

Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito
da Universidade de São Paulo e da
Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO

- a) **Controle administrativo e seu regime jurídico**
- b) **Relação de administração**
- c) **Influência do princípio republicano no nosso direito:**
 - I — **considerações gerais**
 - II — **eficácia dos princípios jurídicos**
 - III — **significação do princípio republicano**
 - IV — **conclusão**
- d) **Função do Congresso Nacional**
- e) **Referências constitucionais ao controle financeiro e administração indireta**
- f) **Um exemplo sugestivo: o serviço de correios**
- g) **Conclusão**
- h) **Resumo**

a) **Controle administrativo e seu regime jurídico**

Controle financeiro público é o conjunto de medidas de natureza fiscalizatória, exercidas sobre o movimento de dinheiros e bens valiosos, de natureza econômica, manejados por administradores públicos, debaixo da relação de administração. Fiscalizar consiste em contrastar — para averiguar de sua adequação — uma atividade com as normas que a disciplinam.

De longa data se convencionou designar por direito financeiro ao sub-ramo do direito administrativo (GUIDO ZANOBINI) que regula a atividade financeira do Estado, consistente no levantamento, gestão e dispêndio de dinheiros. Estes passam a ter a qualificação de públicos pelo regime (administrativo) de sua tutela (ACHILE DONATO GIANNINI) ou pela qualidade de seu possuidor, o Estado.

Toda a disciplina concernente ao manejo dos dinheiros públicos seria inócua, se não previsse a legislação amplo mecanismo orgânico de fiscalização de sua observância. Daí o ser importante tópico de direito financeiro o concernente à fiscalização financeira e orçamentária.

No Brasil, esta disciplina foi, em seus principais temas, constitucionalizada (arts. 70 e segs. da CF).

No nosso regime, há dois tipos de controle financeiro: aquele objeto de disciplina constitucional — por sua importância — exercido pelos órgãos da representação popular sobre as autoridades superiores executivas e um segundo (interno) exercido sobre os inferiores (ou pela cúpula da Administração Direta sobre a Indireta, engendrando a tutela administrativa, tão bem estudada por CELSO ANTÔNIO, no seu clássico **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**).

O controle dos dinheiros públicos — seja na fase de arrecadação, de gestão ou de dispêndio — é minuciosamente disciplinado, seja pela Constituição, seja pela legislação. São previstos atos controladores prévios, concomitantes e posteriores, além de cabal prestação de contas, seja episódica, seja periódica, conforme as circunstâncias do caso.

Mais escassa é a legislação sobre o controle, uso e manuseio dos demais bens de valor econômico, mas não consistentes em dinheiro. Entretanto, grande parte dos dinheiros públicos transformam-se em bens e a eficiência do controle há de ser a mesma, porque o espírito que preside todo o tipo de atividade controladora é rigorosamente o mesmo e não se modifica essencialmente, pela substituição de seu objeto.

Não há dúvida quanto a que, deixando o objeto da fiscalização de ser o dinheiro, desaparece o direito financeiro. Não se reduz, porém, o mesmo interesse público que inspira a legislação sobre bens públicos e controle de sua preservação, uso e emprego.

A importância da questão é manifesta por si mesma. De nada valeria eficiente controle sobre dinheiros se, após convertidos em bens, desaparecessem os mecanismos, tornando possível frustrarem-se os desígnios maiores que presidem à disciplina constitucional e legal em torno da matéria.

Por isso o Texto Constitucional estende a ação fiscalizatória e controladora a dinheiros, bens e valores. Por isso, também, os estudiosos sublinham a conveniência de ampliar a latitude de alcance do tema, de modo a torná-lo de abrangência que lhe assegure a desejada utilidade, pela compreensão lata dos conceitos adotados, e a extensibilidade de sua interpretação.

b) Relação de administração

Em primeiro lugar, é importante recordar a noção de relação de administração sob a qual atuam, de modo genérico, todos os responsáveis e gestores de bens públicos (como o são os agentes administrativos, desde o chefe do Poder Executivo, até o mais modesto servidor).

