— Os membros das Cortes de Contas acham-se impedidos de exercer cargos de direção em instituições filantrópicas, sob pena de perda de seus cargos vitalícios.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA

ACÓRDÃO

O Plenário do Tribunal de Contas é incompetente para apreciar consultas que envolvam a vitaliciedade dos seus Conselheiros, tais como impedimento dos mesmos. A competência consultiva do Tribunal de Contas encontra-se limitada na sua Lei Orgânica — Lei nº 3.428/75, art. 47, § 1º e art. 67.

Acordam os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, reunidos em Tribunal Pleno, à unanimidade e na conformidade do voto do Relator, em não conhecer da presente matéria por se considerar incompetente para apreciar consultas que envolvam a vitaliciedade dos seus membros.

Sala das sessões, em 26 de abril de 1983. *Bernardo Spector,* Presidente. *Adhemar Bento Gomes,* Relator.

VOTO

A preliminar de incompetência

A preliminar de incompetência deste plenário na apreciação da matéria, suscitada pela Procuradoria Especializada, merece ser acolhida.

Assim é que a Lei Orgânica deste Tribunal — Lei nº 3.428/75 — conforme ressaltou a Procuradoria em seu parecer às fls. 3/5, não cuidou de incluir a presente hipótese, quando limitou em seu art. 16, inciso XVI, e 47, §§ 1º e 2º, *ratione personae* e *ratione materiae* a competência consultiva desta Corte de Contas.

Acresce ainda o fato de que, considerando que a verificação de qualquer dos impedimentos dos Conselheiros dos Tribunais de Contas, aos quais se estendem também os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos desembargadores do Tribunal de Justiça (art. 45 da Constituição Estadual), *implica* a perda do cargo, a mera discussão da matéria por este plenário, ainda que a título de consulta, importaria na apreciação da perda da garantia da vitaliciedade, o que escapa inteiramente à esfera de sua competência.

Quanto à inferência da douta Procuradoria, de que, no particular, a consulta deveria ser formulada perante o Tribunal Federal de Recursos, "desde que promovam um julgamento de tese e não de um fato ou caso concreto", ante o silêncio da legislação pertinente, discordo *data maxima venia* desta colocação. E isto porque o próprio art. 122, inciso I, letra *b*, da Constituição Federal invocado, dispõe claramente

que compete ao TFR a função jurisdicional de processar e julgar originariamente as pessoas investidas nos cargos da Magistratura e do Tribunal de Contas que enumera, taxativamente, na letra *b* do dispositivo citado. Assim, entendo que não seria apropriado formular-se tampouco, ainda que em tese, este tipo de consulta ao TFR, que exerce função jurisdicional, julga no caso concreto, não sendo portanto órgão consultivo.

É manifesta, pois, a incompetência deste Plenário na apreciação da matéria objeto da consulta.

É o voto.

Impedimento de Conselheiro — O Plenário do Tribunal de Contas é incompetente para apreciar consultas envolvendo a vitaliciedade dos seus Conselheiros. Competência analógica do Tribunal Federal de Recursos. Os membros das Cortes de Contas acham-se impedidos de exercer cargos de direção em instituições filantrópicas, sob pena de perda dos seus cargos vitalícios.

O Exmº Senhor Conselheiro Relator solicita o pronunciamento desta Procuradoria "quanto à situação mencionada no Ofício nº 04, do Conselheiro Joaquim Batista Neves".

No documento em apreço, indaga-se sobre a compatibilidade ou não do exercício da função de Provedor da Santa Casa de Misericórdia da Bahia com o do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. Ao encaminhar o expediente ao Senhor Presidente desta Corte, S. Ex.ª deverá decidir — conclui o Conselheiro Batista Neves — "se é caso ou não de submeter o presente à deliberação do Plenário da Casa".

Essa última questão, no meu entender, é preliminar e essencial na análise da matéria. De fato, não pode o Plenário deste Tribunal tomar conhecimento e *deliberar* sobre assunto que escapa à sua esfera de competências.

I

A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

No particular, o Título II, capítulo I, da Lei estadual nº 3.428/75, ao discriminar as competências desta Corte de Contas conforme os preceitos dos art. 43 a 49 da Constituição do Estado, estabelece em seu art. 16, inciso XVI:

"Resolver sobre consultas formuladas em casos genéricos pelos órgãos superiores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração descentralizada."

