OS ORDENADORES DA DESPESA PÚBLICA E A APURAÇÃO DE SUA RESPONSABILIDADE

GUIDO J. KOPS

SUMÁRIO: — *A competência do Tribunal de Contas. Fiscalização da despesa pública. Os ordenadores de despesa. Apuração da responsabilidade. Competência do Legislativo, do Judiciário e do Tribunal de Contas. O Juízo de contas. O processo de apuração da responsabilidade. Conclusão.*

* I — Ao Tribunal de Contas, órgão autônomo e independente situado de permeio entre os Podêres Executivo e Legislativo, não está deferido o papel de permanente espada de Dâmocles a pender sôbre todos os movimentos dos agentes da administração, que entendem com a despesa pública. Ante os princípios inscritos na Constituição federal de 1946 (arts. 22, 76 e 77), é preciso discernir e desde logo situar em termos a competência reservada ao Tribunal de Contas.

Com vistas ao Poder Executivo, escapa à alçada do Órgão de Contas inspecionar a conveniência ou oportunidade dos gastos públicos, vale dizer, não aquilata nem perquire o merecimento da despesa. A razão simples dessa grande restrição está em que o Poder Executivo não pode ser privado da indispensável liberdade de ação e é único responsável por seus atos. Se a conveniência e a oportunidade do emprêgo da fortuna pública não consulta aos interesses do bem comum, tal fato carece da fôrça fiscalizadora do julgamento de sentido político, que só ao Poder Legislativo, como órgão representativo do povo, compete adequadamente formular.

* NOTA DA RED.: Tese apresentada ao III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Pôrto Alegre, em novembro de 1962.

Assim, se o orçamento anual não expressa um verdadeiro programa, mas é “feito a tesoura”, e, na sua execução, são realizados fundos cortes nas verbas da despesa, em realce maior ou menor de outros empreendimentos ditos prioritários, ao Tribunal de Contas nenhuma inspeção compete sobre o mérito de tais fatos, por envolverem responsabilidade política, a ser politicamente apreciada pelo Poder Legislativo. A êste é que compete “corrigir as demasias do Presidente da República, submetendo-o a processo de responsabilidade, negando-lhe os meios pecuniários para o desempenho de suas funções, rejeitando o veto por dois terços dos sufrágios dos membros das duas câmaras” (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Vol. I, pág. 405).

Tôdas as questões puramente políticas — é a autorizada lição de Rui — têm por objeto a apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente (*apud* Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, pág. 608).

O conceito de mérito no Direito Administrativo, longamente analisado e debatido pela maioria dos juristas, pois que foge ao conhecimento do próprio Poder Judiciário, obteve do preclaro M. Seabra Fagundes estas oportunas reflexões:

“O mérito do ato administrativo constitui um aspeto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. (*Omissis*) O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é, ou não é, o que deveria ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam,

uniformemente, como o aspeto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal” (*O Contrôlo dos Atos Administrativos*, 1957, págs. 170 e 174).

Tais circunstâncias decorrem da própria índole e harmonia de poderes e do imperativo de assegurar a cada um dos poderes o livre exercício de suas atribuições constitucionais. Não é, pois, nesse campo que se alteia a esfera de competência do Tribunal de Contas, embora, na expressão de Castro Nunes, sua existência e destinação se expliquem em função da atribuição política dos parlamentos no exame das contas de cada exercício financeiro, como órgão auxiliar e preparador daquela função (*opus cit.*, pág. 26) (Const. fed., art. 22).

A competência do Tribunal de Contas se confina em outro sentido e se traduz em diferente manifestação. Cuida, isso sim, de que o orçamento seja executado com realidade, de que seja cumprido segundo a lei que o aprovou, de que os programas de trabalho sejam cumpridos em consonância com os créditos correspectivos, observados sempre os princípios constitucionais e legais que disciplinam a correlata matéria financeira e de contabilidade pública. Emerge aí com amplitude sua função de fiscal da administração financeira, “cooperando com o Legislativo na sua missão de controle da execução orçamentária” (Pontes de Miranda, *Comentário à Constituição de 1946*, Vol. II, pág. 93). As eventuais lesões ao patrimônio público, que escapassem à vigilância financeira do Tribunal de Contas, contam ainda neste passo, segundo Vitor Nunes Leal, com o corretivo judicial da ação popular (*apud* M. Seabra Fagundes, *opus cit.* pág. 162).

A esfera de competência do Tribunal de Contas se espalha também no julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos. Sobreleva aí, embora restrita, sua função judicante, porque suas decisões sobre as contas desses responsáveis se equiparam, pelos seus efeitos, a sentenças judiciárias.

II — Na despesa pública a figura do ordenador é viga mestra a ser aguçadamente examinada, por isso que tôdas as contas públicas resultam de uma ordenação ou autorização, vale dizer, de um fato material que tem alguém como autor e responsável. A história republicana ainda não havia criado o Tribunal de Contas e já êsse ângulo preocupava os precursores da

importantíssima instituição. O erudito A. O. Viveiros de Castro, em seu alentado e patriótico *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 1914, págs. 696/698, abre, nesse sentido, merecido espaço à sustentação acurada, feita por eminentes estadistas quando Ministros da Fazenda:

“(A Diretoria Geral de Tomada de Contas do Tesouro) . . . é impo-
tente contra o Ministro ordenador da despesa, de quem depende e a quem
obedece. O Ministro presta contas a esta Câmara, que muito embora nomeie
uma comissão para as tomar — a mais importante de tôdas as comissões, se
fôsse uma realidade — nada pode fazer, sôbre serem apresentadas com dois
anos de atraso, quase sempre quando os Ministros, que ordenaram as despesas,
já deixaram de ser Ministros, . . .” “Com tais meios de despender os dinhei-
ros públicos sem responsabilidade, que garantias oferece a lei do orçamento,
por si só? Que dedicação, que honestidade, que zêlo se pode esperar dos
funcionários subalternos, que testemunham o procedimento ilegal e crimi-
noso dos seus superiores?” (Gaspar Silveira Martins, *Relatório de 1878*).