É em CIRNE LIMA que vamos compreender, em toda sua extensão e profundidade, o significado da relação de administração, estatuto básico informativo de todos os agentes públicos (e os a eles assimilados) para fins da colocação que se tem em vista estabelecer. No seu inextinguível **Princípios de Direito Administrativo**, esse notável jurista deteve-se longamente no expor a “relação de administração”, seus critérios informadores, seu conteúdo, sua teleologia. Nesse instituto universal, põe a chave de abóbada do seu sistema, a pedra de toque de sua proposta de explicação radical do direito administrativo. E o faz de modo vigoroso, denso e eficaz. E, dos postulados que fixa, vai extraindo conseqüências firmes, robustas, pródigas, que iluminam a compreensão de todos os institutos, que fecundam as virtualidades dos preceitos particulares e explicam os princípios e as normas do direito administrativo.

Poucos estudiosos souberam, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, valorizar tanto o instrumental científico e o aparato crítico contidos nas concepções de RUY CIRNE LIMA. A ele se dê a palavra, para sintetizar o fulcro do pensamento do velho jusfilósofo e juspublicista:

“É sempre oportuno lembrar a magistral lição de CIRNE LIMA a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é “a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”. Nela não há, apenas, um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade. A administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”. O mestre gaúcho pondera acertadamente que “a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos apa-

rece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.

Em suma, o necessário — parece-nos — é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela” (**Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 296).

Apreendidas as categorias do mestre, CELSO ANTÔNIO constrói toda a teoria das autarquias, define-as, explica-as, identifica seu regime jurídico, expõe sua natureza. E, subseqüentemente, erige notável obra — que se expande por todos os domínios do direito administrativo — guardando admirável unidade, precisamente em razão da constante referibilidade a um magno critério básico: a relação de administração, tal como exposta por RUY CIRNE LIMA.

Pela “relação de administração” se explica todo o direito administrativo; se compreendem seus institutos, entendem-se seus princípios, desvenda-se o sentido de suas regras. Como critério explicador, a relação de administração informa o direito positivo e fixa as pautas para interpretação de toda norma, de cada ato administrativo. Nela se vai encontrar o “sentido” — objeto de tanto cuidado de RECASÉNS SICHES — do sistema do direito administrativo e de cada um de seus institutos.

Esta concepção — informadora de todo o direito administrativo brasileiro — é, pode-se dizer, rigorosamente encampada pelo nosso direito público. Essa rica categorização é informadora do direito constitucional e do direito administrativo brasileiro. É, mesmo, a melhor, mais rigorosa e mais cabal explicação técnica-jurídica sintética e global do conjunto harmônico do nosso direito público republicano.

Daí por que fornecer úteis e seguros padrões de exegese, para compreensão do exato conceito de **bens** e seu regime jurídico.

A matéria da conceituação de **bem**, para efeito de controle financeiro, é constitucional. Vem toda ela prevista na Constituição, embora de maneira esparsa.

O Texto Máximo pressupõe um conceito lato de **bem** público e fixa uma série de parâmetros normativos tendo por referência esse conceito.

A liberdade do legislador ordinário, a esse respeito, é muito restrita. Fica praticamente na seara de regulamentação formal dos procedimentos tendentes a dar eficácia aos desígnios constitucionais pertinentes.

O legislador ordinário em quase nada pode contribuir para levar a classificar um **bem** como público ou não. Esta conceituação já decorre da própria Constituição. As reiteradas referências constitucionais, diretas e indiretas ao conceito, permitem ao intérprete inferir suas conotações e denotações.

O legislador infraconstitucional o que poderá fazer é explicitar, de modo mais completo ou minudente, aquilo que já está implícito no Texto Constitucional. Se é exato que pode, para certos efeitos — especialmente para estender a proteção juspublicística a certos bens — ampliar o conceito, certamente não poderá reduzi-lo, na sua extensão, sob pena de violar os claros desígnios constitucionais.

Como assinala RUY CIRNE LIMA, a proteção dos bens e dinheiros públicos é estabelecida, em primeiro lugar, contra o próprio administrador público, nos termos da equação da relação de administração. É que a utilidade pública — a ser eficazmente criada, promovida, incentivada e preservada pela ação administrativa — é toda ela protegida pelo direito. E o é, primacialmente, contra o administrador.

Evidentemente, os desígnios, no trato dos bens públicos, não dependem do legislador ordinário. Há uma compreensão e uma interpretação constitucional alheia, superior e prévia à colocação dos legisladores. A estes cabe viabilizar e assegurar a eficácia dos desígnios constitucionais, essencialmente protetores dos **bens** que quis reputar públicos.