Além disso, acrescenta o art. 47 da mesma Lei:

"Art. 47. O Tribunal de Contas resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas quanto à aplicação das disposições legais relativas à administração financeira e orçamentária.

§ 1º As consultas a que se refere este artigo serão formuladas pelos Secretários de Estado, dirigentes de órgãos diretamente subordinados ao Governador, Chefe dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem assim pelos dirigentes das entidades da administração descentralizada.

§ 2º As decisões proferidas em virtude de consultas terão caráter normativo."

Nessas normas se esgota a competência consultiva do Tribunal e sua disciplina, limitada *ratione personae* ("Secretários de Estado, dirigentes de órgãos diretamente subordinados ao Governador, Chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem assim pelos dirigentes de entidades da administração descentralizada") e *ratione materiae* ("aplicação das disposições legais relativas à administração financeira e orçamentária").

Ora, a consulta sob exame, por sua iniciativa e objeto, não se ajusta aos preceitos e limitações invocados, impossibilitando ademais qualquer apreciação de "caráter normativo".

Dir-se-á que qualquer conselheiro poderá provocar pronunciamentos do Plenário ou da Presidência da Casa sobre assuntos de

administração interna, não expressamente previstos nos dispositivos declinados. Esta prerrogativa decorreria da regra maior constante do inciso III, art. 115 da Constituição da República, aplicável ao Tribunal de Contas por força do parágrafo 1º, art. 72 da mesma Carta e extensivo ao âmbito dos estados.

Mas a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da Bahia e também o seu Regimento Interno nada dispõem sobre o assunto. E não poderiam fazê-lo, porque a consulta em apreço envolve o princípio da vitaliciedade cuja abrangência, pelo seu próprio significado e natureza, extrapola largamente a esfera de atribuições *interna corporis* deste Colegiado. Com efeito, a vitaliciedade é uma das garantias constitucionais asseguradas aos membros do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas que, nos termos do inciso I, art. 113 da Carta Magna Federal, não podem "perder o cargo senão por sentença judiciária". O Acórdão do Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário nº 69.851, negou aos Tribunais de Contas competência até mesmo para sobrestar o exercício do cargo de conselheiro, por constituir esse ato "antecipação de sentença judiciária que o Tribunal (de Contas) não poderia de modo algum praticar". Cuidando-se de perda de cargo, sublinha o Senhor Ministro Relator, ela "só poderá verificar-se mediante sentença do juiz" (*Revista Trimestral de Iurisprudência*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, v. 57, p. 269, 1971). Visando resguardar a independência dos seus titulares, a solenidade constitucional do preceito lhe preserva controle e decisório exclusivos. Não podem assim os Tribunais de Contas apreciá-lo ou arbitrar sobre o seu exercício.

Certo, a Lei Orgânica da Magistratura inovou, no particular, ao prever a perda do cargo de magistrado vitalício "em procedimento administrativo". Eis o texto do inciso II, art. 26 da Lei Complementar nº 35/79:

"II — em procedimento administrativo para a perda do cargo, nas hipóteses seguintes:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;

c) exercício de atividade político-partidária."

A inconstitucionalidade desses dispositivos é manifesta. Observe-se, aliás, que na redação do *caput* do art. 26, aprovada pelo Congresso Nacional, lia-se a expressão "por sentença judiciária definitiva", e o Senhor Presidente da República a vetou, arguindo que "inutilizaria a alternativa do procedimento administrativo" (ver *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. 2. ed. Brasília, Senado Federal, 1980. p. 22). O veto foi aceito. Guardou-se assim a coerência do novo texto e esqueceu-se a regra impositiva da Constituição, que subordina exclusivamente a perda do cargo de magistrado a "sentença judiciária".

A Lei Orgânica continua, porém, em vigor e o seu art. 27, com os seus oito longos parágrafos, descrevem detalhadamente toda a tramitação do processo administrativo. O *caput* do artigo e seus três últimos parágrafos dizem o seguinte:

"Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil."

"§ 6º O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou do seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato."