— “A tomada de contas em relação à despesa pública deve atender à
ordenação e à execução. Até aqui, pode dizer-se sem mêdo de errar, só se
tem atendido à execução das despesas, ficando a ordenação fora do alcance
fiscal; e, entretanto, é esta a parte principal. É na ordenação que se podem
dar os maiores e mais graves abusos.” (Visconde de Ouro Preto, *Relatório
de 1879*).

Constata-se, portanto, que a figura do ordenador da despesa importa
preocupação que remonta às fontes mesmas da criação do Tribunal de Con-
tas. Em essência, não deixa de interferir com sua própria *ultima ratio*.

As mais variadas circunstâncias, em que pode ser colhido qualquer ato
de despesa pública, conduzem inflexivelmente ao autorizador ou ordenador
dessa despesa. No âmago da despesa se revela sempre um ordenador. De
consequência, êste assume a primeira e mais importante responsabilidade
na efetivação da despesa. Por outra, a nota tônica da responsabilidade se
insere imanente na figura do ordenador ou autorizador.

Fiscalizar, pois, o ordenador e apurar sua responsabilidade, nos casos
pela lei expressamente estabelecidos, envolve prescrutar a essência do me-
canismo da despesa e ferir sua parte mais sensível.

A parcimônia, a timidez e a precariedade com que até agora a legislação
tem focado esta matéria, praticamente só tem redundado na criação de
contingências e empecilhos ao Tribunal de Contas, cuja atuação nesse sen-

tido é reduzida a um mínimo insatisfatório, por prenhe de dúvidas. A equação de tão importante tema, foi colocada por José Matos de Vasconcelos nestes termos veementes e incisivos, em conferência que pronunciou em Pôrto Alegre (1947):

“Sorte vária estaria reservada ao nosso Tribunal de Contas, durante mais de meio século de sua vida institucional. Organismo nôvo, pouco conhecido entre nós, incompreensão de uns, má-fé de outros, sobretudo dos ordenadores de despesas ilegais, foi, a duras penas, que êle se implantou, a despeito dos descrentes e recalcitrantes”. “Avanço, sem mêdo de errar, que a fiscalização posterior só pode dar resultado nos países em que se torne efetiva e real a apuração da responsabilidade dos que hajam violado a lei orçamentária, sem distinção de pequenos ou de grandes, nestes incluídos o Presidente da República, os Secretários de Estado e os Governadores. Destarte, perguntaria aqui: já se teve notícia de que algum Secretário de Estado ou chefe de repartição sofresse qualquer sanção de qualquer natureza por ato atentatório perpetrado contra a lei orçamentária? Não é o Brasil o país dos fatos consumados? A resposta entregá-la-ei à vossa meditação e atilamento na solução filosófica de tão grave problema”.

“No que tange ao regime presidencial, conviria não esquecer o que disse Leopoldo de Bulhões perante o Congresso, isto é: as ordens de pagamento são expendidas pelos ministros, sem ciência do presidente da República, as mais das vêzes e, no entanto, é êste o responsável por elas. O Tribunal evitará que uma despesa ilegal se faça e, se ela fôr inadiável, o chefe de Estado a decretará sob sua responsabilidade. Achava Bulhões, por isso mesmo, que o registro prévio seria até mais recomendável na forma presidencial do que na parlamentar” (*Revista Forense*, 115, págs. 307/309).

O Tribunal de Contas, no Brasil, adota um sistema eclético de fiscalização. Mas a prevalência está sendo orientada no sentido de ampliar, sempre que possível, o sistema da fiscalização prévia. Essa tendência, assaz louvável, não elide de todo as situações difíceis da fiscalização posterior. É senão um paliativo. Forçoso reconhecer mais dia, menos dia, e ante a premência cada vez maior da consciência cívica, que o problema necessita ser encarado de frente, em busca de solução consentânea com a vivência da realidade. A oposição e o contraste em que são colocados os sistemas de fiscalização prévia e posterior, permanecem naturalmente atenuados sob uma orientação eclética. Contudo, a especulação sôbre o melhor virtuosismo de qualquer dos dois sistemas de fiscalização poderia ser reduzida, entre nós, a um quase

academismo, fôsse melhor enfatizada e especializada a figura do ordenador da despesa e fôsse pronta e célere a apuração de sua responsabilidade, consoante aliás o exige o interêsse público e a própria razão de ser do Tribunal de Contas.

III — O exame e inspeção de qualquer despesa pública necessita, é certo e antes de mais nada, identificar o ordenador ou autorizador dessa despesa. Daí a importância da legislação especializar *ab initio* qual a autoridade competente para requisitar e utilizar a fortuna pública e em que termos e extensão essa faculdade pode ser delegada a determinados chefes de Repartição, tudo sob o contrôle natural do Tribunal de Contas.

Para êsse efeito cumpre desde logo distinguir os ordenadores, chamados “condutores políticos”, dos ordenadores ditos “funcionários profissionais”. O eminente jurista Rui Cirne Lima, com aguda visão habitual, assim caracteriza a diferenciação existente entre ambos:

“Condutores políticos são essencialmente todos quantos, isoladamente ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estatal, determinar funções, ordenar serviços, fixar competências”. “São, antes de tudo, portadores de idéias”.

Quatro característicos, independentes entre si, sinalam o funcionário público profissional: a) a natureza técnica ou prática do serviço prestado; b) a retribuição, de cunho profissional; c) a vinculação jurídica à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município; d) o caráter permanente dessa vinculação, segundo uma disciplina legal específica” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 1954, págs. 164 e 163).

