperfeiçoamento das ações de saúde no Brasil, abarcando, na análise, órgãos federais, estaduais e municipais gestores do SUS, unidades hospitalares e órgãos formuladores de políticas para o setor, com abrangência de áreas de assistência ambulatorial e hospitalar, vigilância epidemiológica, medicamentos e combate a doenças, vigilância sanitária, saneamento, programas especiais de saúde, infraestrutura do SUS, controle e fiscalização; financiamento do SUS e formulação e implementação de políticas.

A gestão compartilhada que se coaduna com a perspectiva de novo Estado, com novos paradigmas, em que se destacam os elementos da cidadania e participação popular, e cristaliza-se na esfera pública habermasiana, sendo um espaço público em que se comunicam diversos atores da sociedade. Essa esfera pública, funcionalizada na racionalidade comunicativa, é o local de disputa dos princípios divergentes de organização da sociedade - o espaço do debate público, em que se embatem diversos atores da sociedade. Nesse contexto de discurso, de concepção dialógica, do agir comunicativo é que se permite ampliar os procedimentos de participação da cidadania, da participação popular, vinculando-se à democracia participativa, sendo um espaço, como ressalta Rogério Gesta Leal, de experimentação política emancipadora, facultando que distintas soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, formando um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes.

Dentro do Estado Democrático de Direito, a gestão compartilhada sanitária, como fala compartilhada intersubjetivamente, propiciando a igualdade de oportunidades, com padrões mínimos de inclusão, que torne possível a cidadania ativa, define-se dentro de uma perspectiva democrática, no sentido de que cada

integrante do espaço público ampliado, mantendo a sua identidade, congrega esforços e recursos para fins comuns, afastando ações isoladas, paralelas e superpostas. Vincula-se, como destaca Germano Schwartz, a uma nova saúde, uma saúde compartilhada em nova esfera pública sanitária, uma saúde de, por e para todos. Do mesmo modo, no exame dos pressupostos que constituem a gestão compartilhada sanitária, deve se ressaltar que essa gestão pressupõe uma intensa comunicação e diferenciação racional, no sentido de emprego da racionalidade comunicativa habermasiana, em que diferentes atores sociais interagem no espaço público, inclusive o Tribunal de Contas.

Na evolução do pensamento democrático, fundamental para o estudo da democracia sanitária, em que se insere a gestão compartilhada da saúde, tem-se, em princípio, a concepção ateniense de democracia direta, em que se discutem questões públicas que dizem respeito aos interessados, com participação direta dos cidadãos nas decisões. Posteriormente, na dinâmica da divisão de poderes, surge a democracia representativa em que indivíduos representam a sociedade, para tratar assuntos de interesse público, em face da inviabilidade de atuação da imensa maioria, sendo que a participação do cidadão se dá de forma indireta, periódica e formal, dentro do sistema eleitoral. Todavia, com a crise da democracia representativa, e a necessidade de garantir certos direitos ao cidadão, máxime na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, em que se destaca a participação popular e a sociedade civil na busca do aperfeiçoamento do procedimento democrático, surge a democracia participativa, que reatualiza o ideal democrático.

Nessa perspectiva de novas idéias democráticas, para o estudo da democracia sanitária, destaca-se a democracia deliberativa de Habermas, que se coaduna com as feições deste trabalho, a garantir um procedimentalismo do agir comunicativo entre diferentes atores sociais interagindo no espaço público, o que se harmoniza com a melhor noção de uma democracia sanitária inclusiva, participativa, como alternativa relevante na formação do espaço público da saúde. Conjuga-se vontade institucionalizada, com ideologias formadas nas arenas políticas informais, dentro de uma teoria discursiva, dialógica, de racionalidade comunicativa, buscando o entendimento mútuo, em que ganhe força o melhor argumento, validando a participação popular que é fundamental na concepção da democracia sanitária.

No estudo das formas de atuação da gestão compartilhada sanitária, torna-se relevante a atuação do controle social que se define como espécie da participação popular, realizando-se por um particular (o cidadão), pessoa estranha ao Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas. Nesse sentido, como primeira forma de gestão da saúde, tem-se a descentralização sanitária, com mecanismos democráticos de decisão e procedimentos sanitários que se efetiva pela municipalização, sendo marco institucional do compartilhamento sanitário, no qual se atende o interesse maior da localidade, com vigilância maior a nível regionalizado (Município recebe a parcela mais importante da prestação sanitária, priorizando assuntos de interesse local) e dos conselhos municipais de saúde (que executam literalmente a fiscalização, o controle social sanitário, sendo colegiado, de cunho deliberativo), além da atuação de consórcios administrativos intermunicipais e distritos sanitários, mediante ações corporativas entre municípios que formam parcerias.

Do mesmo modo, no exercício do controle social e forma de atuação da gestão compartilhada na órbita da saúde, temos o orçamento participativo, em que a participação comunitária torna-se relevante no processo decisório em termos orçamentários, na concretização de um projeto social, formando-se instâncias institucionais de participação. como os Conselhos de Orçamento, no qual se discutem o orçamento do Município, aprovando um Plano de Investimento.

Ademais, consoante ressalta Germano Schwartz, como novos paradigmas de esfera pública, temos as organizações não governamentais- ONGs, sendo entidades de personalidade jurídica de direito privado que exercem um importante papel de controle social, atuando na gestão compartilhada da saúde, ocupando o espaço em que existe inércia estatal. Integrantes do terceiro setor, como exemplos de ONGs, relevantes para este trabalho, temos as organizações sociais - OS e organização da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, que formam parcerias com o Estado, mediante a formalização respectiva de contratos de gestão e termos de parceria, o que, igualmente, são objeto de fiscalização pelo TCU, no estímulo e aprimoramento do controle social.