Como conseqüência disso, a interpretação da legislação ordinária depende rigorosamente de uma prévia compreensão da disciplina constitucional dessa matéria. Nem se pode esquecer a oportuna advertência de BISCARETTI DI RUFFIA, quando sinala que o primeiro (lógica e cronologicamente) intérprete da Constituição é o legislador, quando se entrega à tarefa de desenvolver os instrumentos legislativos, mediante os quais assegurará a eficácia dos princípios e regras contidos na **Lex Maxima**.

Como postulado metodológico, portanto, iremos nos pautar por uma consideração rigorosamente constitucional do problema, buscando exatamente desvendar os critérios que ulteriormente permitam — em cotejo com a legislação infraconstitucional — averiguar, num primeiro momento, a sua constitucionalidade e, num segundo, as implicações necessárias desses princípios, no plano legislativo, para o fim de colher orientação hermenêutica que enseje bem determinar qual a interpretação dessa disciplina.

c) **Influência do princípio republicano no nosso direito**

A consideração de todo esse tema, entretanto, exige recordem-se as implicações do princípio republicano no nosso direito positivo, porque a legislação administrativa numa república reflete preocupações

e informa-se de tônica radicalmente diversa da peculiar ao direito administrativo apoiado em instituições autoritárias ou mesmo totalitárias. Daí, também, parecer oportuno advertir-se o estudioso contra a doutrina alienígena — embora de boa qualidade técnica — elaborada em climas como o italiano da época do fascismo, alemão da época do nazismo, russo soviético, espanhol franquista, português salazarista etc.

A penetração dos princípios autoritários e antidemocráticos no espírito da legislação, no teor da jurisprudência e na tônica da doutrina que à sua vista se elabora tudo deturpa.

Estados de direito, que plasmam suas instituições com base no ideal republicano, com a consagração da tripartição — e conseqüente autonomia e independência — dos poderes, bem como lastreadas no império da lei e no princípio da isonomia, têm necessariamente um direito administrativo aberto, oxigenado, participatório, permeado de técnicas, institutos e peculiaridades inúmeras vezes contrastante com a rapidez, eficiência, agilidade e desassombro que caracterizam os regimes que, em nome dessas características, atropelam direitos, ignoram a participação dos administrados e atuam surpreendentemente.

I — considerações gerais

Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros.

Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. **A fortiori**, todas as leis devem ter sua exegese conformada às suas exigências.

II — eficácia dos princípios jurídicos

O axioma que postula o cunho sistemático do direito dispensa demonstração, pelo seu universal acatamento.

Ora, o sistema jurídico — ao contrário de ser caótico e desordenado — tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia, segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

Mesmo no nível constitucional, há uma ordem hierárquica que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada

pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (a demonstração cabal disso está em J. M. TERAN, **Filosofia del Derecho**).

É oportuno, a propósito, recordar clássica lição de FERRARA, quando assinala que “um princípio jurídico não existe isolado, mas acha-se em íntima conexão com outros princípios. O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados e subordinados, no qual cada um deles tem um lugar próprio”.

Por isso CELSO BANDEIRA DE MELLO sinala que cada princípio constitui membro de um grande todo. Dessa conexão recebe luz a norma particular. O sentido de uma disposição ressalta nítido e preciso, quando é ele confrontado com outras normas gerais ou supra-ordenadas, de que constitui uma derivação, uma aplicação ou uma exceção, quando se remonta, dos preceitos singulares, ao inteiro ordenamento jurídico.

AGUSTIN GORDILLO — notável mestre de direito argentino — ensina que o princípio é ao mesmo tempo norma e diretriz do sistema, informando-o visceralmente (**Introducción al Derecho Administrativo**, vol. I, p. 176). E demonstra que mesmo as normas constitucionais não têm igual eficácia, mas, pelo contrário, se estruturam de forma piramidal, como entende a escola de Viena, liderada pelo incomparável Kelsen. Aliás, JOSÉ AFONSO DA SILVA (**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**) dá a melhor demonstração prático-teórica da robustez desse postulado.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sublinha que o princípio aponta a direção, o sentido em que devem ser entendidas as normas que nele se apóiam e ressalta não poder o intérprete extrair nenhuma conclusão que contrarie um princípio. Ihe comprometa as exigências, ou lhe negue as naturais conseqüências.