Essa "decisão", em sua exegese discutível, pode ser assimilada a uma "sentença judiciária". O ato final, após instrução contraditória, partirá do Poder Judiciário. Essa assimilação, entretanto, não pode ser aproveitada no que diz respeito aos Tribunais de Contas. A competência judicante destes últimos é muito limitada, adstrita à "fiscalização da execução orçamentária" (ver Pedreira Lapa, J.B. *Decisões dos Tribunais de Contas e a coisa julgada.* Salvador, 1981. p. 2, mimeogr.) e no exercício da função de órgão de controle externo, auxiliar do Poder Legislativo. Por isso mesmo, nem o seu Plenário nem qualquer "órgão especial" de outro Poder teria competência para proferir "julgamento" ou "decisão" similar. Escrevendo antes da publicação da Lei Orgânica, Lincoln T.M.P. da Luz ressaltava: "Estou persuadido de que a perda do cargo vitalício de Ministro ou Conselheiro de Tribunal de Contas só poderá ocorrer — seja o veto aceito ou rejeitado — como conseqüência de sentença judiciária, não tendo cabimento cogitar-se da perda de um desses cargos mediante simples procedimento administrativo, o que equivaleria à negação da garantia da vitaliciedade" (A Lei Orgânica da Magistratura e o Tribunal de Contas do Distrito Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal,* Brasília, v. 9, p. 248, 1979).

Pode-se redargüir, é verdade, que este processo cogita apenas de uma consulta em que aparece de maneira explícita o interesse do Tribunal de Contas, zelando pela validade futura de seus atos.

Não discuto esse interesse. Mas a simples resposta a uma consulta deste gênero implicará sempre uma apreciação inócua, com repercussões que podem ferir a autoridade da egrégia Corte e até causar danos de extrema gravidade. Lembre-se o fato ocorrido no Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte que, depois de conceder liderança expressa para que um dos seus conselheiros assumisse a Presidência do Banco do Estado, o próprio Tribunal mais tarde sustou também ilegalmente a reassunção ao cargo vitalício "como medida acautelatória de futuras nulidades jurídico-processuais nos julgamentos afetos a este Tribunal" (ver Recurso Extraordinário nº 69.851-RN. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência,* op. e v. cit. p. 261).

Concluo portanto que, mesmo revestida do caráter de consulta, a questão não pode ser formalmente apreciada pelos Tribunais de Contas. No silêncio da legislação pertinente, a lógica e o bom senso aconselham que se recorra ao mandamento da letra *b*, inciso I, art. 122 da Constituição Federal:

"Art. 122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

I — processar e julgar originalmente:

a) (...)

b) os juízes federais, os juízes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como os dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidade."

O reconhecimento ao Tribunal Federal de Recursos da competência de "processar e julgar" a perda de cargo dos conselheiros das Cortes de Contas importará em uma exegese analógica e extensiva, por isso mesmo imperfeita. Mas, rejeitado esse recurso hermenêutico, chegar-se-á ao entendimento absurdo de que os conselheiros, além das mesmas "garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos" dos magistrados, detêm ainda imunidade à perda de seus cargos, prevista no art. 114 da Lei Maior da República, pela inexistência de órgão próprio para decidir sobre os seus impedimentos funcionais. Inaceitável este privilégio, que contraria e tolhe a norma constitucional, parece de todo concernente a competência do Tribunal Federal de Recursos. Observe-se, aliás, que entre as vedações constantes do art. 114, o item III refere-se a "exercer atividade político-partidária". Ora, esse mesmo impedimento, repetindo expressões idênticas, constitui crime de responsabilidade para os Ministros do Supremo Tribunal Federal,

conforme dispõe o item 3, art. 39 da Lei nº 1.079/50 que "define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento". Não se estaria então incorrendo em absurdo recorrer-se ao art. 122 da Constituição para fazer cumprir a regra do seu art. 114. Assim sendo, reconhecida a competência do Tribunal Federal de Recursos para "processar e julgar originalmente" a matéria, as consultas que lhe digam respeito devem ser também submetidas ao TFR, desde que promovam um julgamento de tese e não de um fato ou caso concreto.

