DOUTRINA

O TRIBUNAL DE CONTAS — ÓRGÃO CONSTITUCIONAL — FUNÇÕES PRÓPRIAS E FUNÇÕES DELEGADAS *

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI **

Antecedentes históricos . Sistema geral de controle financeiro . Função julgadora . Recurso judicial . Controle de constitucionalidade . Aposentadorias e pensões . Conclusões.

Importante é a função dos Tribunais de Contas em nossa estrutura Constitucional, peça que é do nosso sistema.

Apesar de haver outras soluções para o controle externo das contas governamentais, foi sempre esta a solução preferida, na tradição brasileira, constitucional e administrativa. Mesmo quando não efetivada, ainda assim preconizada.

Aliomar Baleeiro é dos poucos partidários da solução anglo-americana que ele tão bem expôs em sua *Introdução à Ciência das Finanças*, ao examiarn as funções do "comptroller general" e que ele procurou introduzir na Constituição do Estado da Guanabara, quando juntos, colaboramos na elaboração da primeira Constituição do novo Estado. Lutou com bravura para consegui-lo mas sem sucesso, em parte porque já existia um Tribunal de Contas no antigo Distrito Federal e difícil, senão impossível, seria destruir o sistema existente. O que se justificava era a sua melhoria.

Além do mais a solução seria difícil, senão impossível, porque não possuíamos ainda um corpo bastante numeroso de notórias competên-

* Nota da Redação: Conferência realizada em São Paulo nas comemorações do 25.º aniversário do Tribunal de Contas do Estado, em 9 de junho de 1972.

** Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

cias para o exercício daquela difícil tarefa que concentra poderes e autoridade tão grandes nas mãos de um só homem. Foi preferido manter a solução clássica com algumas modificações.

Entretanto, é preciso insistir que se trata de um órgão com funções de extremas responsabilidades, e que precisa ser integrado por pessoas de perfeita idoneidade técnica e moral.

Basta colocar os problemas que estão na sua competência para verificar a dificuldade das tarefas que lhes são atribuídas

Imaginando o que deveria ser um Tribunal de Contas diria sobre os seus componentes o Visconde de Uruguay:

"A primeira e indispensável qualidade que devem ter os membros de um Tribunal de Contas é uma inteira independência principalmente daqueles cujas contas tomam. Não podem ser independentes sem uma alta posição, e se não tiverem vencimentos que os ponham a coberto pela necessidade."

"Não deve ser tão diminuto o número dos membros de um semelhante Tribunal que fique tudo apenas dependente de um ou dois indivíduos. É preciso que sejam uns contrastados por outros e que seja revisto por outros o que cada um faz e prepara."

"Semelhantes Tribunais não podem deixar de ser mais ou menos numerosos, mais ou menos dispendiosos." [1]

Refere-se em seguida Uruguay às dificuldades das Províncias manterem com recursos pequenos uma Repartição de Contas dispendiosa.

Há dificuldades de pessoal habilitado, mal pago e já bastante oneroso.

Cheio de realismo é este quadro, pois, na verdade, esse serviço só pode ser eficaz quando mantido nas condições já mencionadas com tanta lucidez pelo Visconde de Uruguay

O primeiro vestígio, o embrião, como diria Agenor de Roure, dos nossos Tribunais de Contas, está no Conselho da Fazenda criado pelo Príncipe Regente em seu Alvará de 28 de junho de 1808.

Embora sem as características de um órgão de controle, via-se nele a preocupação de criar um órgão para acompanhar a execução das despesas públicas.

Foi apenas o marco inicial do processo da luta em torno à fiscalização das nossas finanças que o país atravessa desde a sua independência até hoje.

De forma elementar no art. 170 da Constituição Imperial, mais tarde, na voz de Bernardo Pereira de Vasconcellos, em 1830, pedindo um Tribunal de Contas para examinar as Contas do Estado, sob pena de nulidade; no mesmo sentido, o Marquês de Barbacena e Paula e Souza.

[1] *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil.* Rio de Janeiro 1865, p. 365.

Lembra Rubem Rosa que, em 1835, o deputado Castro e Silva propõe a criação de um Tribunal, para tomada de contas de todas as repartições e dos que arrecadam e despendem dinheiros públicos, herdeiros, recebedores, pagadores etc.

Em 1840, Manoel Alves Branco, Ministro da Fazenda, insiste na criação de um Tribunal de homens independentes e em 1845, apresenta projeto de criação de um Tribunal de Revisão de Contas.