Por isso JUAN MANUEL TERAN, secundado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, compara o princípio ao alicerce de um edifício, já que suporta o sistema e lhe dá consistência.

Ouçamos um dos mais autorizados publicistas brasileiros (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), expondo magistralmente lição fundamental: “Entende-se por princípio a disposição, expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva”.

Com efeito, na lição magistral de JUAN MANUEL TERAN, “toda categoría lógicamente es un concepto bajo el cual se ordenan una serie de nociones y conceptos. Toda categoría es un concepto básico, en tanto que comprende otros. Existe un concepto como categoría.

en tanto que a el se subordina o de el se infieren otros conceptos... En otras palabras, sólo son categorías los conceptos fundamentales con relación a cierto orden; es decir, cuando sirven de apoyo para comprensión dentro de cierta esfera" (**Filosofía del Derecho**. México, Editorial Porrúa, 1952, p. 87).

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

A relevância dos princípios constitucionais e sua supremacia, sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais, foi admiravelmente apreendida e exposta por AGUSTIN GORDILLO, nas seguintes luminaras palavras:

"Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del qual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan" (**Introducción al Derecho Administrativo**. 2ª ed., Abeledo Perrot, 1966, pp. 176 e 177).

Daf o sublinhar CELSO ANTÔNIO (RDP, 15/283):

"qualquer disposição, qualquer regra jurídica... para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio...

realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Estas longas considerações servem para demonstrar que a interpretação dos preceitos constitucionais referentes a **bens, dinheiros e valores** públicos depende da rigorosa compreensão do significado do princípio republicano. **A fortiori**, a interpretação e aplicação da legislação financeira e administrativa que neles (preceitos constitucionais) se funda.

III — significação do princípio republicano

Alguns princípios constitucionais foram postos tradicionalmente pelos nossos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros.

Deles os mais importantes são os da federação e da república. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros.

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º), nos textos constitucionais republicanos.

São repetidos, enfatizados, reforçados, reiterados e assegurados, até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais.

Efetivamente centenas de normas constitucionais aplicam-nos a situações concretas e atuam como seus desdobramentos ou refrações.

A federação, definida pelo saudoso constitucionalista SAMPAIO DORIA, como “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição” é princípio básico do nosso sistema constitucional, desde 1891.

O outro princípio que, ao lado do federal, ocupa posição basilar é o republicano, não só porque também é arrolado em primeiro lugar (art. 1º), mas porque é, como o outro, assegurado, em todos os seus desdobramentos, por inúmeros mandamentos contidos ao longo do Texto Constitucional.

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes.

Todos os mandamentos que cuidam da mecânica de **checks and balances**, que tratam da periodicidade, da representatividade, das responsabilidades dos mandatários e do relacionamento entre os Poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico.

É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja “objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a federação ou a república”.

A Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas, porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio Texto Constitucional.

No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que possibilite, mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra.

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isso dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados.

Pois, desde 1891 tivemos seis manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), e uma do poder constituinte derivado com caracteres amplíssimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembleias representativas democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários.

Pois, com exceção da ditadura estadonovista (1937), não tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade os titulares da soberania nacional plena para abolir ou postergar esses dois princípios, o que prova o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional.

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional vigente, que — impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a federação e a república — faz de modo singular (em contraste com o direito comparado) absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto.

Parece óbvio que a vedação não tem só o singelo e limitado sentido de proibir que se postule direta e imediatamente a abolição de um ou de ambos os princípios (federação e república). Não.

Na verdade, qualquer proposta que indiretamente ou por consequência, tenda a abolir quer a federação, quer a república é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação.

Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inócuo, se pudesse ser entendido em termos tais que consentisse a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas, que reportassem ao resultado vedado.

IV — conclusão

Se as notas típicas da república — representatividade, periodicidade e responsabilidade — não só são consagradas no Texto Supremo, como objeto de vasta e multifacética disciplina constitucional, ele (princípio republicano) há de iluminar a exegese dessa disciplina e da legislação que se propõe a desenvolvê-la, viabilizá-la e dar-lhe eficácia.

d) Função do Congresso

A Constituição atribui primordialmente ao Congresso Nacional o exercício da fiscalização financeira e orçamentária (art. 70) da União, postulando idêntica função, no âmbito dos Estados, para as Assembleias Legislativas (art. 10, VII, a, c e f e art. 13, IX).

