COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

VIVALDI MOREIRA
Ministro do Tribunal de Contas de
Minas Gerais

SUMÁRIO: *Interpretação da Constituição — Função delegada de julgar — Ato complexo — Recusa de aplicação de lei inconstitucional — Aspirações doutrinárias.*

I

* 1. Persiste a controvérsia sôbre a posição do Tribunal de Contas no sistema constitucional brasileiro.

Se a alguns juristas o Tribunal de Contas se afigura mero órgão fiscalizador, cujas decisões não ultrapassam o âmbito administrativo, já outros, com fundamentos diversos, entendem que suas sentenças prevalecem como definitivas e exaurem a competência, como no caso dos alcances, após julgamento do Tribunal.

Daí poder o Tribunal de Contas interpretar a Constituição e negar a aplicação de leis ou outros quaisquer atos inconstitucionais, antes mesmo de assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 101, nº III, *a*) e suspensos pelo Senado, na forma do art. 64 da Constituipão federal de 1946.

2. Com efeito, não se acha o Tribunal de Contas, na sistemática constitucional, situado no capítulo do Poder Judiciário (IV, arts. 94 a 128 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil). O legislador constituinte, embora reconhecendo-lhe a função judicante (art. 77, ns. II e III), e conferindo a seus membros "os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos" de magistrados, só situou o Tribunal de Contas no capítulo do Poder Legislativo (II, seção VI) quando trata do Orçamento.

3. Que pretendeu com essa localização o constituinte? Pretendeu desplacentar totalmente essa magistratura das características mais evidentes do Poder Judiciário. Outra fôsse a sua intenção e teria ido colocar o Tribunal de Contas no Capítulo do Poder Judiciário, art. 94, somando-o aos outros Tribunais ali instituídos.

4. Todavia, é inútil e ocioso, em face do texto constitucional, negar-se função judicante ao Tribunal de Contas. A voz oracular de Rui, seu propugnador no Brasil, já lhe conferiu essa categoria, qualificando o novel Tribunal, não só na "Exposição de

* *NOTA DA RED.*: Contribuição apresentada ao IV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil.

Motivos", que acompanhou o decreto de sua criação, mas no relatório do Ministro da Fazenda de 1891, de "corpo na magistratura intermediária à Administração e à Legislatura" e guarnece sua opinião, transformada em inciso legal na Carta Magna, com mais êstes pormenores: "colocado em posição autônoma" e "cercado de garantias contra quaisquer ameaças" (*Obras Completas,* vol. XVIII, tomo III, págs. 301/387 — Min. da Educação e Cultura). Não obstante, a mesma autoridade, na citada peça, oferece a intenção, o espírito, a *mens legis,* com que foi criado o órgão controlador das contas dos responsáveis por dinheiro e bens do Estado, no tópico seguinte: "Nenhuma instituição é mais relevante para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhum também há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos". E foi precisamente para coibir ou frenar êsses "graves e perigosos abusos" que se instituiu o Tribunal de Contas como magistratura intermediária. Isto quer dizer, como *órgão fiscalizador* com função judicante em certos casos. Trata-se de competência fixada originàriamente no art. 89 da Constituição federal de 1891, *verbis:* "É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa, e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros dêste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado e sòmente perderão os seus lugares por sentença."

5. A verdade é que duas correntes se formaram, uma defendendo a prevalência das funções judicantes atribuídas ao Tribunal de Contas pela Constituição federal e a outra afirmando sua função fiscalizadora, isto é, meramente administrativa.

Todavia, desde a instituição do órgão, na Constituição de 1891, os doutrinadores de maior prestígio e alguns arestos do Supremo Tribunal Federal afirmaram que às suas decisões estão obrigados os órgãos administrativos e, pois, não podem ser por êles revistos. Castro Nunes chega mesmo a negar que o Tribunal de Contas seja uma delegação do Congresso, para afirmar a autonomia e independência dessa magistratura (*Teoria e Prática do Poder Judiciário,* págs. 250 e segs.).