Essa diferenciação é fundamental no exame da ordenação de despesa pública, pois que é distinta a responsabilidade decorrente e diversa a sanção cominada, segundo adiante se verá. Dentre os condutores políticos, que entendem com o presente estudo, se enumeram: o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Governador, os Secretários de Estado, o Prefeito e os Secretários Municipais. Êsses ordenadores, pelas funções que lhes incumbem e que condicionam as fôrças da ação administrativa, são detentores primários e originários do emprêgo da fortuna pública. Daí porque costumam ser denominados “ordenadores primários”, em oposição aos “ordenadores secundários”, que são normalmente os funcionários públicos profissionais, aos quais os primeiros quase sempre delegam competência para disporem de dinheiros públicos (Regulamento Geral do Código de Contabilidade Pú

blica, Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922, arts. 264 e 277; Lei federal n.º 830, de 23-9-1949, que reorganiza o Tribunal de Contas da União, art. 63 e §§). Um gracejo francês entende “*que la principal utilité des ministres était d'autoriser les fonctionnaires à commettre des infractions*” (Gilbert Devaux, *La Comptabilité Publique*, Paris, 1957, pág. 29).

O mencionado publicista, a par dos ordenadores primários e secundários, distingue ainda os subordenadores secundários, os autorizadores e os agentes de execução. Os subordenadores secundários não estão em relação direta com os ordenadores primários, e sim, com um outro ordenador secundário que lhes subdelega parte de poderes. Os autorizadores são os colaboradores imediatos dos ordenadores (principais e secundários), que lhes conferem, aos autorizadores, por ato expreso de delegação de assinatura, o direito de os substituírem dentro de certos limites. Conumeram-se dentre os autorizadores, os diretores e chefes de serviço, os chefes de gabinete, secretários gerais, etc. Os agentes de execução são os demais funcionários em geral (obra cit., págs. 52, 53, 58).

Embora dentro do sistema administrativo francês, Gilbert Devaux só reconheça qualidade jurídica de ordenadores aos primários e secundários, assumindo os autorizadores apenas aparentemente o papel de ordenadores, entendemos preferível no atual estágio administrativo brasileiro equiparar juridicamente os ordenadores secundários e os autorizadores, especialmente nas hipóteses de concessão de adiantamentos.

Nessa ordem de idéias, para a necessária identificação do ordenador da despesa, a regra contida no art. 264 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública deveria ser complementada com o depósito obrigatório junto ao Tribunal de Contas, do espécime de assinatura dos ordenadores primários, como secundários, de molde a representar a omissão desse depósito questão prejudicial no sistema de fiscalização prévia, e agravante na fiscalização posterior. Não se compreende que tão importante função como a da ordenação de despesa pública tenha descurado esse aspecto, quando qualquer mandato na órbita do direito privado ou a simples emissão de cheques bancários, estão sujeitos à identificação do espécime de assinatura. Ademais, o depósito da firma, com as demais características exigidas pelo art. 264 citado, haveria que ser feito em tantas vias, quantas necessárias ao atendimento célere do serviço.

Importância maior, na identificação dos ordenadores de despesa, adquire a especialização, pela lei, dos atos que importam em ordenação ou autori-

zação de despesa pública. Neste passo, valiosos são os subsídios oferecidos por Vitor Amaral Freire, Assistente Técnico do Tribunal de Contas de São Paulo, em trabalho apresentado ao II Congresso de Tribunais de Contas do Brasil (*Fixação da Responsabilidade dos Pagadores e dos Ordenadores*, Bahia, 1960). Esse oportuno estudo realça a necessidade de serem dissociadas as funções ordenadoras e as funções pagadoras, de sorte a permitir melhor fixação de suas responsabilidades, idéia agora já acolhida na nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas de São Paulo (Lei n.º 6.816, de 22-6-62, arts. 51, 52, 64, 65, 66, 68 II, e 115).

No mesmo sentido, e mesmo com idêntica redação, já dispõem também os arts. 36, 37, 46, 47, 48, 50 II e 86, do Projeto de Lei Federal n.º 4.327/62 (*Organiza os serviços do Tribunal de Contas do Distrito Federal*), apresentado por José Bonifácio à Câmara dos Deputados. A estreiteza do conceito de ordenador, extraída, para os casos de concessão de adiantamento, da regra contida no art. 266 do Reg. Geral de Contabilidade Pública, merecia de vez o alargamento que a realidade dos fatos comporta.

Ainda o referido Projeto de Lei Federal contém importantíssimo preceito de ordem geral, sem similar no protótipo paulista, e que com boa razão delimita o formalismo inserido na disposição do art. 221, segunda parte, do Regulamento Geral de Contabilidade Pública. É do seguinte teor: “Art. 100 — Quando o ato irregular tiver sido praticado por ordem superior, a responsabilidade estender-se-á também à pessoa do ordenador.”

Essas iniciativas felizes e pioneiras bem evidenciam a atenção maior que o assunto já está a merecer também de parte do legislador. Certo que sem uma clara enunciação legal dos atos que envolvem ordenação de despesa pública, deferida a determinados agentes da administração, não há que falar apropriadamente em apuração da responsabilidade dos ordenadores. No entanto, reside nesta matéria, o ponto mais importante, sensível e moralizador da despesa pública.

IV — Apurar ou promover a responsabilidade dos ordenadores ou, simplesmente, responsabilizar os ordenadores, é fazer com que através de punição, respondam pelos atos de ordenação de despesa, verificada ilegal ou ilegítima e que lhes é imputada. A tipicidade da responsabilidade, imaneente ao poder maior e originário ou menor e delegado de ordenação de despesa (V. n.º III, supra), conferirá competência, *ratione muneris*, ou ao Poder Legislativo, ou ao Tribunal de Contas, para apurá-la e sancioná-la

(V. n.º I, supra). O motivo determinante da ordenação da despesa, endereçado ao bem público ou contrário a êle no todo ou em parte, motivo que constitui o escopo ou fim de tôda a despesa, poderá também conferir competência ao Poder Judiciário para apurar a responsabilidade.