Podem se citar outras formas participação popular na saúde, em que destacamos a intervenção do TCU, em interlocução com a sociedade, ao apurar denúncias, tratando de ilegalidades e irregularidades na gestão de recursos públicos destinados á saúde, consoante dispõe o § 2º do art. 74 da CF/88.

Em termos práticos, na terceira parte deste trabalho, temos a contribuição do TCU na gestão compartilhada da saúde. Nesse sentido, a Corte de Contas estimula e aprimora o controle social. Esse controle, aliado ao controle externo oficial, passa a ser considerado como objetivo institucional, integrante dos Planos Estratégicos do TCU, como o atual, abarcando o período de 2006-2010. Outrossim, o Tribunal instituiu normativo interno, pertinente à Portaria nº 176/2994 que disciplina as ações de fortalecimento de controle social pela Corte. Essas ações visam a incrementar a comunicação entre o TCU e a sociedade, concorrendo, na área da saúde, para a consecução da gestão compartilhada e, nesse sentido, propiciar a efetivação do direito fundamental social da saúde, atuando o Tribunal, assim, como órgão protetor e efetivador desses direitos, na perspectiva do controle social.

Dessarte, temos a atuação do Tribunal, em diálogo com a sociedade, na realização de sua ouvidoria, estimuladora do controle social, em que permite a interlocução entre a cidadania a Corte de Contas, de sorte a serem comunicadas denúncias e representações quanto a ilegalidades e irregularidades na aplicação de recursos públicos, como aqueles utilizados para implementação de políticas públicas na área da saúde. Nesse aspecto, o Tribunal apura os fatos, na troca de informações com a cidadania, concorrendo para a participação popular, na forma de controle social, como indica o já apontado dispositivo constitucional consubstanciado no § 2º do art. 74 da CF/88. As informações fornecidas à Ouvidoria do Tribunal aprimoram a gestão pública, na busca de um serviço público eficiente e de melhor qualidade, intensificando as atividades fiscalizatórias da Corte de Contas, de sorte a fortalecer o controle social que, dentro do enfoque da gestão compartilhada sanitária, concorrem para a efetivação do direito fundamental da saúde.

Do mesmo modo, atua a Corte de Contas no aprimoramento e estímulo do controle social ao realizar o controle sobre entidades integrantes do terceiro setor, pertinentes a organizações não governamentais, como as organizações sociais -OS e organizações da sociedade civil de interesse público- OSCIP, relevantes para este trabalho. Essas entidades que têm importante papel na efetivação do controle social, integrantes da Reforma do Estado e que vem crescendo em termos numéricos e no emprego de mão-de-obra, consoante estatísticas do IBGE, constantes deste trabalho, possuem, em suas leis instituidoras de nº 9.637/1998 e 9.790/1999, dispositivos que certificam a fiscalização do TCU quanto às suas atividades de parceria com o setor público. Essas fiscalizações, como atestam a jurisprudência da

Corte, priorizam o atingimento de resultados, metas, que estão estabelecidos nos contratos de gestão das organizações sociais e termos de parcerias das OSCIPs. Nesse sentido, são verificadas pela Corte de Contas as aplicações de recursos públicos por essas entidades, muitas vezes em vultosos valores, em prol do interesse público, de sorte a evitar a malversação e desvio desses recursos, como constatado na CPI das ONGs, em decorrência de fiscalização do Tribunal.

Ao intensificar o controle nas ONGs, o Tribunal aprimora e estimula o controle social, de sorte a dar a transparência das prestações de contas dessas entidades, concorrendo para a ética e a boa governança, em interlocução com a sociedade, o que incentiva a denúncia de irregularidades por parte da cidadania, em prol da boa e regular aplicação dos recursos públicos destinados a garantir direitos fundamentais do cidadão. Nesse sentido, o Tribunal fortalece o controle social, fornecendo canais de comunicação, seja pela ouvidoria ou recebimento de denúncias por documento escrito, consoante dispõe o § 2º do art. 74 da CF/88, de sorte que a sociedade possa denunciar as ações das ONGs que se desvirtuam de suas finalidades institucionais, de modo a não atingirem as metas e resultados almejados ou mesmo por desvio de recursos públicos aplicados que não atinjam o objetivo social colimado.

Na área da saúde, é significativa, em termos de resultado, a jurisprudência do TCU na fiscalização das ONGs, a atestar a amplitude de canais de comunicação entre a cidadania e o Tribunal, dentro do agir comunicativo, na perspectiva do espaço público habermansiano, em que diferentes atores sociais interagem, com o seus apontamentos sobre a gestão de recursos públicos, onde concorrem dois controles aliados, quais sejam, o controle externo e o social, em prol da boa gestão desses recursos, dentro dos resultados preconizados, a garantir a efetividade dos direitos fundamentais da cidadania, como o direito fundamental da saúde. Nesse sentido, o Tribunal aprimora o controle social velando para que essas entidades atentem para seus objetivos institucionais de efetivação do controle pela sociedade civil e cidadania, mantendo um canal aberto de comunicação, em estímulo a esse controle social, com essa cidadania que, dentro de uma gestão transparente, ética e de boa governança dos recursos aplicados, tem, na Corte de Contas, um aliado para garantir que os recursos públicos aplicados, ligados muitas vezes a políticas públicas na saúde, tenham sido destinados efetivamente para atender o interesse da sociedade.