Pimenta Bueno (Marquês de S. Vicente) é veemente, também, na defesa da idéia; diz ele:

"É de uma necessidade a criação de um Tribunal de Contas devidamente organizado, que examine e compare as leis do imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos em todos os seus movimentos a aplicação e emprego dos valores do Estado, e que enfim possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem este poderoso auxiliar nada conseguirão as Câmaras" [2].

Já se definia, portanto, S. Vicente por uma posição que teria mais tarde de prevalecer, dando ao Tribunal de Contas base institucional.

Poucas vozes discreparam da idéia, sendo uma delas a de Cândido Batista de Oliveira, Ministro da Fazenda em 1839. Quais as suas razões? Ei-las:

"Cabe aqui pronunciar-me contra uma idéia que por vezes tem sido apresentada em as nossas Câmaras Legislativas tanto nos relatórios de alguns Ministros da Fazenda como nos discursos de deputados e senadores que gozaram de reputação de homens entendidos na matéria; tal é a instituição de um Tribunal de Contas no Brasil à imitação da França e incumbido em grande parte das funções próprias do Exchequer na Inglaterra. Semelhante instituição longe de preencher os fins de uma severa e independente fiscalização sobre todo o sistema das operações financeiras segundo (menos bem informados) pensem aqueles que inculcam a necessidade de sua criação no Brasil como único meio de fazer efetiva a fiscalização em suas finanças, seria na minha opinião uma custosa sinecura tão inútil como são hoje consideradas essas mesmas instituições apontadas por modelos, as quais, datando a sua criação de tempos remotos e sob o regime de Governos absolutos em que prestaram talvez relevantes serviços ao Estado, são presentemente tidas em conta de viciosas excrescências no sistema financial das Nações a que pertencem e só permanecem ainda pela força do hábito e pela influência de interesses privados."

"Nos Governos representativos o meio próprio eficaz de levar a efeito a necessária fiscalização do Estado e por outra parte o único congenial desse sistema é a publicidade obrigatória do Tesouro feita com regularidade e pela forma prescrita pela lei para o fim de serem oportunamente submetidos ao livre e competente exame dos governantes da nação; (e seja dito de passagem) é esta a missão especial

[2] *Direito Público Brasileiro.* Rio de Janeiro, 1857, p. 90.

e a mais importante da representação nacional, que mal corresponderá à confiança dos seus constituintes, se ela não desempenha religiosamente tão sagrado dever' ". [3]

Talvez hoje aquele titular da Fazenda admitisse a criação de um órgão auxiliar das Câmaras, para tornar realizável o controle financeiro.

Fica, entretanto, aqui consagrado o teor das objeções opostas à criação do Tribunal de Contas ou de um órgão de controle financeiro.

Já com a reforma Itaboraí, em 1850, pelo Decreto n.º 234 de 20 de novembro, o Tribunal do Tesouro torna mais evidente essa preocupação e apresenta uma primeira solução: era constituído do Ministro da Fazenda e de quatro Conselheiros, Diretores Gerais do Ministério.

O julgamento de certos recursos fiscais, a tomada de contas dos funcionários arrecadadores tesoureiros e pagadores eram funções primordiais de natureza deliberativa, além de outros de natureza consultiva.

O Tribunal de Contas substituiu o Tribunal do Tesouro, desde a Lei n.º 23 de 1891, em seu art. 16, quando dizia:

"Extinguir-se-á o Tribunal do Tesouro logo que se achar constituído o Tribunal de Contas, passando as atribuições consultoras do Tribunal extinto ao Ministro e Diretores do Ministério da Fazenda na forma do art. 12 — letra h."

Foi o Decreto n.º 1.166, de 12 de dezembro de 1892 que regulamentou a Lei n.º 23 e que deu a primeira organização ao Tribunal de Contas da União [4] e que já fora criado pelo Decreto n.º 966 de 17 de novembro de 1890.

Mas somente a 16 de janeiro de 1893 foi o Tribunal instalado com a presença do Ministro da Fazenda Serzedêlo Correia. Criado um ano depois do advento da República, passou-se outro ano depois de sua institucionalização pela Constituição, até que fosse constituído.

Na República, a idéia foi sempre vitoriosa. Pudera, o seu advogado e autor foi Ruy Barbosa, embora não o tivesse incluído no seu projeto de Constituição no Governo Provisório.

Eis algumas palavras de sua exposição de motivos do Decreto anterior à Constituição e que já instituíra o Tribunal:

"Um Tribunal de Contas, corpo de magistratura, intermediária à Administração e à Legislatura que colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças possa exercer as suas funções vitais no organismo Constitucional..."