Por todos os motivos enunciados e discutidos, opino por que este Plenário decida por sua incompetência na apreciação da matéria. Na hipótese, entretanto, de alijamento dessa preliminar, devo pronunciar-me sobre o mérito da questão.

II

DO MÉRITO

O inciso IX, art. 13, da Constituição Federal determina:

"IX — a aplicação, no que couber, do disposto nos itens I a III do art. 114 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo o seu número ser superior a sete."

Por sua vez, dizem o artigo e incisos mencionados:

"Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I — exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição;

II — receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; e

III — exercer atividade político-partidária."

Acompanhando o mandamento federal, o art. 45 da Lei Maior do Estado da Bahia também dispõe:

"Art. 45. O Tribunal de Contas, com sede na Capital e jurisdição sobre todos os órgãos da administração centralizada e descentralizada do Estado, compõe-se de sete conselheiros, nomeados pelo Governador, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa, dentre brasileiros maiores de 35 anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, e *terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos desembargadores do Tribunal de Justiça*" (o grifo não é do texto).

Não há dúvida, portanto, quanto à propriedade constitucional da extensão dos impedimentos dos magistrados aos Conselheiros dos Tribunais de Contas. Por isso mesmo a Súmula nº 42 do Supremo Tribunal Federal declara enfaticamente: "É legítima a equiparação de juízes do Tribunal de Contas, em direitos e garantias, aos membros do Poder Judiciário."

Mas, além dos impedimentos referidos, a "Lei Complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional" (parágrafo único, art. 112 da Carta Magna), também estabelece em seu art. 36:

"Art. 36. É vedado ao magistrado:

I — exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II — exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

III — (...)"

Ora, tratando-se de Lei Complementar e reconhecida a equiparação aos Tribunais de Contas, esses impedimentos alcançam por conseqüência os seus Conselheiros.

A Lei Orgânica deste Tribunal dispõe, por certo, sobre o assunto. O seu art. 5º declara:

"Art. 5º É vedado ao conselheiro do Tribunal de Contas, sob pena de perda de cargo:

I -- exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério;

II — exercer atividade político-partidária;

III — exercer comissão remunerada, inclusive em órgão de controle financeiro da administração direta ou indireta;

IV — exercer qualquer profissão liberal, emprego particular e participar de empresa privada, como gerente ou diretor, salvo como acionista ou cotista;

V — celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, fundação instituída pelo Poder Público, sociedade de economia mista, empresa pública e empresa concessionária de serviço público, salvo quando obedecer a normas uniformes."

Essas disposições estaduais não ilidem contudo a aplicação das normas federais, até porque as primeiras são anteriores à Emenda Constitucional nº 7/77 e à Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Os preceitos desta última atingem os membros de todos os Tribunais de Contas, pois "ministros e conselheiros — escreve Décio Cretton — têm *impedimentos iguais* aos dos juízes, como sustentáculos indispensáveis da sua imparcialidade e independência" (*O Estatuto da Magistratura Brasileira.* Rio de Janeiro, Saraiva, 1980. p. 189).

Pode-se reclamar, na Lei Complementar nº 35/79, o exagero e inconveniência, sobretudo do item II, do seu art. 36. Sugerindo a sua supressão quando o Projeto tramitava no Congresso, o deputado José Bonifácio Neto observou com todo acerto:

"O item coloca à margem da vida social toda a magistratura, pois lhe veda participar ativamente de todas as instituições sociais, mesmo as beneficentes. Traz, portanto, injustificável restrição do direito. A realidade nacional mostra, no dispositivo em epígrafe, que as direções das Santas Casas de Misericórdia, dos Clubes de Serviços, das Fundações dedicadas à infância desvalida, à recuperação de menores etc., são tradicionalmente entregues aos magistrados como garantia da seriedade de sua atuação e por força de sua experiência com os problemas humanos; a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, a Fundação Mello Mattos, a Fundação Romão Duarte, entre muitas que subsistem no país graças à dedicação dos magistrados e suas esposas, são belos exemplos que justificam, por si, a supressão proposta."