Do mesmo modo, no Programa Diálogo Público, empreendido pela Corte de Contas, máxime o do ano de 2006, que teve como objeto entidades integrantes do terceiro setor, o Tribunal, dentro de sua atividade pedagógica e de diálogo com a sociedade, abre um canal de comunicação relevante com a sociedade civil, promovendo a cidadania, com estímulo da participação de representantes da sociedade quanto à fiscalização de recursos públicos, de sorte a repassar conhecimentos, no aprimoramento do exercício da gestão pública. Desse modo, no Programa de Dialogo Público, realizaram-se grandes eventos, em que destacam os seminários, nos quais há veiculação de conhecimentos e experiências quanto à gestão de recursos públicos como os que concernem ao direito fundamental da saúde. Esses eventos, de cunho essencialmente educativo e de orientação, aprimoram a comunicação entre os órgãos de controle, intensificando o estímulo ao controle social.

Tendo como objetivos o conhecimento sobre a forma de atuação do TCU na fiscalização de recursos públicos em benefício da sociedade, permitindo uma visão sistêmica e integrada da função controle e incentivando a participação ativa de representantes da sociedade na fiscalização de recursos públicos, em interlocução com a sociedade civil e a cidadania, esse Programa de Diálogo Público concorre para a transparência dos mecanismos de acompanhamento das contas públicas, com ênfase na ética e boa governança dos recursos públicos. Propugna-se, assim, para a efetiva e regular gestão de recursos públicos, com o fortalecimento do controle social, destacando o aspecto democrático da esfera pública habermasiana. Desse modo, o Tribunal, dentro do enfoque da gestão compartilhada sanitária, concorre para a proteção e efetivação do direito fundamental da saúde.

Experiência bem sucedida no aprimoramento do controle social, temos a atuação do TCU na fiscalização dos Conselhos de Alimentação Escolar- CAES, em consecução do Programa de Alimentação Escolar- PNAE, em que entendemos contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais da educação e saúde correlacionados, com o fornecimento regular de merenda escolar, de sorte a garantir a higidez, o bom desempenho do estudante, evitando a evasão escolar, na perspectiva da gestão compartilhada sanitária, com estímulo ao controle social. Reconhecendo prioritariamente a deficiência na capacitação dos conselheiros de alimentação escolar, mormente quanto à emissão de parecer sobre a prestação de contas dos recursos públicos aplicados, o Tribunal desenvolveu importante trabalho

de aprimoramento do controle social, não só qualificando melhor os conselheiros, inclusive com elaboração de cartilhas, mas também com o envolvimento das prefeituras na implementação do trabalho de fiscalização dos CAEs no PNAE. Assim, o Tribunal, em intercâmbio com a sociedade, contribuiu para que os vultosos recursos públicos aplicados no Programa fossem canalizados efetivamente para a consecução dos direitos fundamentais da cidadania.

Ademais, há a integração entre controle oficial externo e social, nas avaliações de programa de governo empreendidas pelo Tribunal, citando como exemplo as Auditorias operacionais pertinentes a Ações de Atenção à Saúde Mental e Programa Nacional de Erradicação da Hanseníase, em que o Tribunal, aliado a sua atividade técnica de avaliação do programa do governo envolvido, também se dedicou ao estímulo ao controle social, buscando a capacitação dos conselheiros de saúde, entabulando um canal de comunicação com a sociedade.

Igualmente, seguindo o exemplo de fiscalização dos CAEs, o Tribunal busca fiscalizar os conselhos municipais de saúde. Outrossim, quanto a esses conselhos, há o destaque para a formação de parcerias que concorram para o fortalecimento do controle social. Priorizando a busca do resultado e da responsabilidade na área da saúde, o Tribunal aprimora o controle social, ao velar para que os conselhos municipais da saúde atinjam os seus objetivos institucionais que são de relevância para esse controle social.

Intensificam-se, pois, as atividades de *accountability* horizontal, empreendidas pelo Tribunal e conselhos da saúde, com realce para formação de parcerias entre a Corte de Contas e esses conselhos, de sorte a facilitar e fortalecer o controle social. Busca-se, assim, uma parceria produtiva com esses conselhos que são exemplos significativos de participação popular, da comunidade, concorrendo para a eficiência na aplicação de recursos públicos e o atendimento dói interesse público. Nessa perspectiva, a exemplo dos CAEs, está o Tribunal atuando em contribuição para a proteção e efetivação do direito fundamental da saúde.

Em suma, o presente trabalho buscou demonstrar que o Tribunal de Contas da União, órgão de atuação do controle externo, em auxílio ao Congresso Nacional, pode, igualmente, dar o seu contributo para a gestão compartilhada sanitária, a partir de suas ações de estímulo e aprimoramento do controle social, com o intuito de dar proteção e efetividade ao direito fundamental social da saúde, pois como dispõe Germano Schwartz, em passagem já referida neste trabalho, é importante que a

saúde seja efetivada, não importando qual o procedimento e expediente técnico adotado, uma vez, como ressalta o autor, a saúde é: “o meio de preservação e de qualidade de vida, o bem máximo da humanidade”. Nesse sentido, o TCU cumpre a sua missão constitucional no Estado Democrático de Direito, em prol dos direitos da cidadania.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Sônia. Participação Social na Saúde: revisitando sentidos, reafirmando propostas. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Orgs). **Construção Social da Demanda - Direito à Saúde - Trabalho em equipe, participação e espaços públicos**, Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, p. 293-303, 2005.

AGUIAR, Afonso Gomes. **Lei da Responsabilidade Fiscal- questões práticas**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário- a proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas**. São Luís: Lithograf, 2003.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **Sistema de Salud de Brasil- normas, gestión e financiamiento**. Trad. Cintia Collyer Arruda Cavalcante. São Paulo: Hucitec, Sobral, Uva, 2002.