6. Por outro lado, o ilustre Seabra Fagundes, abrindo funda brecha nessa convicção, pela lógica de seus argumentos, afirma que não há "lugar para tribunais administrativos com função contenciosa". E esclarece minudentemente: "A existência de uma jurisdição administrativa, além de contrária à tradição do Direito brasileiro, é vedada pela expressa letra constitucional. Seria mister reforma da Constituição para instituí-la. Sòmente em casos estritamente previstos na própria Constituição (dos quais trataremos a seguir), haverá situações contenciosas, nascidas de antes da Administração pública ou indiretamente com êles relacionados, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. Daí ser possível dizer-se, generalizando, que tôdas as situações contenciosas em que se ache envolvida a Administração, ou seja, tôdas as ações que em tais situações tenham origem, incidem no conhecimento do Poder Judiciário, cabendo ao Supremo e ao Tribunal de Recursos julgar as especialmente declinadas na Lei Básica, e competindo aos juízos locais o julgamento de tôdas as restantes" (*O Contrôle dos Atos Administrativos,* págs. 153/4).

E isto porque — afirma o eminente publicista — o Brasil possui pela sua Constituição federal um dos contrôles mais perfeitos através da jurisdição ordinária, impondo unidade jurisdicional à Administração pública (*O Contrôle,* pág. 152). E para afirmar a tradição mantida, até hoje, cita Rui ao comentar a Carta Política de 1891: "Ante os

arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar acomodação no direito brasileiro para o contencioso administrativo" *(apud O Contrôle,* pág. 155).

7. Também Vitor Nunes Leal, alinhando opiniões divergentes, pró e contra, expende a sua, que não deixa em suspenso a matéria, ao examinar as decisões do Tribunal de Contas, em face do art. 141, § 38, da Constituição federal de 1946, para dizer que, "embora qualificados de *julgamentos* pelo texto constitucional, não escapam ao contrôle judiciário, desde que não tenha consumado a prescrição, matéria sôbre a qual o próprio judiciário dirá a última palavra".

De fato, não há outra maneira de conceber a função julgadora do Tribunal de Contas, para fugir ao absurdo *bis in idem,* assinalado por Pontes de Miranda, quanto às contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Não seria mesmo possível que o Tribunal de Contas julgasse e outro juízo também o fizesse, concomitante ou posteriormente. A dúvida surge e persiste é quanto à execução da sentença. O texto constituconal jamais lhe deu essa competência, embora sempre ao juiz sentenciante coubesse executar a sentença, mas também silencia quanto ao juiz comum.

É que qualquer ato, em face dêsse inciso constitucional, não obstante passar pelo crivo do Tribunal de Contas, é suscetível de ser revisto pelo Judiciário e daí a conclusão do preclaro Ministro Vitor Nunes Leal de que "a ação popular resultaria inteiramente inócua, se o pronunciamento dêste órgão vedasse o reexame da questão pelo poder judiciário" *(Problemas de Direito Público, Valor das Decisões do Tribunal de Contas,* pág. 236).

8. Essa magistratura *sui generis,* na opinião de Pontes de Miranda, colocada intervalarmente entre o Legislativo e o Executivo, recebe por delegação, de acôrdo com o art. 22 da Constituição federal de 1946, o poder de fiscalizar a execução orçamentária como órgão auxiliar do Congresso. A autonomia do Tribunal de Contas como magistratura *sui generis* também se revela no exercício de atribuições inerentes aos Tribunais judiciários na forma do art. 97 da Constituição federal de 1946.

Todavia, repetimos, sua disposição topográfica na Carta Política o afasta do Poder Judiciário, incluindo-o no capítulo do Poder Legislativo, na seção do Orçamento. Sua competência acha-se fixada na Constituição. Possui o poder de fiscalizar. E fiscaliza efetivamente os três podêres, pois de uma certa maneira julga atos de todos êles, concorrendo também para o julgamento de suas contas.

Doutrinàriamente híbrido, pois é uma criação sugerida pela prática, após a genial separação de Montesquieu, veio, assim, pôr em evidência um dos aforismos do *De l'Esprit des Lois: Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir.*

II

9. Persiste a dúvida e se alonga a controvérsia porque, enquanto doutrinadores os mais eminentes insistem em dar relêvo à função judicante do Tribunal de Contas, o texto da Constituição de 1946 reconhece-lhe, sim, essa função, mas não o inclui entre os órgãos a que pertence o monopólio de julgar.

Com efeito, diz o art. 22 da Constituição federal: "A administração financeira, especialmente a execução do Orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que fôr estabelecida nas Constituições estaduais".