Por outro lado, prevê a Constituição que o Legislativo será auxiliado tecnicamente, no desempenho dessas atribuições, pelo Tribunal de Contas (art. 70, § 1º).

Ao tipo de controle assim desempenhado, atribui-se a qualificação de “controle externo”, que compreende atividade de auditoria financeira e orçamentária e “julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”. Parece evidente que nesses conceitos entram dinheiros e todo tipo de bens jurídicos de conteúdo econômico.

Assim a função do Congresso Nacional, além de normativa, é função controladora geral, cabendo ao Tribunal de Contas, além de assessorar o Congresso, o desempenho de atribuições de fiscalização minuciosa de toda atividade concernente a finanças, ao desempenho da atividade orçamentária (receitas e despesas) e ainda gestão administrativa.

Nessas variadas passagens constitucionais, fica claro que a atividade financeira é uma e que auditoria financeira e administração financeira são diferentes da auditoria orçamentária ou da administração orçamentária, sendo forçoso entender que o conceito de “financeiro” é muito mais amplo do que o de orçamentário, no sentido de abranger matérias mais amplas, concernentes diretas e indiretamente a “bens e valores públicos” (§ 1º do art. 70).

Tratando, por outro lado, o Texto Constitucional do conteúdo das normas gerais de direito financeiro, faz arrolar normas sobre orçamento, despesas e “gestão patrimonial e financeira de natureza pública”, de forma a deixar entendido que a gestão financeira é algo que também se distingue da gestão patrimonial, senão como gênero, pelo menos como espécie, induzindo o envolvimento de bens públicos, nesse conjunto de atividades, como algo de necessário e constante.

Dessarte, serão bens sujeitos a controle todos aqueles que — de baixo da relação de administração, compreendida sob o influxo do princípio republicano — representem a tradução em objetos economicamente estimáveis, do que foram antes os dinheiros públicos, ou seja, dos bens em que se converteram esses dinheiros.

Impõe a Constituição federal que os administradores e “demais responsáveis” — portanto, categoria de pessoas que vai além dos administradores — por bens e valores públicos devam prestar contas ao Tribunal de Contas, como órgão auxiliar do Congresso Nacional (§ 1º do art. 70).

Por outro lado, verifica-se a necessidade da existência de uma auditoria financeira, compreensiva portanto, também, dos bens aqui considerados, das unidades administrativas dos três Poderes (§ 3º), sendo que as normas de fiscalização financeira e orçamentária apli-

cam-se às autarquias (§ 5º). Num primeiro momento, poderia parecer que as demais criaturas da lei (como as sociedades mistas e as empresas públicas) escapariam a esse controle.

c) **Referências constitucionais ao controle financeiro e administração indireta**

Quanto às fundações públicas — ou seja, as fundações submetidas a regime do direito público —, nenhuma dúvida há de que se compreendem no conceito de autarquia, sendo, portanto, alcançáveis imediatamente, sem qualquer possibilidade de dúvida ou questão (v. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO). Já as fundações governamentais, isto é, criadas por pessoas políticas, mas submetidas a regime de direito privado, seguem a sorte das empresas públicas e sociedades mistas.

O problema que se põe é saber se os bens manejados por gestores de empresas públicas e sociedades mistas, são também sujeitos a esse controle. Em outras palavras: importa determinar se, à luz da Constituição, se está ou não diante de “bens públicos” para esse feito (de controle e fiscalização pelo Legislativo, por meio do Tribunal de Contas).

É interessante assinalar, em rápido perpassar de olhos pelo Texto Constitucional, que a disposição do art. 34 da Constituição impede os parlamentares (I, a) de manter contratos com pessoa de direito público (evidentemente União, Estados e Municípios), autarquia, empresa pública, sociedade mista e até mesmo concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedeça a cláusulas uniformes; e ainda os impede de (I, b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nessas entidades, mostrando que — quando se trata de proteger a independência do Parlamento, dando eficácia ao princípio da repartição dos Poderes do art. 6º, como emanção do princípio republicano — o Texto Constitucional equipara todas essas entidades.