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs.). **Dicionário da Globalização- Direito- Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização - lições de Filosofia de Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Participativo e a teoria democrática- um balanço crítico, In: NAVARRO, Zander: AVRITZER, Leonardo (Orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, p. 13-60. 2002.

BALEEIRO NETO, Jayme. **As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 107-134. 2002.

BEZERRA, Walter Faço. O Tribunal de Contas da União e a Avaliação de Programas Públicos: considerações acerca da construção de modelos avaliativos. In. SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 357-371, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRAGA, Luziânia C, Pereira. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor Empresas e Estado- novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 107-134. 2007.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 005.660/2004-7. Acórdão nº 12/2007 - Primeira Câmara. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, 23 de janeiro de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 26 jan. 2007.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.182/1995-2. Acórdão nº 29/2000- Segunda Câmara. Relator: Ministro Adhemar Ghisi. Brasília, 17 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 25 fev. 2000.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 001.289/2005-3. Acórdão nº 157/2006- Primeira Câmara. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 31 de janeiro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 08 fev. 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 019.971/1994-4. Acórdão nº 35/1999- Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 04 mar. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.231/1996-1. Acórdão nº 30/2000-Plenário. Relatório de Auditoria Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 01 de março de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 20 mar. 2000.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 010.823/1999-9. Acórdão nº 272/2003- Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 25 de março de 2003. Diário Oficial da União. Brasília, 07 abr. 2003.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 005.325/2002-5 . Acórdão nº 369/2005-Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 22 de março de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 31 mar. 2005.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 250.169/1993-2. Acórdão nº 173/1999-Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 11 de maio de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 19 maio.1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.216/1998-9 . Decisão nº 68/1999- Primeira Câmara. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 30 de março de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 07 abr. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 325.165/1997-9 . Decisão nº 187/1999-Segunda Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 06 de maio de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 14 maio. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.121/1999-9 .Decisão nº 31/2002-Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, 15 fev. 2002.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 009.240/2007-5 . Acórdão nº 668/2008-Plenário. Auditoria Operacional. Relator: Ministro Guilherme Palmeira Brasília, 16 de abril de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, 18 abr. 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.820/2001-3. Decisão nº 712/2002-Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 26 de junho de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, 16 jul. 2002.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 625.118/1998-7. Decisão nº 70/2000-Primeira Câmara. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 29 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 16 mar. 2000.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 016.126/2001-1. Acórdão nº 913/2005-Segunda Câmara. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 07 de junho de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 15 jun. 2005.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 424.019/1993-0. Decisão nº 345/2002-Segunda Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 01 de agosto de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, 12 ago. 2002.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 525.138/1997-8. Decisão nº 223/1999-Plenário. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 24 de novembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 13 dez. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 001.563/2000-2. Decisão nº 17/2007-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 24 de janeiro de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 26 jan. 2007.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.064/1999-4. Decisão 479/1999-Primeira Câmara. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 14 de dezembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 29 dez. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 015.414/2004-7. Acórdão nº 517/2005 - Plenário. Levantamento de Auditoria. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 04 de maio de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 12 maio. 2005.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.640.1997-0. Decisão nº 635/1999 - Plenário. Relatório de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 15 de setembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 28 set. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.640/1997-0. Decisão nº 476/1998-Plenário. Relatório de Planejamento de Auditoria. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 29 de julho de 1998. Diário Oficial da União. Brasília, 10 ago. 1998.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 020.337/2006-3. Acórdão nº 1236/2008 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 25 de agosto de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, 30 ago. 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 019.854/2005-0. Acórdão nº 91/2008 - Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 30 de janeiro de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, 01 fev. 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 004.170/1998-9. Decisão nº 592/1998 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 de setembro de 1998. Boletim do Tribunal de Conas da União - BTCU nº 63/1998.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 014.394/1999-2. Decisão nº 931/1999 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 15 de dezembro de 1999. Boletim do Tribunal de Conas da União - BTCU nº 78/1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 008.011/2003-5. Acórdão nº 1.777/2005- Plenário. Relatório de Auditoria. Relator Ministro Marcos Vinicius Vilaça.. Brasília, 09 de novembro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 22 nov.. 2005.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 008.011/2003-5. Acórdão nº 2066/2006 - Plenário. Relatório de Auditoria Consolidado. Relator Ministro Marcos Bem querer. Brasília 09 de novembro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 13 nov. 2006

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 027.206/2006-3. Acórdão 1331/2008 - Plenário. Relatório de Auditoria. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília 09 de julho de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jul. 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 020.567/2004-7. Acórdão nº 1195/2006 - Plenário. Relator Ministro Marcos Vincios Vilaça. Brasília 19 de julho de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 24 jul. 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 012.718/2004-9. Acórdão nº 2075/2007 - Plenário. Relatório de Auditoria. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Brasília 03 de outubro de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 2007.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.307/2004-9. Acórdão nº 654/2005 - Plenário. Relatório de Auditoria Operacional. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília 25 de maio de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 03 jun. 2005.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 012.489/2005-2. Decisão 2259/2006 - Plenário. Relatório de Auditoria Operacional. Relator Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Brasília 29 de novembro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 01 de dez 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 001.916/1998-0. Decisão nº 705/1999 - Plenário. Relator Ministro Humberto Souto. Brasília 06 de outubro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, 08 nov. 1999.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 650.073/1997-5. Relatório de Auditoria Operacional. Decisão nº 51/2000- Plenário. Relator Ministro Humberto Souto. Brasília 09 de fevereiro de 2000.. Diário Oficial da União. Brasília, 18 fev.2000.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 011.404/1999-0. Decisão nº 28/2000-. Primeira Câmara Relatório de Auditoria. Relator Ministro Humberto Souto. Brasília 22 de fevereiro de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 02 mar./ 2000.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Relatório de Atividades do 3º Trimestre de 2007. Brasília, 2007.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Informativo do Tribunal de Contas da União, ano XXIII, n. 166, set. 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Plano Estratégico 2006-2010. Brasília, 2007.