Do texto constitucional sobressaem nitidamente dois aspectos em primeiro, a fixação do Tribunal de Contas como órgão fiscalizador e não julgador, em segundo, o caráter de órgão auxiliar do Congresso. Também a redação do art. 77 da Constituição de 1946, pelo seu espírito, não deixa margem a dúvida quanto à preeminência dada à ação fiscalizadora, vindo esta em primeiro lugar na catalogação da competência. As duas outras, com o verbo *julgar* como dominante, vêm depois. Nota-se, efetivamente, pelo texto, que a função de julgar é delegada e não própria, essencial e inerente, como emana da inteligência dos incisos que tratam do Poder Judiciário, um dos três podêres do Estado, cuja cúpula é o Supremo Tribunal Federal. Julga, sem dúvida, para complementar o chamado "ato complexo", mas o conteúdo dos incisos não é bastante para caracterizar sua atividade como órgão especificamente judicante, capaz de proferir decisões com efeito de coisa julgada. O próprio Senado Federal, corpo essencialmente político, integrado no Poder Legislativo, também julga, como é o caso do art. 62, ns. I e II, da Constituição de 1946.

Para exemplificar e robustecer a posição *sui generis* das côrtes de contas, lembraríamos ainda que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pelo art. 80 de sua Lei orgânica nº 1.114, de 3 de novembro de 1954, "resolverá sôbre consultas feitas pela Administração". Essa atribuição se prende originàriamente à Constituição federal de 1946, art. 22, que deferiu aos Estados a forma de exercer a fiscalização financeira. E, por sua vez, o texto da Constituição mineira de 1947 é amplo quando trata da competência do Tribunal de Contas:

Art. 41. Compete ao Tribunal de Contas, além de outras atribuições que lhe forem conferidas em lei.

Ora, o Poder Judiciário não é órgão de consulta, jamais se manifesta sôbre teses, senão sôbre casos concretos submetidos a seu exame e *veredictum*, como é de sua mais íntima característica, fixada esta desde a célebre resposta de Marshall, na Côrte Suprema dos Estados Unidos, ao Secretário de Estado (Charles G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, págs. 174/6, ed. 1914).

Deduz-se não artificiosa, mas linearmente, dos textos legais, que todos os podêres do Estado se interpenetram nas suas atribuições. Também o Executivo pratica atos materialmente legislativos quando decreta ou regulamenta o cumprimento de textos emanados do Legislativo e com êste colabora na sanção ou vetos nas leis. Há, porém, atribuições típicas, as que os singularizam no concêrto harmônico das funções e competências.

10. Com a dupla autoridade de jurista e de constituinte, Milton Campos afirmou na Constituição de 1946, que o Tribunal de Contas era uma "simples delegação do Legislativo". E êsse traço é tão evidente, com tanta fôrça salta do texto constitucional, que, para espancar qualquer veleidade, foi capitulado entre os artigos do Poder Legislativo. Em face, pois, da Constituição, não há tergiversar: é órgão auxiliar de função delegada, embora sejam elas diversificadas pela natureza do órgão, ora o vinculando ao Legislativo, ora ao Executivo e com as características materiais do Judiciário.

11. Aquilo que vem sucedendo ao Tribunal de Contas, que é efetivamente magistratura, na posição híbrida, *sui generis*, que lhe traçou o texto constitucional, analògicamente, é comum ao exercício dos três podêres e já foi denunciado na aurora de sua prática por Madison, um dos autores de *O Federalista* e portanto construtor do sistema, nestas palavras: "...não se contestará que todo Poder é naturalmente invasor e que deve ser pôsto eficazmente na impossibilidade de transpor os limites que lhe são assinalados" (*O Federalista*, trad. bras., vol. II, 1896, pág. 203, Ouro Prêto).