Por outro lado, ainda nesse art. 34, se prescreve a proibição, desde a posse, de que os parlamentares ocupem cargo, função ou emprego demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas, ainda impedindo-os de patrocinar causa em que seja interessada qualquer dessas entidades (letra d).

É o próprio Texto Magno que — interpretando a extensão dos conceitos envolvidos — estabelece assimilação entre essas entidades, exatamente a propósito de questões ligadas a gestão financeira e administração de bens.

Essa indicação é muito importante e deverá ser levada na devida conta, no momento oportuno.

É de se recordar, por outro lado, que o art. 82 estabelece ser crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de “atos que atentarem contra a Constituição” e especialmente “a probidade na administração” (item V).

Ora parece inquestionável que a probidade não diz respeito só aos dinheiros, mas também aos bens e que a circunstância de haver liberdade do legislador criar entidades descentralizadas, inclusive para o desempenho de serviços públicos — entidades essas que poderão ser submetidas a regime de direito privado — não poderia jamais ter a virtude de reduzir o âmbito e o alcance da definição desta figura penal, constitucionalmente prevista. Esta consideração nos leva a verificar a amplitude que se deve emprestar ao conceito de bem, para efeito de compreensão do regime de sua proteção jurídica.

É interessante observar que o art. 125, item IV, prevê a competência dos juizes federais de primeira instância, para processarem e julgarem os crimes “praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou suas entidades autárquicas ou empresas públicas”. O que mostra que o conceito de bem público se aplica aos de propriedades de empresas públicas, tanto que as sujeitas a um regime processual especial, constitucionalmente disposto, igual ao aplicável às autarquias e à própria administração direta. (É aqui lícito o emprego de analogia, para assim também entender relativamente às empresas públicas estaduais e municipais).

Por outro lado, tratando das inelegibilidades, o art. 151 da Constituição prevê que a lei complementar as estabelecerá “com vistas a preservar a probidade administrativa” (nº II) e a “a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência ou abuso do exercício de função, cargo ou empregos públicos, da administração direta ou indireta (nº III).

Isto está a mostrar que o conceito de “administração indireta”, normalmente abrangente das empresas públicas e sociedades mistas, aí há de necessariamente se compreender, sob pena de quase total esvaziamento do próprio preceito constitucional.

Efetivamente, conforme a interpretação que se lhe dê, pode esvaziar-se sua eficácia, a ponto de torná-la nula. Esta consideração também mostra que função ou cargo, nessas entidades para este efeito, não de ser considerados públicos. Não parece dessarte exagerado entender que os bens, direitos, valores e interesses dessas entidades merecem igual proteção que os ontologicamente públicos (embora os meios de sua proteção possam ser diversos).

É também interessante observar que, decretado o estado de sítio, são autorizadas uma série de medidas excepcionais, inclusive o “uso ou ocupação temporária de bens de autarquias e empresas públicas, sociedades mistas ou concessionárias de serviços públicos, bem como

a suspensão do exercício de cargo, função ou emprego nas mesmas entidades" (letra g, § 2º do art. 156, da CF) em equiparação que indica igual estima constitucional por essas entidades, quanto ao regime de seus bens.

Aqui, outrossim, houve por bem o legislador constituinte — tendo em vista objetivamente a natureza dos regimes jurídicos e dos bens sob eles colocados — equiparar as sociedades mistas, empresas públicas e autarquias.

Por outro lado, o art. 170 — especialmente nos §§ 2º e 3º — atribui regime derogatório do regime geral às empresas públicas e às sociedades mistas, submetendo-as às normas aplicáveis às empresas privadas, evidentemente nas suas relações com terceiros, mas, jamais nas relações com o seu criador que é o próprio Estado (União, Estados e Municípios), relações estas de direito administrativo, configuradoras do instituto da tutela administrativa tão bem exposta por CELSO ANTONIO.

Este conjunto de considerações tende a indicar que os bens manejados ou manipulados por estas entidades devem ser considerados "públicos", para o efeito de controle financeiro e orçamentário. São dinheiros, valores, direitos (bens, enfim) que a comunidade, representada por uma pessoa política, aplicou numa atividade — tendo em vista uma finalidade, legalmente consagrada — e que merecem o mais amplo amparo.