_____. **Tribunal de Contas da União**. TCU em Números. Ouvidoria do TCU. Brasília, 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**, Instituto Sezedello Corrêa. Diálogo Público - o TCU em conversa com o cidadão. Brasília, 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. 4.ed. Brasília, 2006.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública; Prêmio Serzedello Corêa 2001. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 23.550 - DF. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.04.2001.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 7.280-MS, rel. Min. Henrique D'Ávila, j. 20.06.1960.

_____. **Ministério das Cidades**. Cadernos Mocidades, n. 2 - Participação e Controle Social, nov. 2004.

_____. **Ministério da Saúde**. Sistema Único de Saúde - SUS - Conselho de Saúde: guia de referências para a sua criação e organização, 2005.

_____. **Ministério da Saúde**. Saúde no Brasil - contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa. 2.ed. Brasília, 2006.

BREDER, Jane Carvalho. Controle Social - Um modelo em construção: contribuições do Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 189-202, 2006.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional- problemática de concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte; Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "Controle Social do Poder" e "Participação Popular". **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122. abr./jun. 1987.

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, p. 01-49, 2006.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, n. 10, jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista>> Acesso em: 20 nov. 2008.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O Controle da Constitucionalidade dos Atos Normativos pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n.94, p. 48-54, out./dez. 2002.

CAMPELO, Valmir. O Controle Externo e a Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 96, abr./jun. p. 11-18,2003.

_____. Controle social de gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará**, n. 16, p. 11-18, jan./dez. 2004.

CANDEIA, Remílson Soares. **Convênios celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: NDJ, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade- itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil - o longo caminho**. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Antônio Ivo de. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária com Reforma do Estado. In:FLEURY, Sônia (Org.). **Saúde e democracia: a luta do Cebes**. São Paulo: Lemos,, p. 93-112. 1997.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro**. Campinas: Millennium, 2007.

CEZNE, Andrea Nárriman. **Instituições de assistência social e imunidade tributária**. Porto Alegre. UFRGS, 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183.4335>>Acesso em 27 jan. 2009.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública - a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007.

CHERON, Cibele. **O Orçamento Participativo de Porto Alegre: análise de uma experiência de democracia participativa e sua autonomia legal**. Porto Alegre: PUC/RS,2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Pontifícia Universidade Católica no Rio Grande do Sul, 2006.

CHOARY, Cristina Figueira. Os limites do Princípio da Legalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 85-96, 2006.

CITADINI, Antonio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CITADINO, Gisele. **Direito e Justiça Distributiva- elementos da filosofia constitucional. contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.94, p. 183-198, abr./jun. 1987.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde - evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DANTAS, Humberto. **Democracia e Saúde no Brasil: uma realidade possível?** São Paulo: Paulus, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunal de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa Julgada- Aplicabilidade a Decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n.70, p. 21-36, out./dez. 1996.

_____. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS COSTA, Luiz Bernardo. **Tribunal de Contas - evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. **Súmula 347: uma abordagem sobre a competência do Tribunal de Contas da União para apreciar constitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público**. Belo Horizonte: Instituto Metodista Izabela Hendrix - Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito, 2007.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

FARIAS, Maria Aparecida Gonçalves; SILVA FILHO, Milton Gomes; BRITTO, Máisa F. G. Kalatzis. **Controle Externo e Controle Social da Administração Pública, uma análise das oportunidades de interação**. Aracaju: Fundação Getúlio Vargas – FGV - Escola de Administração Fazendária- Curso de Especialização em Gestão Pública, 2004.

FEDOZZI, Luciano. **O Orçamento Participativo- reflexões sobre a experiência de Porto Alegre**. 3.ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sustação de Contratos Administrativos pelos Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n. 29, p.303-308, jan./fev. 2005.

_____. **Tribunais de Contas no Brasil- jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. Limites à revisibilidade judicial das decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 70, p. 39-71. out./dez. 1996.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de Contas - Julgamento e Execução**. São Paulo: Edicamp, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery; FERRARI, Paola Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERRAZ, Luciano. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

_____. Poder de Coerção e Poder de Sanção dos Tribunais de Contas - competência normativa e devido processo legal. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n. 14, p. 184 -191, abr./jun. 2002.

FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n. 31, p. 538-542, out. 1997.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde - parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLEURY, Sônia. A questão democrática na saúde. In: FLEURY, Sônia (Org.). **Saúde e Democracia - A Luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, p. 25-41, 1997.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Clínica**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense: Universitária, 2008.

FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. **Revista Interesse Público**. Sapucaia do Sul: Notadez, n.11, p. 13-26, jul./set. 20016.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Organizações sociais: sugestões para o aperfeiçoamento do modelo federal. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 10, p. 617-622, ago. 1998.

FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de; SILVA, Artur Adolfo Cotias e Avaliação de Programas Públicos no Brasil - O papel do Tribunal de Contas da União. In: Brasil. **Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa 2003 - Monografias Vencedoras - 1º lugar. Brasília; TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. II, 7.ed. Madrid: Civitas, 2000.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita - o futuro da política radical**. São Paulo: Editora Unesp, 1996.