A chamada "mancha de azeite" ou zona cinzenta, que tende naturalmente a se expandir e a absorver os outros podêres, sempre foi uma das preocupações dos doutrinadores da linha de Montesquieu. Tanto é assim que os três autores de *O Federalista*, Hamilton, Madison e Jay se alongam em cinco capítulos no estudo da delicada questão do princípio da separação de podêres, cuja base filosófica é a liberdade do cidadão e cujo desvirtuamento é a concentração dêles numa só mão, pois gera o império da tirania e a supressão da liberdade. A hipertrofia de um dêles foi sempre o temor dos outros dois. E por isso as cautelas foram tomadas através do sistema de freios e contrapesos, característica do sistema. Se na época dos doutrinadores de *O Federalista* era o Legislativo o absorvente, como se depreende de várias passagens daquele texto básico, hoje, afigura-se-nos o Executivo como o usurpador latente, cujas ameaças e seduções devem ser constantemente contidas. Êste trecho de *O Federalista* retrata fielmente a questão:

"Porventura será bastante para êste fim, que os limites dos podêres sejam marcados com precisão e clareza na Constituição — e poder-se-á esperar que estas trincheiras de papel tenham fôrça suficiente para prevenir as usurpações?" (Trad. bras. de 1896, pág. 204, vol. II, Ouro Prêto).

III

12. O texto constitucional é uniforme (art. 77), quando traça a competência do Tribunal de Contas tanto para julgar as contas dos responsáveis (nº II), como para examinar a legalidade dos contratos, das aposentadorias, reformas e pensões (nº III). Se para os contratos funciona o Congresso como instância de recurso *ex vi* do art. 77, § 1º, também para os outros atos sua intervenção é simplesmente integrativa, contribuindo com sua ação para formar o ato complexo.

Seabra Fagundes doutamente esclarece: "A atribuição que então desempenha é materialmente administrativa. Apreciando aquêles atos, o que faz a Côrte de Contas é cooperar na sua ultimação. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação da vontade, por parte da Administração, indispensável integração do ato" (*O Contrôle dos Atos Administrativos*, pág. 158).

Carlos Maximiliano é muito mais radical no exame e interpretação do art. 77 da Constituição federal, considerando sujeitas à revisão tôdas as decisões do Tribunal de Contas: "O disposto no art. 77 do estatuto fundamental deve ser interpretado em conformidade com o art. 104, nº II, *a* e o art. 141, § 4º: o remédio judiciário perdura a despeito dos arestos da Côrte Administrativa, que apenas terão o valor de *prova* e não de *coisa julgada*, perante a magistratura" (*Comentários à Constituição Brasileira*, pág. 344, vol. I).

O douto mestre confronta o valor do verbo *julgar* naquilo que êle chama "Côrte Administrativa" com os incisos que devem ser aplicados, primeiro em grau de recurso pelo Tribunal Federal de Recursos, quando a União fôr interessada como "autora, ré, assistente ou opoente" (art. 104, nº II, *a*) ou no caso da infringência do art. 141, § 4º, de lesão de direito individual, quando deverá ser apreciado por outro ramo do Poder Judiciário. E, acrescentamos nós, também do § 38 do art. 141, pôsto que qualquer ato registrado ou julgado pela Côrte de Contas poderá suscitar a revisão pelo judiciário em face dêsse inciso.

13. Insistem, porém, os doutrinadores da ampla competência e autonomia do Tribunal de Contas, com a argumentação de que êle funciona como Tribunal de Justiça e tanto é assim que, além de seus Ministros, por fôrça do art. 76, § 1º, da Constituição de 1946, serem equiparados a juízes do Tribunal Federal de Recursos, possui aquela côrte sua organização própria (art. 97 da Constituição federal), com seu quadro etc. Isto não prevalece para a caracterização pretendida, pois muitos órgãos administrativos são completamente autônomos, exercem plenamente atos de sua competência, embora possam êstes ser revistos pela autoridade superior. É nessa ordem de raciocínio que lembra Vitor Nunes Leal o art. 141, §§ 4º e 38, da Constituição federal (recurso ao judiciário quanto à lesão de direito individual e a ação popular "para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União"), como não impeditivos da consumação dos atos administrativos e, conseqüentemente, não impeditivos de seu exame pelo Judiciário. E que vamos citar agora na íntegra, para concluir o seu pensamento: "A invocação dêste argumento parece-nos decisiva para corroborar a tese de que as decisões do Tribunal de Contas sôbre legalidade de contratos, aposentadoria, reformas e pensões, embora qualificadas de *julgamentos* pelo texto constitucional, não escapam ao contrôle judiciário, desde que se não tenha consumado a prescrição, matéria sôbre a qual o próprio Judiciário dirá a última palavra" (*Problemas de Direito Público, Valor das Decisões do Tribunal de Contas,* pág. 236).