Por último, é importante a consideração da disposição do § 31 do art. 153, que dispõe que "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular, que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas". Está aí cabal demonstração de que os atos lesivos, atingindo empresas públicas, sociedades mistas e fundações, mesmo as submetidas a regime de direito privado, mas criadas pelo Poder Público, também são alcançados pela disposição que cuida da ação popular.

Aliás, isto foi bem compreendido quer pela doutrina — especialmente de HELY LOPES MEIRELLES, JOSÉ AFONSO DA SILVA e CELSO BASTOS — quer pelo próprio legislador, quando emanou a lei de ação popular. E que, assim não fosse, toda vez que — por conveniência administrativa — o legislador resolvesse entregar à cura desse tipo de entidade (submetida a regime jurídico de direito privado) estes bens, eles escapariam à tutela onímoda, constitucionalmente disposta, em benefício do interesse público e como realização da eficácia do princípio republicano. Seria, efetivamente, despropositado que bens e interesses indisponíveis — cuja única razão de ser está no atender a uma utilidade pública (RUY CIRNE LIMA) — perdessem a especial proteção constitucional e legal, só porque, por conveniência operacional, o legislador colocou sua gestão sob regime privatístico.

O insigne SEABRA FAGUNDES, estudando o controle judiciário dos atos administrativos, não tem a menor dúvida em fazer compreenderem-se todos esses bens, sob esse regime, para os efeitos de preservação e proteção dos interesses e bens públicos.

f) Um exemplo sugestivo: o serviço de correios

Um exemplo especialmente sugestivo, cuja consideração tem grande alcance didático, merece ser lembrado, que é o do serviço público federal de correios. (Serviço público — na insuperável definição de CELSO ANTÔNIO — é “a prestação de utilidade material, fruível individualmente pelos administrados, sob regime de direito público”).

A Constituição federal dispõe de maneira clara e inequívoca no seu art. 8º que é da competência da União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (item XII) fazendo ver que o correio é típico serviço público federal, sequer passível de concessão, como acontece com aqueles previstos no item XV do mesmo art. 8º (Pela concessão, a atividade material é outorgada a pessoa diversa do titular do serviço, que, entretanto, não transfere a titularidade — e correspondente responsabilidade — por ele: só a execução é provisoriamente transferida: a titularidade é indelegável.)

Entretanto, o legislador ordinário houve por bem transformar o antigo órgão da Administração Direta (Departamento dos Correios e Telégrafos) em empresa pública — outorgando-lhe personalidade e submetendo-a a regime de direito privado — tendo em vista precisamente assegurar a obediência, para diversos efeitos, aos padrões do mercado, aos critérios de desempenho da atividade privada, para agilizar esse serviço, torná-lo expedito, eficaz, eficiente e versátil, à semelhança (e nos moldes) da empresa privada.

Parece de supina evidência que esses desígnios e os meios adotados para alcançá-los não podem ter a virtude de destituir da qualidade de “serviço público federal” à própria essência dessa atividade, que persiste sendo objetivamente — *ex vi* da Constituição — algo que não pode ser alterado nem direta, nem indiretamente pela lei.

Portanto, para determinados efeitos, puramente operacionais, o regime aplicável é o privado. Para, entretanto, os efeitos de preservação, manutenção, persistência, continuidade, eficiência, controle e fiscalização dos bens e dinheiros manejados por essa entidade, persistimos diante de serviços públicos federais e, portanto, sujeitos às conseqüências inerentes a esse caráter, que lhes é inalienável.

g) Conclusão

O legislador ordinário goza de liberdade ampla para descentralizar serviços públicos, criando entidades que deles se encarreguem: autarquias, sociedades mistas, empresas públicas, fundações.

Se se tratar de intervir no domínio econômico, só a União poderá fazê-lo, nas hipóteses consentidas pela Constituição.

Criando entidades que submete a regime de direito privado, assegurar-se-á que sejam expeditas, ágeis e eficientes no desempenho de suas funções. Se exercitarem serviço público, a razão juridicamente justificadora da adoção do regime de direito privado será a agilidade e eficiência de seu funcionamento. Se exercitarem atividade econômica, a razão será a obediência aos imperativos constitucionais, que exigem rigorosa igualdade, estimuladora da competição (salvo o caso excepcional de monopólio).