_____. **As conseqüências da modernidade**. 6º reimp. São Paulo. Editora Unesp, 1996.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A Institucionalização do Ombudsman no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 167, p. 01-21, jan./mar. 1987.

GONÇALVES, Fernando. A Função do Controle diante da nova realidade do Estado. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 67, p. 51-71, jan./mar. 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. **Boletim do Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, n. 2, p. 89-97, fev. 2002.

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.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública - investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio T. Kothe. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade, I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade, II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, II - crítica de la razón funcionalista.** Madrid: Taurus, 2001.

HOMERCHER, Evandro T. O princípio da transparência: uma análise dos seus fundamentos. **Revista Interesse Público.** Belo Horizonte:Fórum, n. 48, p. 275-303, mar./abr. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **As Fundações privadas e Associações sem fins lucrativos no BRASIL 2005.** Estudos e Pesquisa de Informações Econômicas, n. 8, Rio de Janeiro, p. 23-58, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática-Tribunal de Contas no controle da LRF.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão de interesses públicos no Brasil. **Revista Interesse Público.** Belo Horizonte: Fórum, n. 48, p. 53-85, mar./abr. 2008.

_____. **Estado, Administração Pública e Sociedade - novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Vítor Nunes. Valor das Decisões dos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 12,p. 419-431, abr./jun. 1948.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática - os limites da dominação totalitária.** Trad. de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo.** Rio de Janeiro: Editora Campos Elsevier, 2007.

MÃNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária - teoria e prática** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa - publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEDEIROS, Ana Cláudia Alves de. **Accountability horizontal: O papel do Tribunal de Contas da União e os limites de sua atuação**. Brasília: Fundação Getúlio Vargas - Núcleo Brasília-MBA em Planejamento, Orçamento e Gestão Pública, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO PARENTE, Lygia Bandeira de. Participação social como instrumento para construção da democracia e intervenção social na Administração Pública brasileira. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.) **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 203-212, 2006.

MILESKI, Hélio Saul. Controle Social, um aliado do Controle Oficial. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 38, p. 29-44, 2. sem. 2005.

_____. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 45, p. 257-279, set./out. 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, v. III, 4.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das Organizações Sociais no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social - crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, p. 11-25, 2003.

_____. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais- O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: **O novo Tribunal de Contas- órgão protetor dos direitos fundamentais**, Belo Horizonte: Fórum, p. 77-130, 2004.

NAVARRO, Zander. Democracia e controle social de fundos públicos - o caso do "orçamento participativo" de Porto Alegre (Brasil). In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 293-334, 1999.

NAVARRO, Juan Carlos. As ONGs e a prestação de serviço na América Latina: o aprendizado começou. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 87-106, 1999.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje - novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, p. 111-163, 2001.

NUNES, Andréa. **Terceiro Setor-controle e fiscalização**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

OHLWEILER, Leonel. Constitucionalismo Democrático e Direito Administrativo: Frustrações e Perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 6.. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 313-336, 2008.

OLIVEIRA, Bertrand Rocha. **Controle Externo**. 2.ed. Brasília: Editora Vestcon, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 53-85, 2004.

_____. Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, p.171-188,2004.

OLIVEIRA, João Elias. Ouvidora Pública Brasileira: A evolução de um modelo único. **Textos ABO Nacional- Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman**. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/textos>> Acesso em 12 nov. 2008.

_____. A Ouvidoria e a Administração Pública. In: Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman- ABO Nacional . **A Ouvidoria no Brasil**. São Paulo, p. 23-28 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIPs. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor Empresas e Estado- novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 213-259, 2007.

PEREIRA, Cláudia Vieira. **A contribuição do Tribunal de Contas da União para o aprimoramento do controle social: o caso dos Conselhos de Alimentação Escolar**. Brasília: Tribunal de Contas da União - Instituto Serzedello Corrêa, 2004.

PEREIRA, José Matias; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. Controle Social no Brasil: Confrontando a Teoria, o Discurso Oficial e a Legislação com a prática. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 98, p. 53/72., out./dez. 2003..

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os tribunais de contas e o Terceiro Setor - aspectos polêmico do controle. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro Setor Empresas e Estado - novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, p. 309-332, 2007

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não-estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15-48,1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado**. Brasília: ENAP, nov. 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática - Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social - caminhos da construção democrática**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

RANGEL, Solange Maria. **A Ouvidoria como instrumento revitalizador das auditorias no controle da gestão pública**. Instituto de Ciências Sociais (ICS) da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF, Brasília, 2003.

REDE DE INFORMAÇÕES PARA O TERCEIRO SETOR- RITS.**Estado, Mercado e 3º Setor**. In: Áreas do Site: Terceiro Setor? Disponível em:<<http://www.rits.org.br>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. O Terceiro Setor no contexto da democracia e da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro.- o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, p. 287-301, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Jair Lima. **Tribunal de Contas da União & Controles estatal e social da Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. O TCU e os controle estatal e social da Administração Pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 94, p. 13-47, abr./jun. 2002..

SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan. **SUS- Sistema Único de Saúde - comentários à Lei Orgânica da Saúde - Leis nº 8,080/90 e nº 8.142/90**. 4.ed. Campinas: UNICAMP, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.) **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, n.10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direito-publico.com.br>> Acesso em: 28 ago. 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública e o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHOENMAKER, Janaína. O Terceiro Setor e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, n.2, p. 25-50, jul./dez. 2007.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde - efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Gestão compartilhada sanitária no Brasil - possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, p. 108-162, 2003.