14. Também Pontes de Miranda afina pelo mesmo diapasão, ao concluir seus preciosos comentários aos dispositivos que tratam da competência e limites das decisões do Tribunal de Contas: "A atribuição do julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões é sòmente para eficácia administrativa. A inconstitucionalidade ou ilegalidade pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário (arts. 141, §§ 2º e 3º, 182, 187, 193 etc.) (*Comentários à Constituição de 1946,* pág. 106).

Tais argumentos, que esclarecem e confirmam o caráter administrativo das decisões da côrte de contas, não invalidam, por outro lado, a categoria de magistratura que lhe é reconhecida na Lei Básica, nos arts. 76, § 1º e 187 e outros incisos constitucionais, e continuam situando o Tribunal de Contas, "como sobranceiro à própria Administração", como se expressou em voto luminar o Min. Castro Nunes (*Revista de Direito Administrativo,* vol. VII, pág. 212).

15. A fim de melhor elucidação convém que se historie, para fixarmos não a competência que flui dos textos constitucionais, mas o valor das decisões da Côrte de Contas. Instituição que vem da Carta política de 1891, sòmente a Constituição federal de 1934 lhe conferiu o caráter de corpo judicante. Essa atribuição só poderia ser fixada na Constituição. Exerceu sob a vigência da Constituição federal de 1891 funções extraconstitucionais, como a que lhe foi deferida pela lei orçamentária de 1918, que

determinou funcionasse a Côrte de Contas como Tribunal de Justiça "para julgar as contas dos responsáveis, estabelecendo a situação jurídica entre êsses e a Fazenda Pública" (cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946,* vol. II, pág. 94).

Por êste rápido bosquejo histórico, vê-se nitidamente a marcha ascencional da "mancha de azeite", confirmada na Carta Outorgada de 1937 e acentuada na Constituição federal de 1946.

É notória a existência, já se vê, de um *Direito Orçamentário* e sua tendência, sua afirmação para ser interpretado e aplicado por órgão especifico, no caso o Tribunal de Contas.

Não obstante êsses esforços, não obstante alguns laivos de judiciaridade das decisões manifestados em arestos do Supremo Tribunal Federal, ainda pelo texto constitucional, continua o Tribunal de Contas como órgão *sui generis,* auxiliar do Poder Legislativo, com decisões de natureza administrativa, embora nutrido de alguns princípios essenciais à função judiciária.

IV

16. Questões laterais surgem e querem impor-se como pontos capitais, procurando transformar um desejo, um vir-a-ser, em interpretação autêntica de texto legal.

A propósito dessa filigrana hermenêutica de ser ou não o Tribunal de Contas órgão judicante e qual a área de sua competência, convém relembrar ainda Seabra Fagundes, que nos socorre com sua exemplar lucidez: "Ao Tribunal de Contas se delega o exame jurisdicional de certas situações individuais (as dos responsáveis por valôres patrimoniais da União), mas tão-sòmente no que concerne ao aspecto contábil, embora com reflexos nas órbitas penal e civil" (*O Contrôle dos Atos Administrativos,* pág. 163).

Elucidando ainda, convém apreciar-se a característica da função jurisdicional, que é a interpretação e aplicação da norma jurídica em caráter definitivo, o que não ocorre com as decisões do Tribunal de Contas. Êsse órgão aplica a lei, mas o faz em atos de rotina administrativa e não há, por via disso, nenhuma *capitis diminutio* em sua função fiscalizadora. meramente administrativa, mas altamente moralizadora. Teríamos de remontar ao velho Montesquieu, genial formulador da doutrina da tripartição dos podêres, de sua independência, mas também de sua harmonia. Aí é que reside a máxima sabedoria do histórico doutrinador: na harmonia. Os três podêres do Estado se conjugam e se harmonizam, para produzir a ordem e a liberdade do cidadão.

Nessa espécie de mensuração de competências, não há nenhum desprimor para qualquer dos órgãos que exprimem o poder do Estado, pois êle comparece na ordem jurídica, na opinião de Gravina, que Montesquieu tanto cita, como *la réunion de toutes les forces particulières* (*De l'Esprit des Lois,* Liv. I, Ch. III, pág. 7, ed. 1862).