Em todos os casos, a criação de entidades regidas pelo direito privado é, por definição, ditada pelo interesse público. A adoção desse regime decorre de imperativo constitucional ou duma conveniência administrativa (definida pelo legislador, à vista do interesse público).

Esse expediente não pode servir, em nenhuma hipótese, para fraudar os designios constitucionais, relativamente à fiscalização e controle financeiro *lato sensu* sobre os bens, dinheiros e valores públicos. Seja qual for o meio eleito pelo legislador, aquilo que a Constituição colocou sob proteção especial — ao desenhar o sistema de controle financeiro — a esta proteção não escapa.

A circunstância, pois, de bens, direitos, dinheiros, valores etc., de origem pública, ou imputáveis de alguma maneira a pessoas públicas (ainda que só parcialmente), serem entregues a qualquer entidade, submetida a qualquer regime, não tem a virtude de excluir o controle financeiro externo (exercido pelo Legislativo).

Se fosse possível — diante do nosso direito positivo — afirmar-se escaparem tais bens (e seus gestores e responsáveis) ao controle financeiro, pela circunstância de o regime operacional da entidade ser privado, então todo o sistema constitucional de proteção a esses bens ficaria fraudado. Interpretar, portanto, dessa forma implica grave equívoco hermenêutico porque:

a) ou admite que a Constituição é flexível e pode ser alterada por lei ordinária;

b) ou declara que os preceitos (e princípios) de proteção aos bens públicos são inócuos e ineficazes, porque podem ter todas suas exigências fraudadas, por simples expedientes legislativos.

De todo exposto, parece-nos lícito concluir que o conceito de **bem** para o efeito de controle financeiro é o mais amplo possível, abrangendo dinheiros, direitos de conteúdo econômico e toda e qualquer coisa — em que o dinheiro se pode converter — imputável a qualquer título às pessoas públicas e às entidades da administração indireta, mesmo as regidas por regime de direito privado.

h) **Resumo**

1. O direito financeiro é sub-ramo, não autônomo, do direito administrativo. Tópico importante dele é o relativo ao controle e fiscalização da administração e emprego de dinheiros públicos, assim entendidos todos os dinheiros ou bens economicamente apreciáveis de algum modo imputáveis às pessoas administrativas (categoria de RUY CIRNE LIMA) ou governamentais (segundo a proposta de CELSO ANTÔNIO).

2. Segundo a relação de administração, informadora do direito administrativo, o gestor de coisa alheia deve não só obedecer aos desígnios impessoais tendentes à finalidade a que servem, como devem prestar contas ao **dominus** (ou quem lhe faça as vezes), por sua gestão (RUY CIRNE LIMA).

3. O princípio republicano, fundamental ao nosso direito público, postula a representatividade, periodicidade e responsabilidade dos exercentes de funções políticas, nas organizações estatais. Suas exigências se derramam por todo o sistema jurídico e implicam onímodos mecanismos de controle e fiscalização sobre os agentes e atos por eles praticados, no concernente ao interesse público, incluindo, necessariamente, os **bens** públicos.

4. Tal é o vigor dominante do princípio republicano, que sob ele a relação de administração ganha inusitada força, levando inexoravelmente o intérprete da legislação administrativa a ampliar os conceitos de **bens**, responsabilidade, administração, prestação de contas e outros instrumentais, quer da representatividade, quer da responsabilidade de todos os agentes públicos.

5. Assim, o legislador, auxiliado pelo Tribunal de Contas, tem o poder-dever (SANTI ROMANO) ou melhor o dever-poder (CELSO ANTÔNIO) de estender sua ação controladora e fiscalizatória sobre todos os agentes e todos os **bens** que de qualquer modo sejam relacionados com o interesse público, independentemente do regime a que a lei os submeta.

6. Dessarte, a eventual conveniência que inspire o legislador a criar entidades com personalidade de direito privado, ou submetê-las a regime privado não pode ter a virtude de atenuar e muito menos afastar o controle financeiro externo, constitucionalmente disposto. Só são admissíveis atenuações nos mecanismos de controle "interno", nesses casos.

7. Em conseqüência, devem entender-se por bens, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais ou imateriais, dotadas de valor econômico atual ou potencial, afetas de algum modo à atividade administrativa.