O desempenho importante do Tribunal de Contas quer no exercício de sua competência privativa, quer em cooperação com os Podêres Legislativo e Judiciário, encontra neste passo a sua própria razão de ser e merece por isso o maior realce, pois é o ensejo maior em que os seus membros, "fortes no seu dever, crenes na lei que os protege, seguros da consciência que os arma, sacodem a cabeça a requisições indignas dos interesses que os obsediam" (Rui *apud* A. O. Viveiros de Castro, *opus cit.*, pág. 748) e, no estrito cumprimento de seu dever, promovem e auxiliam a promover a responsabilidade dos ordenadores.

Dentre os ordenadores primários na esfera federal, o chefe do govêrno, — excetuadas as hipóteses de crimes comuns, deferidos à apreciação do Judiciário, — tem a sua responsabilidade funcional apurada pelo Poder Legislativo, não apenas em razão de despesas ilegais e ilegítimas que ordenar, como ainda de irregularidades nas contas que anualmente deve prestar, e de outros ilícitos definidos na Lei federal n.º 1.079, de 10-4-50 (define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento). Esta competência do Legislativo, representante que é do povo, é uma decorrência natural do regime democrático (Constituição federal, art. 22; 62, I; 66, VIII; 77, §§ 3.º e 4.º; 89, V, VI e VII, com as modificações introduzidas pelos arts. 5.º e 18 do Ato Adicional de 2-9-61; Lei n.º 830, art. 56).

Dentre os crimes de responsabilidade funcional capitulados na Lei n.º 1.079 citada, dizem respeito imediato com a ação fiscalizadora do Tribunal de Contas os que forem cometidos atentando contra: 1. a probidade na administração; 2. a lei orçamentária; 3. a guarda e o legal emprêgo dos dinheiros públicos. Os arts. 9.º, 10 e 11 tipificam nesse sentido dezesseis delitos. A penalidade consiste na perda do cargo, com inabilitação, até 5 anos, para o exercício de qualquer função pública.

Os demais ordenadores primários, que não o chefe de govêrno, quando, em conexão com aquêle, praticarem os mencionados delitos, têm a sua responsabilidade também apurada pelo Poder Legislativo (Constituição federal, art. 92 — segunda parte; RGCP, arts. 876 e 881, ambos *in fine*, Lei n.º 830, art. 63; Lei n.º 1.079, art. 13, n.º 2). Quando os praticarem isolada-

mente, têm a sua responsabilidade apurada pelo Judiciário (Constituição federal, art. 92 — primeira parte).

A Constituição estadual do Rio Grande do Sul defere ao Judiciário a apuração da responsabilidade dos ordenadores primários estaduais, mediante prévio assentimento da Assembléa Legislativa.

Embora qualquer cidadão possa denunciar os ordenadores primários perante o Poder Legislativo (Lei n.º 1.079, arts. 14 e 75), é de singular estranheza que nas hipóteses do art. 4.º, n.s. V, VI e VII (equivalentes ao art. 89, ns. V, VI e VII, da Constituição federal, modificados pelos arts. 5.º e 18 do Ato Adicional) não esteja deferida qualquer iniciativa ao Tribunal de Contas, por se encontrar em melhores condições de formular denúncia ante a função que lhe está cometida pelo art. 22 da própria Constituição federal. E como a denúncia só pode ser recebida enquanto o denunciado, por qualquer motivo, não tiver deixado o cargo (*sic!*), é imperioso que o Legislativo seja pôsto a par do ilícito funcional com a maior brevidade, circunscrevendo-se para tanto a prazos incisivos o mecanismo do art. 77, § 3.º, da Constituição federal.

De uma forma geral a apuração da responsabilidade dos ordenadores primários tem sido alvo de ferrenhas críticas, de vez que na prática se torna inexequível, por complicado em demasia, o sistema armado pela Lei n.º 1.079. Devido à crise moral, que chegou a índices nunca vistos, também há longo tempo é presenciada no país a crise de direção política, encastelada na absoluta impunidade que na prática se estabeleceu.

Neste passo, uma articulação maior e mais freqüente do Tribunal de Contas com o Poder Legislativo, só tende a garantir a eficácia da fiscalização financeira parlamentar. Ademais, no que tange à ordenação de despesa pública, carece de revisão a pena instituída pelo art. 2º da Lei n.º 1.079, para lhe ser inserida certa flexibilidade, melhor ajustada às circunstâncias e à natureza dêsse ilícito funcional. De consequência carece também de modificação o conteúdo do art. 15, da mesma lei, de vez que o afastamento do cargo, por qualquer motivo, não tem o condão de fazer convalescer o ilícito. A denúncia poderia prescrever senão em 5 anos, contados da data do fato.

Além dos casos incidentemente já referidos, compete ao Judiciário apurar a responsabilidade de todos os ordenadores, quer primários, quer secundários, desde que incursos, dentre outros, em crimes comuns contra

a administração pública, como os capitulados nos arts. 312 e seguintes do Código Penal. O julgamento dos ordenadores primários carece em geral do assentimento do Poder Legislativo, estabelecendo-se, na prática e a pretexto da independência dos Podêres, uma imunidade, que necessita ser reconsiderada em têrmos, como a vigente nos Estados Unidos da América, para que não se alteie a absoluta impunidade. Não se pode confundir o Poder todo com alguns de seus agentes, particularmente se êstes incorrem em ilícito funcional, ora focado sob o ângulo da utilização da fortuna pública.

Embora o Tribunal de Contas seja o juízo constitucional de contas por excelência, as limitações delineadas acima confinam sua competência entre Podêres. Não apura a responsabilidade dos ordenadores primários ou condutores políticos. Deve nesse sentido oferecer apenas cooperação, pouco compreendida, pôsto que muito valiosa. Ainda, nos casos de crimes comuns contra a administração pública, tais como o peculato, o emprêgo irregular de verbas ou rendas, a concussão, a corrupção passiva, desde que refletidas nas contas públicas, sua ação é de primeira linha para levar o Ministério Público a propor a competente ação penal. Dentro dêsse círculo, apenas os ordenadores secundários estão postos sob sua jurisdição privativa.