17. Pela sua grave majestade, o Poder Judiciário se afigura sempre o mais conspícuo, embora nem sempre o mais evidente ou brilhante no concêrto público da vida do Estado, conforme o dizer de Henry Sidwick (*Elements of Politics,* pág. 118). E daí reconhecermos, na opinião de Harold Laski, o nível moral de um Estado pela forma

como atua a administração de sua justiça (*El Estado Modierno*, vol. II, pág. 312, Barcelona, 1932, trad. espanhola).

Não pertencendo ao Judiciário, em face do texto constitucional, é, porém, o Tribunal de Contas uma magistratura e daí o esfôrço de certa corrente de publicistas em desejar inseri-lo na área de competências típicas daquele Poder.

As conquistas jurídicas, de aprimoramento do contrôle social, são paulatinas, persuasivas, ininterruptas, tais como as políticas, umas e outras se completando com a finalidade de oferecer ao homem um máximo de liberdade na ordem, instrumento eficaz na sua luta pela felicidade.

Dessa forma, cumpre não cruzarmos as armas, mas batermo-nos doutrinàriamente, erguendo construções lógicas, baseadas na prática reiterada da instituição, para transformarmos nossas aspirações em efetivas realidades, isto é, em ordenamento positivo, em norma constitucional, inserindo as Côrtes de Contas na plenitude daquelas competências. Certos, porém, estejamos de que o Tribunal de Contas sòmente passará da área em que se acha para a daquele Poder no dia em que fôr capitulado entre os Tribunais enumerados no art. 94 da Constituição brasileira de 1946. Aí, então, teremos chegado ao fim da jornada, passando tudo isso ao plano histórico, e repetiremos o que disse o procurador Kirchmann, citado por Mayer, na sua *Filosofia do Direito:* "Bastam três palavras do legislador para inutilizar bibliotecas inteiras..."

V

18. Dos atos que lhe são submetidos, tal como no Poder Judiciário, não pode o Tribunal de Contas dizer de sua oportunidade ou conveniência, pois tal competência cabe ao Poder Executivo. Cabe-lhe, sim, apreciar nêles o aspecto legal, a fim de cooperar para sua ultimação.

Regra para declarar a inconstitucionalidade das leis está fixada na Constituição federal, art. 200:

"Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público."

Trata-se, inicialmente, de saber se a côrte de contas é um tribunal. Evidentemente o é, pois assim lhe chama o próprio texto constitucional, art. 76.

Acontece, porém, que é ao Judiciário que está afeto (art. 101, nº III, *a* da Constituição de 1946) declarar a inconstitucionalidade das leis e, eventualmente, das emendas e revisões à própria Constituição. É êste mesmo o Everest do contrôle judiciário, conforme o melhor entendimento do Estado federal, que tem no Supremo Tribunal Federal a cúpula do Poder Judiciário, dispondo do monopólio de julgar da legalidade e constitucionalidade das leis e atos emanados dos outros dois Podêres.

19. No caso vertente, isto é, se o Tribunal de Contas pode negar aplicação a leis inconstitucionais, transcreveremos, em primeiro lugar, a opinião doutíssima de Carlos Maximiliano que, juntamente a outras de igual teor, será o fundamento de nossa conclusão:

"Qualquer aplicador da norma positiva, judiciário ou administrativo, tôda e qualquer autoridade, tem o dever precípuo de a descumprir, desde qua determinação ordinária esteja em flagrante dissídio com a fundamental."

A boa doutrina, a respeito, flui de longe: o clássico Story nos deu o respectivo transunto, nos têrmos seguintes: "A Constituição, contemplando a outorga de podêres limitados e distribuindo-os entre vários funcionários, quando quer que surja questão relativa ao exercício de algum poder por qualquer dêstes funcionários sob o Govêrno estadual ou federal, é de necessidade que tais funcionários devem, na primeira instância, decidir sôbre a inconstitucionalidade do exercício de tal poder. Isto pode ocorrer no curso do desempenho das funções de qualquer um dos grandes departamentos do Govêrno, Executivo, Legislativo e Judiciário, ou de todos êles. Os oficiais de cada um dêstes Departamentos estão igualmente obrigados pelos seus juramentos de ofício a sustentar a Constituição dos Estados Unidos, e acham-se, portanto, conscientemente obrigados a abster-se de todos os atos que sejam com ela incompatíveis".