[3] *Sistema Financial do Brasil.* S. Petersburgo, 1842, fls. 413. *Apud* ROSA, Rubem. *As Contas do Brasil,* fls. 32.

[4] ROSA, Rubem. p 106.

"Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que comunicando com a Legislatura e, intervindo na Administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças."

Nem Ruy Barbosa escapava, por vezes, às frases grandiloqüentes para enaltecer essa instituição que tanto prometia, mas cuja tarefa, por vezes, excedia às suas próprias forças, possibilidades, organização e meios de que dispunha.

A Constituição de 1891 criou o Tribunal de Contas, singelamente, para liquidar as contas da receita e despesa e verificar da sua legalidade, antes de serem submetidas ao Congresso.

Daí por diante a idéia estava vencedora. Restava criar o Tribunal de Contas dos Estados e até de alguns Municípios mais importantes.

O sistema estava implantado e seria longo rememorar todos os episódios de sua evolução com as suas mais recentes transformações.

O Tribunal de Contas exerce funções que lhe são próprias, todas elas, próprias porque de sua competência, mas algumas exercidas por delegação. Essa idéia não foi sempre pacífica, embora sustentada com vigor por Alfredo Valladão: "é uma delegação do Congresso", dizia ele, "por via Constitucional".

Nenhuma Constituição o diz expressamente, mas as de 1967 e 1969 muito se aproximam dessa fórmula, quando afirmam que o controle externo financeiro do poder executivo pelo Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70, § 1.º da Emenda n.º 1); quem, portanto, exerce o controle, em última instância, é o Congresso, e este auxílio, o Tribunal de Contas, ele o exerce como delegação do Congresso. Essa condição somente enobrece o exercício desse controle por delegação de um dos Poderes porque quem auxilia também participa da ação principal.

E, como o Tribunal de Contas da União, também os dos Estados, que devem observar o modelo estabelecido na Constituição Federal, conforme aliás, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, têm as mesmas características.

A obrigação de respeitar o modelo federal decorre da origem constitucional do Tribunal que o incorpora ao mecanismo administrativo do Estado, vinculando-o expressamente ao Poder Legislativo.

É preciso insistir sobre essa origem constitucional do Tribunal de Contas no sistema geral de controle financeiro, o que já representa uma tradição, porque o Tribunal de Contas sempre constituiu peça essencial desse mecanismo de fiscalização orçamentário e de tomada

de contas dos responsáveis pela guarda e aplicação dos dinheiros públicos.

Está, portanto, o Tribunal de Contas integrado entre os órgãos constitucionais do poder Federal, como dos Estados. E, aos Estados cabe, em suas linhas mestras, obedecer a essa estrutura.

Além do mais, com o advento da Constituição de 1967, ficou o Tribunal de Contas vinculado ao Poder Legislativo, como seu órgão auxiliar, exercendo, portanto, entre outras funções próprias, aquelas que decorrem de menção expressa do texto federal. Daí a construção legislativa elaborada e aquela completada pelos atos do próprio Tribunal, fruto de sua jurisprudência e da capacidade que tem de se organizar e votar o seu regimento.

A vivência de seus problemas e a experiência dão contornos próprios a cada Tribunal, de acordo com o exercício de sua competência e da autonomia de que gozam.

Para que se possa verificar a aproximação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, para o efeito de considerar este uma delegação daquele, basta aproximar o texto que se refere ao poder de controle financeiro do poder executivo pelo Congresso (art. 45), do outro que institui o Tribunal de Contas.

Dispõe o primeiro que "a lei regulará o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, enquanto que o segundo se refere expressamente:

"1. ao parecer prévio pelo Tribunal de Contas sobre as contas do Presidente da República;

2. à auditoria financeira e orçamentária; e

3. ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, inclusive das autarquias, pelo Tribunal de Contas".

Realiza, assim, o Tribunal uma parte da tarefa atribuída ao Congresso, remetendo outra parte ao conhecimento do mesmo Congresso para apreciar. Tem, assim, o Tribunal de Contas funções delegadas e funções próprias que decorrem de sua competência constitucional.

Está na Constituição que o controle financeiro e orçamentário da administração pública será interno e externo.

E, com muita felicidade a Constituição do Estado de São Paulo, reproduzindo a recomendação explícita no texto federal, procedeu a uma discriminação que tomou o preceito extremamente claro e compreensivo. Para isso, discriminou o que se deveria entender por controle interno e por controle externo.