Visualizando em admirável síntese esta posição importante da Côrte de Contas, quer na qualidade de juízo privativo das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, quer na qualidade de órgão de cooperação, um dos sempre respeitáveis e autorizados Ministros do Supremo Tribunal Federal, o eminente Costa Manso, comentando ainda a Constituição de 1934, já assim se pronunciava:

“(O Tribunal de Contas) é, como o são estas corporações (o Supremo, a Câmara dos Deputados e o Senado), um dos elementos constitutivos dos Podêres Políticos da República” (*apud* Elmano Cruz, “Da competência do Tribunal Federal de Recursos”, *Revista Forense*, vol. 120, pág. 25).

E como elemento constitutivo dos Podêres Políticos da República, compete ao Tribunal de Contas “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos...” (Const. fed., art. 77, II).

As contas públicas, de resto sabido, estão sujeitas a uma disciplinaação própria e especializada, objeto de matéria legal, e a esta se devem estritamente ater, em face da mais alta relevância do interêsse público que as preside, tanto que está instituído um Tribunal de Contas para julgá-las. Julgar *as* contas, ou julgar *das* contas, são expressões perfeitamente equi-

valentes na lição exaustiva e erudita de Castro Nunes (obra cit., pág. 27 a 29).

O Tribunal de Contas julga as contas, — timbram os tratadistas em realçá-lo, — mas não julga os responsáveis. O julgamento tem por objeto unicamente as obrigações pecuniárias, mas não atinge a própria pessoa do responsável.

Nem tanto à terra, nem tanto ao mar! Mereceríamos acaso o mais sério e temido reproche se disséssemos que o Tribunal de Contas não julga as contas, mas julga, sim, as contas dos responsáveis, ou até, *julga os responsáveis* em face de uma situação de contas por eles produzida? Estaria alterado, com essa locuções, o significado da competência jurisdicional do Tribunal de Contas? Pensamos que não.

É impossível formular um juízo pleno sôbre alguma conta, sem lhe relacionar a autoria e o sentido de sua elaboração, sob pena de subsistir mera especulação do domínio das matemáticas. As contas públicas são a expressão material de uma relação jurídica de direito administrativo existente entre o agente da administração e os bens de propriedade do Estado.

O Tribunal de Contas examina e ajuíza essa relação de administração. As contas são o ponto de partida para alcançar o responsável e definir sua situação perante a Fazenda. O Tribunal de Contas, forçoso convir, julga contas de *alguém*, julga contas *dos* responsáveis, que a todos eles corre o imperioso dever de prestá-las (RGCP, art. 878). Há portanto prestadores de contas, que são julgados em face da situação dessas contas, por eles produzida e determinada. Porque as contas são obra perfeita ou imperfeita de algum agente, constituem, no caso, responsabilidade de alguém. Se essa responsabilidade se desenvolveu dentro dos cânones prescritos pela lei, as contas são tidas como boas e o ato do Tribunal de Contas libera de responsabilidade ao agente, *julgando-o quite*. Em hipótese contrária, observará o Tribunal de Contas o desdobramento de responsabilidades, cujo ápice poderá consistir no *julgamento do responsável em alcance*.

No exposto sentido, por demais sugestiva é a própria Lei nº 830, já referida, quando dispõe em seu art. 39: “O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa *sôbre as pessoas* e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange *todos os responsáveis* por dinheiros. . . , bem como os *herdeiros, fiadores e representantes* dos preditos responsáveis.” Idêntica é a redação do art. 38 da Lei paulista n.º 6.816, já mencionada, e do art. 23 do projeto de lei nº 4.327/62 da Câmara dos Deputados, que apenas con-

densaram os “fiadores e representantes” no termo “sucessores”, alis com boa tcnica, de vez que aqules se sucedem na responsabilidade dos agentes responsveis.

J se observa que, conquanto incomunicvel a pena criminal, restrita pessoa do delinqente, as sanes impostas pelo Tribunal de Contas aos responsveis, contrriamente, se transmitem aos seus fiadores e at aos seus herdeiros.

Alis, uma boa razo para restringir o julgamento do Tribunal de Contas s contas e no aos responsveis, est em no lembrar a distino existente entre o Direito Penal Comum e o Direito Administrativo Penal.

“Conquanto a aplicao do Direito Penal Comum seja da exclusiva competncia do Poder Judicial — adverte Ribas — no se deve privar a administrao pblica da atribuio de reprimir e prevenir pela punio aqules atos que, embora a conscincia da nao algumas vzes os no qualifique como criminosos, opem tropeos ao desenvolvimento regular da ao administrativa e prejudicam a causa pblica” (*apud* Rui Cirne Lima, obra cit., pg. 214).

Aps analisar um erudito discrine entre os mencionados ramos penais do direito, assim conclui Rui Cirne Lima, com sua reconhecida autoridade:

“No subsistem, no Direito Administrativo Penal, portanto, os princpios mais caractersticos do Direito Penal. Subsistem, certo, as noes fundamentais da violao da regra jurdica e da necessidade de reparao do mal assim causado. Mas os princpios de realizao dessa restaurao da ordem jurdica variam profundamente. Sob a inspirao prpria do Direito Administrativo, que se enunciam as bases prticas do Direito Administrativo. Essa seo do Direito Administrativo no se identifica, desta sorte, com o Direito Penal, nem se reputa ramo dste ltimo; acusa, sem dvida, algumas das feies dle, que lhe foi origem, mas encontra-se, por outro lado, indissolvelmente integrada na economia de um outro sistema jurdico, a cuja organizao definitivamente pertence e a cujo ritmo evolutivo para sempre obedece.” (obra cit., pgs. 216 e 217).

Ora, a administrao pblica de que fala Ribas, h que ser tomada, hoje, como atividade governamental em geral. De sua vez, “atividade governamental no o mesmo que atividade do Poder Executivo. A palavra “govrno” tambm empregada na acepo ampla de *podres pbli-*

cos. Demonstra-o João Barbalho no seu comentário ao art. 6º da Constituição de 1891” (Costa Manso, *lug. cit.*). No exercício constitucional, portanto, de poderes públicos ou de administração pública, compete ao Tribunal de Contas *julgar os responsáveis por contas*, sob sua jurisdição, segundo o Direito Administrativo Financeiro e segundo o Direito Administrativo Penal.