Todo funcionário, Executivo, Legislativo ou Judiciário está obrigado a abster-se de realizar qualquer ato incompatível com as determinações do estatuto supremo; portanto o juiz singular não atende ao pedido de aplicação de norma claramente inconstitucional.

"Em verdade, a lei inconstitucional não se cumpre; porque não é lei nenhuma" (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, pág. 263).

É o Tribunal de Contas um colegiado, um "corpo de magistratura", no dizer de Rui, e, pois, cumpre-lhe, no exame dos casos concretos que lhe são apresentados para julgamento, exaurir os textos legais.

Dando curso a êsse entendimento, tivemos a voz prestigiosa de Hahnemann Guimarães, num antigo parecer, datado de 28 de maio de 1943, como Consultor-Geral da República, ainda sob a égide da Carta Outorgada de 1937, do qual citaremos o *punctus saliens*:

"5. É certo que ao Tribunal de Contas não compete declarar a lei inconstitucional e negar-lhe a eficácia própria. Êsse poder pertence aos corpos judiciários (Constituição, art. 96).

Se, entretanto, o contrato se funda em lei que divirja da Constituição, o Tribunal de Contas não pode admiti-lo a registro. A verificação da legalidade envolve o exame de requisitos constitucionais indispensáveis à validade dos contratos celebrados pela União. A constitucionalidade da lei que originou o contrato é, sem dúvida, um dêsses requisitos.

Reduzindo a lei ao âmbito constitucional do julgamento a que deve ser submetido o contrato, cabe ao Tribunal não observar a limitação, e dar a seu exame tôda a extensão necessária para que se certifique da legalidade do contrato.

O Tribunal de Contas pode, dêsse modo, não só recusar registro a contratos baseados em leis que lhe pareçam inconstitucionais, mas igualmente, deixar de cumprir disposições de lei que limitem seu julgamento" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 281, janeiro, 1945).

Lúcio Bitencourt, em seu livro já clássico, também não deixa margem a dúvidas, quando afirma:

"Todos os Tribunais e juízes federais ou locais, ordinárias ou especiais, dela dispõem (faculdade de reconhecer a inconstitucionalidade), embora a última palavra sôbre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República" (*O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* 1949, pág. 35).

Ainda a êsse propósito, nunca é demasiado comentar nossa convicção com a decisiva clareza do maior de nossos constitucionalistas, responsável pelo sistema no Brasil, seu construtor e seu maior intérprete, Rui Barbosa, que assim sempre entendeu ser: "o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunais,* federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo êsse critério".

E, finalmente, Pontes de Miranda vai ao âmago da questão, indo até mais além, empregando os verbos *interpretar* e *julgar da constitucionalidade,* embora, cautelosamente, jamais fale em *declarar,* como no largo trecho que aqui repetimos com a finalidade de esclarecer nosso raciocínio:

"Pode o Tribunal de Contas, no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros e bens públicos, *interpretar* a Constituição, definitivamente, e julgar da *constitucionalidade* das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo? O Tribunal de Contas tem duas funções — uma, que é a antiga, ligada à *execução* orçamentária, e outra, de julgamento das contas. Tanto numa quanto noutra é possível que ocorra à necessidade de se responder à pergunta — *é ou não inconstitucional?* Como tribunal, tem de julgá-lo.

Imaginemos que texto de lei retire ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e, tendo de pronunciar-se a respeito, caiba ao Tribunal de Contas julgar-se competente e, pois, inconstitucional a lei. Seria possível, sòmente porque surgiu lei em sentido contrário, retirar o Tribunal de Contas, a si mesmo, a competência? De modo nenhum. Imaginemos que o decreto de autorização excedesse, na organização do Tribunal de Contas, as raias fixadas pela lei autorizante. Seria de admitir-se que o Tribunal de Contas se não pronunciasse a respeito? Imaginemos ainda que, funcionando o Congresso Nacinal, o Presidente da República expedisse decreto, que tivesse de ser invocado perante o Tribunal de Contas. Fôra de tolerar-se que tal tribunal se abstivesse do exame constitucional do ato do Presidente da República? De modo nenhum. Se o Presidente da República expede decreto sem observância de preceitos constitucionais e dos limtes das dotações orçamentárias, fica o Tribunal de Contas inibido de manifestar-se?