Interno é aquele controle exercido pelos próprios órgãos superiores da administração, por meio de suas auditorias. Externo é aquele exercido pelo Congresso ou pela Assembléia, com o auxílio do Tribu-

nal de Contas. Dis-se-ia, entretanto, com mais veracidade, que é o controle exercido pelo Tribunal de Contas como delegado da Assembléia.

E isto no que se refere:

a) à apreciação das contas do chefe do Poder Executivo;
b) ao acompanhamento por meio de auditoria das atividades financeiras e orçamentárias; e
c) do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

O Tribunal de Contas tem, igualmente, funções próprias, funções que ele exerce *ex propria autoritate*. Serão assim as chamadas funções *julgadoras*, notadamente:

a) da regularidade das contas dos ordenadores da despesa, administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; e
b) da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

Serão próprias também as medidas administrativas que deve tomar:
a) representando ao Poder Executivo e ao Congresso ou Assembléia, contra os abusos verificados na fiscalização da administração financeira e orçamentária;
b) sustando a execução de ato, quando se verificar a prática de ilegalidade na aplicação de qualquer despesa, notadamente na execução de contratos, aposentadorias e pensões; e
c) fiscalizando a entrega de importâncias correspondentes a prestações obrigatórias devidas pelo Estado e tantos e tantos outros casos mencionados, quer na lei federal, quer na lei estadual que organizou o Tribunal de Contas.

Voltemos um pouco atrás para rememorar uma controvérsia sobre a *função julgadora* do Tribunal de Contas. Qual a sua natureza?

Em primeiro lugar, convém ponderar que ela se acha reduzida em relação às Constituições anteriores, porque desapareceu o exame e julgamento da legalidade dos contratos, condição essencial que era para a sua validade, nos termos da Constituição de 1946.

Importaria essa função julgadora em sua equiparação a uma instância judiciária?

O problema tem merecido o exame de eminentes juristas, opinando alguns no sentido de sua equiparação a um Tribunal Judiciário, entendendo outros que se trata apenas de instância administrativa.

Também me aventurei a acompanhar, não sem certa perplexidade, o pensamento de Castro Nunes, no primeiro sentido. Ele, como eu, também reformulou o pensamento a respeito.

Deve-se, efetivamente, para responder à dúvida natural que se apresenta, atender à seguinte pergunta:

Poderá haver revisão judicial da decisão do Tribunal que julgar a matéria de sua competência? Caso haja, a instância será puramente administrativa.

Pois bem, segundo me parece, nenhum obstáculo poderá haver a um exame judicial se, nos termos constitucionais, verificar-se a lesão de um direito individual, ou, em outros termos, se for ilegal aquela decisão. No caso contrário, não.

Exceção é feita para as questões meramente contábeis porque a verdade é que, em matéria contábil, não há geralmente questão de direito, mas, quando se trata da aplicação da lei, a controvérsia judicial estará sempre aberta.

É assim que, no exame das contas, aparece uma limitação ao controle judicial, porque o judiciário não tem competência para, na expressão de Castro Nunes, rever as contas ou apurar o alcance.

Por isso é que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 16.10.1952,[5] que o Poder Judiciário não pode arrogar-se a competência em matéria reservada ao Congresso.

Essa matéria reservada ao Congresso, entretanto, está restrita às funções delegadas exercidas pelo Tribunal de Contas, e, assim mesmo, quando esses atos envolvem apenas o exame contábil ou um parecer prévio a um exame político da Assembléia ou do Congresso.

Sem restrição, porém, estarão aqueles atos, da competência do Tribunal e sua apreciação definitiva quando tiverem como conseqüência, a lesão de um direito individual. O recurso judicial será cabível.

Outra indagação é se o Tribunal de Contas pode deixar de aplicar um ato por inconstitucional.

A resposta não me parece ser outra senão afirmativa. Tecnicamente, o processo de aplicação da lei conduz à verificação da constitucionalidade, e, portanto, verificado o conflito com a Constituição, deve esta prevalecer.

Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional.

Ao Poder Judiciário cabe à competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas, qualquer dos poderes responsável pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição.

Examinando, em seu contexto, a competência e atribuições do Tribunal de Contas, poderemos verificar que ele não está vinculado ao sistema judiciário mas a uma estrutura administrativa dentro de uma

[5] *Revista Trimestral de Jurisprudência.* v. 3, p. 480.

conceituação moderna que inclui aquilo que os americanos chamam de função "quase judicial".

Na verdade, se a competência para "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos" significa, de algum modo, o exercício de uma função jurisdicional, não é menos certo que esta função é puramente administrativa, restrita e hoje ainda mais limitada, de momento que o controle da legalidade dos contratos foi subtraído ao Tribunal de Contas.