_____. A saúde com direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista Ajuris**, n. 83, p. 179-200, set. 2001.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: Brasil. **Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 - Monografias Vencedoras- 1º lugar. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle Social: reformando a Administração para a sociedade. In: BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa 2001- Monografias Vencedoras – 1º lugar. Brasília: TCU, Instituto Sezerdello Corrêa, p. 21-72, 2002.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado - possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOCZEK, Daniel. **ONGs e Democracia- metamorfoses de um paradigma em construção**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A força da decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

SOUZA, Adriane Mônica Oliveira. **Auditoria em programas governamentais: a experiência do Tribunal de Contas da Bahia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor Regulação no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Petrópolis, 2006.

TACHIZAWA, Takeshy. **Organizações Não Governamentais e Terceiro Setor- criação de ONGs e estratégias de atuação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TEIXEIRA, Josenir. Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor na saúde. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, n.1, p. 53-71,. jan./jun. 2007.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimpe, 2005.

THOMPSON, Andrés A. Do compromisso à eficiência? Os Caminhos do Terceiro Setor na América Latina. IN: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor Desenvolvimento Social Sustentado**. São Paulo: Paz e Terra.,p.. 41-48, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos Fundamentais - orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro; Renovar, 1995.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 243-342, 2001.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-46, 2003.

_____. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez. 1993.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente- paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VALDÉS, Daisy de Asper y. *Ombudsman*: um mecanismo democrático para o controle da administração. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 27, p. 131 - 52, mar./jun. 1990.

VASCONCELOS, J. **Democracia Pura**. São Paulo: Nobel, 2007.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania - a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não - estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 213-256, 1999.

VIOLINI, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VISMONA, Edison Luiz. A Ouvidoria no Brasil e seus princípios. In: Associação Brasileira de Ouvidores/*Ombudsman*- ABO Nacional. **A Ouvidoria no Brasil**. São Paulo, p. 11-20, 2001.

_____. O Ouvidor no Brasil. **Textos ABO Nacional- Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman**. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/textos>> Acesso em: 12 nov. 2008.

VUOLO, Cassyra Lucya Barros. Os Tribunais de Contas como instrumento de construção da cidadania. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, p. 285-289, nov./dez. 2007.

_____. **Os Tribunais de Contas como instrumento de construção da cidadania**. Cuiabá: Edição da Autora, 2007.

WEBER, Max. **Ciência e Política duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2008.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZOTTO, Vinícius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 285-303, 2008..

WILLEMANN, Marianna Montebello. O princípio republicano e os Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 50 p. 277-302, jul./ago. 2008.

ZELENOVSKY, Maria Antônia Ferraz. O Tribunal de Contas da União e os conselhos de saúde: possibilidades de cooperação nas ações de controle. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 213/227, 2006.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANEXOS

ANEXO - A - PORTARIA - TCU Nº 176, DE 3 DE AGOSTO DE 2004

Disciplina o desenvolvimento de ações do TCU para o fortalecimento do controle social.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso das atribuições legais e regimentais,

considerando a importância estratégica para o TCU do estímulo ao controle social como forma de combater a corrupção e de contribuir para a melhoria dos serviços públicos;

considerando a relevância da participação de órgãos de controle em ações educativas para conselhos de acompanhamento e fiscalização de programas sociais;

considerando que o estímulo ao controle social é um dos objetivos do projeto institucional Diálogo Público, componente do Projeto de Apoio à Modernização do TCU, resolve:

Art. 1º O desenvolvimento de ações, no âmbito do Tribunal de Contas da União, para o fortalecimento do controle social rege-se por esta Portaria.

Art. 2º Entende-se como ação de fortalecimento do controle social:

I – a realização de encontros de natureza educativa com segmentos organizados da sociedade civil, a exemplo de conselhos, associações, organizações não-governamentais e outros assemelhados;

II – a promoção de eventos de diálogo público que tenham como público-alvo setores da sociedade civil;

III – a divulgação de cartilhas e outras publicações que visem ao estímulo do controle;

IV – a divulgação de informações de interesse da sociedade civil em locais acessíveis e formato de fácil compreensão;

V – a divulgação de canais pelos quais os cidadãos possam oferecer informações ao TCU acerca de indício de irregularidade no uso de recursos públicos;

VI – outras ações de participação do cidadão no controle dos recursos públicos, promovidas pelo Tribunal de Contas da União.

Art. 3º O desenvolvimento de ações de fortalecimento do controle social constitui estratégia institucional, devendo ser contemplado no planejamento das ações das unidades do Tribunal.

Art. 4º O deslocamento de servidor do Tribunal de Contas da União para a realização de trabalhos de controle externo deverá, sempre que possível, ser conjugado com o desenvolvimento de ações de fortalecimento do controle social no município de destino ou naqueles localizados no trajeto percorrido.

Art. 5º As unidades técnico-executivas devem realizar Encontros com os Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar, como estratégia-piloto de orientação e capacitação de membros de conselhos sociais.

§ 1º A realização de Encontros com os Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar somente ocorrerá após a unidade receber do Instituto Serzedello Corrêa o devido treinamento.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, fica aprovado, na forma do anexo desta Portaria, o “Roteiro para Realização dos Encontros com os Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE”.

§ 3º Compete à Secretaria-Geral de Controle Externo expedir orientações adicionais para realização dos Encontros de que trata este artigo, bem como promover ajustes que se fizerem necessários no Roteiro ora aprovado.