Ora, o que se pretendeu, com a inação constitucional do Tribunal de Contas, destoava do sistema que adotamos desde 1891, a respeito dos órgãos judiciários e dos próprios funcionários públicos. Qualquer funcionário público poderia invocar preceito constitucional; só os membros do Tribunal de Contas, não. Seria absurdo" (*Comentários à Constituição de 1946,* vol. II, pág. 93).

20. A tanto não vamos, evidentemente, porque julgar da constitucionalidade da lei implica em declarar sua inconstitucionalidade e isto é da estrita competência do Poder Judiciário. O que a Côrte de Contas, na matéria de sua competência, pode fazer é deixar de aplicar a lei por manifestamente inconstitucional — o que circunloquialmente vem a dar no mesmo, sem a eficácia, porém, e sem as exigências dos arts. 200

e 64 da Constituição federal, que entendemos pertinentes aos órgãos judiciários de um modo geral e, no tocante à suspensão senatorial do ato inconstitucional, ao Supremo Tribunal Federal. Na função de julgar, que lhe atribui o art. 77, ns. I e II, da Constituição federal, pode o Tribunal de Contas, portanto, negar aplicação a leis que lhe pareçam inconstitucionais, mesmo sem a declaração pelo Supremo Tribunal Federal e decretação pelo Senado, uma vez que qualquer funcionário é obrigado a assim proceder. E é dessa forma que vários Tribunais de Contas têm procedido, inclusive o Tribunal de Contas de Minas Gerais, que deixa de aplicar incisos do Estatuto dos Funcionários Públicos, no caso da contagem de tempo para aposentadoria de professôras, por conflitarem com a Constituição do Estado (art. 142, § 2°).

VI

21. Não seria frívolo indagarmos a que poder, em essência, pertence o Tribunal de Contas? Não seria melhor então procurarmos situar clara e lùcidamente sua posição na atual sistemática do constitucionalismo brasileiro, extremando-o de outros órgãos, vincando sua pureza, propugnando para que o legislador lhe dê uma configuração nítida, exata, de modo a extirpar-lhe o hibridismo tão negregado por alguns?

Cabe-nos, porém, uma indagação: não será efetivamente esta, a dos arts. 76 e 77 da Constituição federal, a posição conveniente para o desempenho da função dêsse órgão? Não foi precisamente para ser a lembrada magistratura intermediária, na linguagem de Rui, que se criou o Tribunal de Contas? Corpo judiciário no plano material e auxiliar do Congresso no plano formal, como o definiu Pontes de Miranda, e que tão relevantes serviços tem prestado ao Brasil desde a proclamação da República, eis a sua exata situação. Seria mais conveniente meditarmos na sua flexibilidade funcional, com ligeiros reparos na Constituição, a fim de lhe outorgar mais podêres na fiscalização, sem pensarmos em retirá-lo da órbita em que gravita atualmente para integrá-lo no do Poder Judiciário.

22. É precisamente para isto que se reúnem periòdicamente os Congressos. Servem êsses conclaves para comunicarmos uns aos outros o acêrvo da experiência colhida no exercício dessa magistratura e que se externa no desejo de melhor servi-la. Expondo nossas reflexões, debatendo nossas idéias e confrontando-as, estamos procurando clarificá-las, mas, igualmente, pelo teor das contribuições aqui trazidas, influir no ânimo dos legisladores.

Estamos ininterruptamente, através da jurisrprudência, formando um conjunto de soluções práticas, paralelo à doutrina, que pela sua continuidade e ampliação, a fim de exprimir as realidades sociais, se transformará, pela mecânica da evolução, em norma positiva. É o clima que estamos vivendo e que acabará dominando por fôrça daquilo que o filólogo e romanista Leo Spitzer chamou do "étimo espiritual" (*Crítica Stilistica e Storia del Linguaggio*). Produto de construção lógica do espírito, que responde sempre a uma situação dada, a uma aspiração do ambiente, mas que, ainda que formulada e racionalizada pelas consciências mais atentas, não atingiu a categoria de coisa posta, aceita e consagrada nas normas positivas.

É movido por êste pensamento que trouxemos aqui nossas ponderações.