A tese da função jurisdicional teve a sua época, quando o Tribunal de Contas exercia um contencioso no exame da jurisdicidade e legalidade dos contratos.

Abolido esse controle, a ação fiscalizadora da Corte ficou apenas no exame, no julgamento das contas, isto é, no resultado aritmético e contábil dessas contas, sem maior preocupação pelo exame da legalidade de sua aplicação.

Este ficou apenas na apreciação das aposentadorias e pensões. Aí, sim, o controle se exerce em sua plenitude, mas sempre sujeito, quando provocado, à revisão judicial.

Da maior importância, entretanto, sob o ponto de vista do seu conteúdo jurídico, é o julgamento da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas, pensão e disponibilidade.

Essa importância é grande, não só pelo que ela significa para a própria eficácia do ato de concessão, cuja validade depende da aprovação pelo Tribunal de Contas, como pela natureza mesma do julgamento, envolvendo matéria jurídica relevante.

Caso existe em que o Supremo Tribunal Federal recusou-se a examinar uma reclamação judicial contra uma aposentadoria, por faltar a manifestação do Tribunal de Contas. Na realidade, trata-se de ato complexo, que só se completa com a aprovação pelo Tribunal.

Uma vez aprovado, poderá ser revogado, por erro, ilegalidade manifesta ou outro vício substancial? Abre-se em torno ao assunto larga controvérsia que não me animaria a resolver. Diria apenas que aprovando o ato, quanto à sua legalidade e outros requisitos, o Tribunal de Contas completou um ato administrativo, pois o seu *julgamento* corresponde a um exame prévio de legalidade, para aprovar o ato ou alterá-lo, de acordo com a lei, ou aprová-lo integralmente.

O julgamento não será, assim, uma sentença, com todas as conseqüências que dela decorrerem, inclusive de *cousa julgada,* com o seu caráter definitivo.

O que ficaria imune ao exame e revisão judicial seria apenas o exame contábil, quando se tratar de tomada de contas. E isto porque, no que concerne ao exame das contas dos responsáveis, por exemplo, não é o funcionário que é julgado, mas as suas contas.

E, na observação de todos que cuidaram do assunto, como Pontes de Miranda, Castro Nunes, Seabra Fagundes, é a regularidade das contas que o Tribunal julga e não aquele que as presta.

Na frase de Alix, "C'est, en realité, le compte qui se trouve condamné plutôt que le comptable."

Em suma, haverá excessivo rigor em definir doutrinariamente o vocábulo "julgar" como um ato jurisdicional, no sentido de uma identificação com o poder exercido pelos Tribunais Judiciários.

Seria uma função jurisdicional no sentido literal porque o julgamento, pelo menos quando se trata de apreciação da legalidade de aposentadorias, pensões etc., envolve o exame de um ato em face do direito vigente. Será, portanto, a rigor, uma função de dizer do direito dos interessados.

Mas, não tem os efeitos dos atos judiciários, notadamente quanto a produzir cousa julgada, tornando-o insuscetível de revisão judicial. Serão atos administrativos, a que se aplicam todas as regras relativas à sua eficácia.

A única exceção a essa regra é quanto ao exame contábil nas tomadas de contas, não só porque não importa em exame de legalidade, mas apuração aritmética dos valores sob a guarda do seu responsável e dos administradores.

Além do mais, nos termos da Constituição, é ato do Tribunal de Contas exercido como auxiliar do Congresso e, portanto, como função delegada. Responde o Tribunal perante o Congresso.

A Constituição de 1967 procurou modernizar o conceito tradicional dos Tribunais de Contas, ajustando-os às necessidades de um país grande, que terá de viver uma nova era na experiência do controle contábil, assimilando as novidades da moderna tecnologia e as exigências de uma nova dimensão na administração pública brasileira.

Mas deixou muito aos próprios Tribunais para realizar, usando a sua capacidade inventiva no aperfeiçoamento do processo operacional.

Essas são as observações que cabem dentro do tema. O Tribunal de Contas tem a sua posição duplamente valorizada. Primeiro, por ser um órgão constitucional; segundo, porque se apóia no Poder Legislativo. Tem, entretanto, funções próprias, uma capacidade para construir a sua própria doutrina e fixar a sua posição no sistema constitucional brasileiro.

Conheça as obras de Direito e Ciência Política editadas pela Fundação Getúlio Vargas. Peça nosso catálogo. O endereço é: F. G. V., Serviço de Publicações, Praia de Botafogo, 188, Caixa Postal 21.120, ZC-05.