Daí porque e sob um certo mas restrito sentido, com amparo na própria lei e no objetivo constitucional, se pode tranquilamente falar — pensamos confiante — em que o Tribunal de Contas não julga apenas as contas, mas julga as contas dos responsáveis, como por outra, julga os responsáveis por contas, que se encontrem, os responsáveis, sob sua jurisdição própria e privativa.

Os ordenadores de despesa pública, no geral, não são prestadores de contas, nem contas há que lhes devam ser tomadas. Encontram-se quase sempre em superior posição hierárquica à dos verdadeiros prestadores de contas. Desconhecem freqüentemente o próprio teor material das contas a que sua voz de comando deu origem. Sequer detêm a posse material dos dinheiros e outros bens públicos, postos senão em mãos de exatores, tesoureiros, pagadores, almoxarifes, etc. Todavia, nem por isso deixam de ser responsáveis por aquêles mesmos dinheiros e outros bens públicos. Pelo contrário. São antes os responsáveis maiores, porque comandam e ordenam a utilização da fortuna pública.

Essa responsabilidade maior dos ordenadores e autorizadores de despesa pública, por si só, está a exigir que nêles seja concentrada a atenção maior do Tribunal de Contas e o interêsse mais alevantado do legislador. O aparato de cenário formal das contas não pode estar a distrair a competência do Tribunal de Contas, que a Constituição lhe deferiu com ampla energia e preponderante objetivo. A inspeção dos bastidores é que necessita ser franqueada, antes, durante e após o espetáculo, pois ali é que fazem casa os responsáveis maiores. Nem a franquia dêsses bastidores se afigura suficiente. Sua inspeção *in loco* deveria ser obrigatória. Não admira, pois, que “a opinião generalizada é de que o Tribunal de Contas é ineficaz” (Cf. Temístocles Cavalcânti, *in Revista de Direito Administrativo*, 1961, vol. 65, página 388). De resto, “a regulação de um texto da Carta Magna, que o frustra no seu objetivo, implica tanto em violá-lo como se dispusesse, literalmente, em contrário ao nêle estipulado” (Cf. M. Seabra Fagundes, *in Revista de Direito Administrativo*, 1961, vol. 65, pág. 57). Assim incansável permanece o

dever de eliminar a pobreza da atual legislação ordinária sobre assunto de tão grande monta.

A natureza múltipla da responsabilidade dos ordenadores está em proporção direta com a natureza das infrações que praticarem. A gama de infrações se estende desde a preterição de formalidade e inobservância de prazos, perpassa vários tipos de faltas funcionais, alcança a moralidade dos atos e se conclui finalmente na malversação, na falsidade e no dolo.

O ato de ordenação de despesa que violar a lei ou regulamento, ativa ou passivamente, de modo voluntário ou intencional, ou por negligência ou imprudência, dá lugar à punição. A regra é extraída do art. 159 do Código Civil, inteiramente aplicável à espécie. O Tribunal de Contas, julgando a legalidade da despesa ou julgando a legalidade da ordenação que a preside, se reconhecer a prática de infração à lei, é competente para sancionar essa infração.

O exame da legalidade do ato administrativo mereceu do ilustrado M. Seabra Fagundes, com peculiar acuidade, extensa conceituação, que vêm ao propósito referir sob alguns tópicos:

“Os conceitos de legitimidade e de mérito se repelem. Aquêlê diz com a aplicação da lei. Se na prática do ato administrativo esta é aplicada com adequação à situação de que nêle se cogita, o ato administrativo se diz legal ou legítimo. Quando, ao invés disso, o administrador omite sua aplicação (não-aplicação), ou a aplica errôneamente (indevida aplicação), diz-se que corre ilegalidade ou ilegitimidade.” “Se um dos elementos essencialmente integrantes do ato (vinculado) é o motivo, se sem êle êsse não existe, o constatar a falta de razão prevista em lei, como imprescindível à prática do ato, significa reconhecer a sua desconformidade com a norma legal, ou seja, a carência nêle de um dos elementos que a lei supõe devam integrá-lo”. “A finalidade do ato é examinada como aspeto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. A desvirtuação da finalidade pode tornar o ato ilegal. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fêz do poder foi o melhor”. E sintetizando: “A análise da legalidade tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifesta-

ção da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade, e à forma” (*O Contrôle dos Atos Administrativos*, págs. 174, 175, 180 e 168).

Contudo, legislação há que determina seja realizado o exame não apenas da legalidade como da *moralidade* do ato ou das contas. Exemplos: art. 216 do RGCP; art. 88, Parágrafo único, da Lei nº 830; art. 23, parágrafo único, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul.

O exame moral é senão um aspeto do exame legal quanto à finalidade imposta pela lei ao ato. A moralidade se enquadra na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes do ato (Cf. Castro Nunes, obra cit., pág. 618).

Os dinheiros públicos são patrimônio do Estado, constituem propriedade sua (art. 809 do RGCP), que está adscrito a uma finalidade obrigatória, vale dizer, se destina à aplicação mediata do custeio dos serviços públicos. Serviço público é todo o serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado. A condição de existencial filia a noção de serviço público ao conceito de utilidade pública, que se lhe encontra, ao serviço público, implícita (Cf. Rui Cirne Lima, obra cit., págs. 84, 86, 87). As contas oriundas de ato do ordenador, devem ater-se no mínimo a fins legítimos, isto é, devem confinar-se a uma causa final, a um objetivo, embora mediato, de utilidade pública. Mais ainda. Devem cingir-se não à utilidade pública em geral, senão àquela utilidade pública específica, determinada pela lei respectiva. “*Quando la ley determina en forma objetiva cuál es el interés que trata de satisfacer, — observa Bartolomé A. Fiorini — todo el contenido de la norma se halia en relación com la necesidad determinante... El administrador no tendrá como guia determinante de su apreciación los intereses públicos, si no el interés público que ha sido determinado por la lei respectiva. Ese interés es fin objetivo y causa de la sanción de la norma legislativa*” (apud Rubem Rosa, in *Revista de Direito Administrativo*, 1961, vol. 65, págs. 225/226).