Na mesma oportunidade, o deputado Nelson Marchezan justificou outra emenda supressiva, de sua autoria, lembrando:

"A restrição do inciso não é prevista na Constituição, nem na Emenda nº 7. Fere o art. 153, §§ 1º e 2º da Constituição, que assegura a igualdade de todos perante a lei, bem como a liberdade de associação. A mencionada restrição afronta os art. VII, XX e XXVII da Declaração dos Direitos Humanos. Representa verdadeira cassação da cidadania, isolando o juiz de qualquer participação na vida social.

Todo cidadão não só tem o direito, mas o dever de participar da vida social, contribuindo no seu desenvolvimento cultural, social, religioso, artístico, colaborando na promoção da pessoa humana, pelas mais diversas formas, independentemente de uma ação política e do exercício de uma atividade profissional.

A prevalecer o inciso, será vedada uma participação mais atuante em qualquer cargo de direção de diversas associações, desde as culturais até as filantrópicas" (cf. Lima, Paula C.A. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional.* Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1979. p. 111 e 112).

Todos esses argumentos procedem e é bem provável que o Congresso Nacional ainda venha a corrigir a norma equivocada. Porém a lei existe e com respaldo na Constituição da República. O inciso I do seu art. 114, antes da Emenda nº 7/77, proibia apenas o exercício de "qualquer outra função pública". A redação vigente refere-se a "qualquer outra função", o que permitiu a amplitude rezada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, impedindo o exercício de cargo de "direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe e sem remuneração".

Diante do exposto, a situação relatada no processo não comporta inibições. A função de Provedor da Santa Casa de Misericórdia da Bahia caracteriza-se como "cargo de direção" em "associação beneficente", portanto, em "sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade..." O Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não poderá então exercê-lo, sob pena de perda do seu cargo vitalício.

Segundo alguns autores, esse impedimento opera automaticamente, sem o impulso e a execução de qualquer procedimento. O consagrado Pontes de Miranda, por exemplo, afirma que se o "juiz aceita outra função pública, perde, *ipso iure*, o cargo. A regra jurídica constitucional, doutrina o mestre, é bastante em si, é *self-executing*" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1979*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 579).

O Supremo Tribunal Federal tem, no entanto, concluído de modo contrário. No Recurso Extraordinário nº 69.851-RN, já citado, o Ministro Bilac Pinto lembrou, a propósito, "uma experiência pessoal. Ao ser nomeado para a Embaixada em Paris, entendi que a mera aceitação dessa missão diplomática permanente importava na perda automática do mandato. Não desejava renunciar, precisamente porque considerava que havia perdido o mandato. Assim não entendeu a Câmara de Deputados. Ou renunciava ao mandato ou seria instaurado o processo de sua perda. Fui, assim, forçado a renunciar a um mandato que já considerava perdido. Há certa analogia com o presente problema, no sentido de que normas constitucionais desse tipo não são auto-executáveis" (op. e v. cit., p. 267 e 268).

Relatando caso também semelhante na Ação Rescisória nº 269-CB, o Ministro Adalício Nogueira relembrou que desde a sessão do Supremo Tribunal Federal, de 12 de novembro de 1937, "em que se leu a carta a este dirigida pelo eminente Ministro Hermenegildo de Barros, que decidira afastar-se de seu cargo, desde que atingira a idade limite para a compulsória e entendera ser esta automática, o Pretório Excelso, por unanimidade dos seus preclaros componentes, pensava de modo contrário. Interpretara o dispositivo constitucional em foco no sentido de ser necessário o ato declaratório da aposentadoria, o decreto que a formalizasse" (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, v. 43, p. 571 e 572, 1967).

No caso presente, parece indiscutível a necessidade de sentença judicial para que se configure a perda do cargo de conselheiro. Para tanto, por sua iniciativa ou provocado por esta Corte, o Senhor Procurador-Geral da Justiça deverá tomar as providências cabíveis.

CONCLUSÃO

Em suma, considerando as argüições expendidas, opino no sentido de que o Plenário deste Tribunal não tome conhecimento da consulta formulada. Vencida esta preliminar, estou convencido, no mérito, do impedimento constitucional e legal do exercício do cargo de Provedor da Santa Casa de Misericórdia da Bahia por conselheiros do Tribunal de Contas.

Salvador, 12 de abril de 1983. *Luiz Navarro de Britto*, Procurador-Chefe.