Art. 6º O Instituto Serzedello Corrêa e a Secretaria-Geral de Controle Externo ficam encarregados de viabilizar a formação de parcerias junto aos demais órgãos de controle, órgãos e entidades do Governo Federal responsáveis pela execução de programas sociais, organizações não-governamentais e outros segmentos da sociedade civil visando à realização das ações de fortalecimento do controle social, de forma a potencializar o seu alcance e otimizar seus resultados.

Parágrafo único. As parcerias de que trata este artigo serão formalizadas por ato do Presidente.

Art. 7º Compete ao Instituto Serzedello Corrêa a coordenação dos trabalhos de que trata esta Portaria.

Art. 8º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

VALMIR CAMPELO
Presidente

ANEXO - B - RESOLUÇÃO - TCU Nº 169, DE 5 DE MAIO DE 2004

Institui a Ouvidoria do Tribunal de Contas da União.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no exercício de suas competências constitucionais e legais;

considerando que a competência do Tribunal para exercer a fiscalização operacional da administração pública cria a necessidade de acompanhar rotineiramente o desempenho e os resultados da ação dos gestores de recursos públicos;

considerando a tendência mundial de os órgãos de controle atuarem como indutores de melhoria da gestão pública;

considerando que o acompanhamento da gestão pública pode ser substancialmente incrementado com a colaboração do cidadão comum, que interage cotidianamente com os órgãos e entidades da administração pública;

considerando que a colaboração da sociedade é importante também para aperfeiçoamento do funcionamento do Tribunal;

considerando, por fim, que essa colaboração da sociedade para aperfeiçoamento da fiscalização operacional e do funcionamento do Tribunal pode ser estimulada mediante a criação de um canal específico de comunicação com o Tribunal;

resolve:

Art. 1º Fica instituída a Ouvidoria do Tribunal de Contas da União, com a finalidade de:

I – contribuir para melhoria da gestão do Tribunal e dos órgãos e entidades a ele jurisdicionados;

II – atuar na defesa da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência dos atos administrativos praticados por autoridades, servidores e administradores públicos, bem como dos demais princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Art. 2º Compete à Ouvidoria:

I – receber sugestão de aprimoramento, crítica, reclamação ou informação a respeito de serviço prestado pelo Tribunal;

II – receber sugestão de aprimoramento, crítica, reclamação ou informação a respeito de ato de gestão ou ato administrativo praticado por agente público jurisdicionado ao Tribunal;

III – receber e catalogar informações referentes a indícios de irregularidades no uso de recursos públicos, obtidas por meio da Internet ou outro meio apropriado;

IV – manter instalações físicas e meios de comunicação eletrônica, postal e telefônica para recebimento das comunicações mencionadas nos incisos I, II e III;

V – realizar triagem das comunicações mencionadas nos incisos I, II e III e encaminhá-las aos setores competentes do Tribunal, para averiguação e eventuais providências;

VI – manter controle, acompanhar e requisitar do setor competente do Tribunal informações sobre averiguações e providências mencionadas no inciso V;

VII – manter, quando possível, os autores das comunicações mencionadas nos incisos I, II e III informados a respeito de averiguações e providências adotadas pelos setores competentes do Tribunal;

VIII – sugerir eventual medida para aperfeiçoamento de serviço do Tribunal objeto das comunicações mencionadas no inciso I;

IX – divulgar seus serviços junto ao público, para conhecimento, utilização continuada e ciência dos resultados alcançados;

X – estimular a realização de pesquisas, seminários e cursos sobre assuntos relativos ao exercício da cidadania na fiscalização e na avaliação da ação estatal;

XI – encaminhar ao Presidente do Tribunal relatório trimestral de atividades.

§ 1º As informações a que se refere o inciso III serão utilizadas para subsidiar os trabalhos de fiscalização a cargo do Tribunal de Contas da União.

§ 2º O requerimento de informações mencionado no inciso VI deve ser atendido no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Art. 3º Sem prejuízo da atribuição prevista no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte, a Ouvidoria deve comunicar ao Presidente do Tribunal quando a informação recebida no exercício de suas atividades contiver indício de irregularidade ou ilegalidade na atuação de autoridade ou de servidor do Tribunal ou de agente público jurisdicionado ao TCU.

§ 1º O Presidente deve encaminhar a comunicação:

I – ao Corregedor, quando disser respeito a autoridade ou servidor do Tribunal;

II – ao Relator da lista de Unidades Jurisdicionadas pertinente, quando disser respeito a agente público jurisdicionado ao TCU.

§ 2º O Corregedor ou o Relator devem:

I – determinar ao setor competente do Tribunal a apuração dos fatos, de ofício, quando considerarem consistente o indício de irregularidade ou ilegalidade;

II – decidir sobre a aposição de sigilo aos respectivos autos.

Art. 4º Quando as comunicações tiverem por objeto matéria que não puder ser enquadrada nas hipóteses descritas nos incisos I, II e III do art. 2º, a Ouvidoria deve orientar o autor sobre o encaminhamento mais adequado para o seu atendimento.

Art. 5º A atuação da Ouvidoria não suspende ou interrompe prazo em processo em tramitação no Tribunal.

Art. 6º A Ouvidoria vincula-se à Secretaria da Presidência do Tribunal.

Art. 7º Fica alocada à Ouvidoria uma função comissionada código FC-3.

Art. 8º O manual de procedimentos de trabalho da Ouvidoria deve ser aprovado pelo Presidente do Tribunal.

Art. 9º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Ficam revogadas disposições em contrário.

TCU, Sala das Sessões, Ministro Luciano Brandão Alves
de Souza, em 5 de maio de 2004.

VALMIR CAMPELO
Presidente