Nos casos de presunção legal de alcance — presunção que é relativa e não absoluta, eis que cede à prova em contrário — costuma a lei realçar a necessidade de um exame mais detido dêsse aspecto moral da legalidade. É que o desvirtuamento dos fins reflexamente conduz à motivação, onde pode estar agasalhado o dolo, a fraude e a malversação, cumprindo seja então denunciado o ordenador perante o juízo criminal. O exame moral pode também deparar com o *dolus bonus* (Cf. Souza Neto, *O Motivo e o Dolo*, 1956, pág. 12), isentando o ordenador de punição maior.

Não por último, os vários aspetos que integram o exame de legalidade da ordenação de despesa, podem desvendar a prática de faltas funcionais contra a administração financeira. A especialização das faltas funcionais, em se tratando de ordenadores secundários, deve ser buscada, de preferência e para o resguardo da unidade do sistema, nos protótipos dos crimes funcionais dos ordenadores primários, sinalados nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 1.079, enquanto couberem.

A variada natureza das infrações legais, envolvendo responsabilidade maior ou menor, exige natural correspectividade na graduação da punição. Poder-se-ia, resumidamente, orientar a matéria no seguinte delineamento:

1. Preterição de formalidades, simples irregularidades, inobservância de prazos, *dolus bonus* e boa fé: (desde que não se trate de faltas funcionais).

Pena — multa pecuniária de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 50.000,00, dobrada na reincidência.

2. Faltas funcionais contra a administração financeira em geral:

Pena — multa pecuniária de até 20% da quantia a que a ordenação tiver dado causa, aumentada do dôbro na reincidência inclusive com suspensão do exercício das funções até 30 dias.

3. Nos casos de dolo, fraude e malversação:

Pena — reposição integral da quantia a que a ordenação tiver dado causa, e ciência do fato ao órgão competente do Ministério Público para efeitos de propositura da ação penal cabível.

A prisão administrativa e o seqüestro de bens comportam indagações especiais.

Uma advertência, para a prática do sistema, se torna obrigatória. Afastado que normalmente se encontra o Tribunal de Contas do tempo e lugar em que se desenvolve o poder de ordenação da despesa, dificilmente estará em condições de surpreender as ilegalidades mais graves, geralmente acobertadas e mesmo cuidadosamente revestidas das formalidades legais. Por igual, desacostumado que está de organizar e realizar verificações locais permanentes nas Repartições, difficilimo lhe será desvendar qualquer malversação. Sem a possibilidade de exame contábil nos livros dos fornecedo-

res por contratos, que a tanto êles próprios se poderiam obrigar, duvidoso possa conhecer qualquer fraude. E no entanto, a eficácia dos sistemas inglês, alemão e norte-americano, reside precipuamente no contato direto e freqüente entre a fiscalização e os agentes da administração.

Nesta matéria, o Tribunal de Contas haveria que dar um premente passo à frente. Não que necessitasse delegar, aos funcionários de seu quadro, competência para decidir, mas que êstes se dispusessem pelo menos à coleta de dados e à elaboração de relatórios. Evitar-se-ia, desta forma, o êrro fundamental de julgar a infração do ordenador num plano apenas exterior, em vez de examinar o conjunto de seus atos para melhor concluir se houve ou não infração e em que extensão esta se produziu (Cf. Gilbert Devaux, obra cit. págs. 80, 81).

Dentre as medidas preventivas haveria que ser invocado o fortalecimento da regulamentação de Tesouraria, deferindo-lhe a oportunidade de recusa, em determinadas circunstâncias, das requisições e ordens emanadas dos ordenadores (V. Gilbert Devaux, obra cit., págs. 93, 94: "Reichskassenordnung" alemã, de 6-8-1927, *in* Kommentar zur RKO von R. Schulze und Dr. E. Wagner, Verlag Georg Stilke, Berlin 1930; Decreto Federal n.º 8.740, de 11-2-1942).

A responsabilidade do ordenador de despesa comporta apuração processual a qualquer momento, bastando lhe seja atribuída, ao ordenador, qualquer infração. Para êsse momento processual concorrem dois, dos três tempos em que se opera a fiscalização da despesa: contrôle prévio, concomitante e posterior.

A — O contrôle prévio exercido na fase do empenho da despesa sujeita a registro prévio, não apresentará qualquer ensejo à apuração da responsabilidade de ordenador. Verificada a ilegalidade do ato, ou tem lugar seu saneamento e nada mais há por impugnar, ou lhe será negado registro, cerceando-se-lhe a realização.

B — O contrôle concomitante, exercido sôbre as ordens de pagamento em tempo imediatamente anterior ao pagamento da despesa, já oferece uma riqueza de situações ante o exame que abrange a totalidade das despesas, quer sujeitas, por lei, ao registro prévio, quer sujeitas ao registro posterior.

1 — Despesa sujeita a registro prévio.

Se o registro prévio foi concedido na fase do empenho da despesa, quando ainda se acham ausentes as peças comprovantes da despesa, êste é o mo-

mento processual em que se manifesta a materialidade da responsabilidade do ordenador, porque à ordem de pagamento sob inspeção subjaz uma conta de terceiros, criada pelo ordenador para o Estado, sob promessa de pagamento. Embora sustando o Tribunal de Contas a efetivação do pagamento, configurada está a tentativa da despesa ilegal e tem curso a apuração da responsabilidade do ordenador. Diga-se de passagem, que os terceiros eventualmente prejudicados podem acionar civilmente o Estado por perdas e danos, e êste a sua vez vai ressarcir-se junto ao ordenador.

Da mesma forma, se o registro prévio foi negado na fase do empenho da despesa, e, apesar da proibição, se materializou o ato de ordenação. Neste caso, a tentativa do ilícito financeiro assume contornos bem mais graves.

Se o registro prévio é negado na fase da ordem de pagamento, subsiste por igual a tentativa ilegal e se segue a apuração da responsabilidade do ordenador.

2 — Despesa sujeita a registro posterior.

O contrôle concomitante à ordem de pagamento reserva, neste passo, às despesas sujeitas a registro posterior, a melhor oportunidade de saneamento. Não é, contudo, momento processual para a apuração da responsabilidade de ordenador.

C — O contrôle posterior, como o está a indicar sua denominação, encara sempre e lamentavelmente fatos consumados. Está endereçado especialmente às despesas sujeitas, por lei, ao registro posterior (distribuições de créditos, verbas distribuídas *ex officio*, e verbas de distribuição automática). Na ausência de contrôle concomitante, é também utilizado — em caráter de revisão — para as despesas sujeitas a registro prévio.

Quando o contrôle posterior tiver lugar logo após o cumprimento de ordem de pagamento, ou dentro do mês seguinte ao do pagamento da despesa, e se verificar o registro posterior “sob reserva”, êste será o momento processual para a apuração da responsabilidade do ordenador.

Finalmente, se ocorrer tão-sòmente após o encerramento do exercício, para então, infelizmente, será protelada a apuração da responsabilidade do ordenador.

Nesta matéria tòda, o que essencialmente importa é que a apuração da responsabilidade de ordenador tenha já e efetivamente lugar; que não passem impunes as ilegalidades dos responsáveis maiores, praticadas contra o

erário público, tão logo os alcance o contrôlo constitucional. Vai nisso grande prestígio do Tribunal de Contas, aliás na concreção do objetivo constitucional.

O *processus* pròpriamente dito não deve impressionar a ação do Tribunal de Contas. Duas constantes haveriam que conferir ao processo de apuração da responsabilidade de ordenador peculiar distinção: simplicidade e celeridade, sob um ritmo sumário.

A simplicidade, de que se cuida, é posta em benefício da economia e da celeridade processual e está em oposição ao apêgo nefasto ao papelório e ao “clássico” processo administrativo. A apuração da responsabilidade de ordenador pode perfeitamente ter curso no processo em que a infração é constatada, tanto que alí já se encontram as peças denunciadoras da infração. Dispensáveis, assim, longas e numerosas transladações. Inexistindo, contudo, processo no qual se revele a infração, certo de que só então caberá a organização do processo clássico.

A êste mesmo entendimento conduzem também os motivos expostos no § 2.º supra. Daí se observa que não subsiste razão maior para capitular o processo de apuração da responsabilidade de ordenador como sendo um processo de tomada de contas, que à sua vez já tem estrutura definida. De boa técnica capitulá-lo distinta e apropriadamente, já porque de natureza autônoma, já porque o seu curso pode ter lugar incidente no processo de tomada de contas, em outro qualquer e fora dêles todos. A preocupação maior reside em exercer de forma simples a jurisdição constitucional sôbre a pessoa do ordenador, em consonância com a natureza da prática ilegal porventura constatada.

Finalmente, ao Tribunal de Contas compete, por dever de officio, o comando e o impulsionamento do processo. O infrator raramente tem interesse no andamento do feito e fàcilmente encontra aliados nos longos “canaís competentes”, onde papéis indesejados difficilmente conseguem tramitar.

Ante essa realidade ingrata, a celeridade processual necessita ser resguardada por outros caminhos. Assim, a notificação ao ordenador para apresentar defesa ou justificar seu ato, cumpre seja diretamente feita a êste pelo Tribunal de Contas, ou através de funcionários próprios de seu quadro, ditos officiais de comunicação ou officiais de diligência, ou por via postal com recibo de volta. Pioneiras nesse sentido são as disposições dos arts.

171 a 176 da Lei paulista n.º 6.816, seguidos dos arts. 137 a 142 do projeto de lei federal n.º 4327/62. A par da notificação direta ao ordenador, nada impede seja do fato também dado ciência ao Ministro ou Secretário de Estado, a quem aquêle estiver hierárquicamente subordinado.

Esgotado o prazo concedido ao ordenador para sua defesa, realizadas as diligências acaso necessárias e ouvido o representante da Fazenda ou da Procuradoria junto ao Tribunal de Contas, êste passa a decidir, julgando efetiva a responsabilidade do ordenador e impondo-lhe a sanção cabível, ou, no caso contrário, julgando o ordenador liberado de responsabilidade, tudo segundo os elementos de prova produzidos.

Se a prática da ilegalidade partir de ordenador primário, sujeito a julgamento político do Poder Legislativo, cumpre seja aquêle Poder informado desde logo do ocorrido. Tratando-se de despesa sujeita a registro prévio, o despacho do chefe do govêrno, a que alude o art. 77, § 3.º, da Constituição federal, necessita ser iniludivelmente submetido a prazo certo (Lei n.º 830, art. 56). Esgotado o prazo sem que ao Tribunal de Contas tenha sido remetido qualquer despacho, da negativa de registro ainda assim será encaminhado recurso *ex officio* ao Poder Legislativo, sempre com efeito suspensivo. Em se tratando de despesa sujeita a registro posterior, o eventual registro "sob reserva" terá desde logo recurso *ex officio* encaminhado ao Poder Legislativo, com efeito suspensivo se a despesa fôr continuada e com comunicação concomitante ao próprio ordenador e ao chefe do govêrno.

V — As linhas aqui alongadas pretendem senão realçar a necessidade de ser conferido um tratamento apartado e sobretudo orgânico aos ordenadores de despesa pública e à apuração de sua responsabilidade. A tal reclamo, certo se mostrará sensível o legislador e atuante o Tribunal de Contas.

A matéria fica aí aberta ao exame e à recompilação dos doutos. Avivar o interêsse, despertar o debate, conquistar novas idéias em tórno do assunto, dando-lhe sobretudo consistência de fundamentos e buscando-lhe solução urgente, será mérito do III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil.