NATUREZA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

J. CRETELLA JÚNIOR*

1. Colocação subjetiva. 2. Terminologia inadequada. 3. O que é "jurisdição". 4. Colocação da doutrina. 5. O verbo "julgar". 6. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição penal. 7. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição civil. 8. O Tribunal de Contas exerce apenas atividades administrativas. 9. Aparência e realidade. 10. Conclusões.

1. *Colocação subjetiva*

Somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de *natureza judicante.* Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de *natureza jurisdicional.* A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas suas funções, sem exceção, são de *natureza administrativa.*

O Tribunal de Contas é preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização orçamentária.[1]

Os que defendem a colocação contrária, ou seja, a tese de que o Tribunal de Contas julga, desempenha funções judicantes, supõem ser as *funções judicantes* "mais nobres" ou "mais relevantes" que as *funções administrativas* e procuram alinhar argumentos para demonstrar a validade da colocação adotada. Das três funções do Estado — a de julgar, a de legislar e a de administrar —, nenhuma é "mais importante" do que a outra, nenhuma é "mais nobre" ou

* Professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Cf. nosso *Curso de direito administrativo*. 9. ed. 1987. p. 125.

"menos nobre". Todas as três dignificam seus membros, desde que incensurável o desempenho.

Os juristas que procuram defender a posição que atribui *natureza jurisdicional* às decisões dos Tribunais de Contas raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de *natureza administrativa,* tais como a emissão de pareceres sobre contas que o chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício financeiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a apreciação das contas dos administradores das entidades autárquicas.

Todas essas atribuições de *controle,* de *fiscalização,* são estranhas à *função jurisdicional* que, no Brasil, é privativa do Poder Judiciário. Do contrário, estaríamos admitindo a existência, entre nós, do instituto do *contencioso administrativo.* Porque "fiscalização" ou "apreciação" de contas, dizer se a conta é boa, ou não, é *função administrativa.*

A colocação emotiva, com base, como veremos, em terminologia inadequada, imprópria, assim como em alguns aspectos formais do Tribunal de Contas que se assemelham aos do Poder Judiciário — a divisão em câmaras, por exemplo —, é responsável pela adoção da tese que sustenta a natureza jurisdicional da Corte de Contas. Como conseqüência, teria valor jurisdicional a apreciação ou fiscalização realizada, que se equipararia a sentença prolatada pelos verdadeiros e únicos Tribunais. Vamos demonstrar que todas as decisões dos Tribunais de Contas não se equiparam, de modo algum, às decisões dos Tribunais Judiciários, ou seja, os Tribunais de Contas não prolatam sentenças nem *de natureza civil* nem *de natureza penal.* Seus ilustres integrantes, embora vitalícios e inamovíveis, não são magistrados, pois *não julgam.*

2. *Terminologia inadequada*

Terminologia ou nomenclatura dúbia, inadequada, para não dizer imprópria ou incorreta, eis o primeiro fator que influi sobre a posição dos que defendem a *natureza jurisdicional* do Tribunal de Contas. Em primeiro lugar, o próprio termo "tribunal" leva a pensar, num primeiro momento, que se trata de colegiado de segundo grau, mas, nesse caso, qual é a primeira instância ou primeiro grau de jurisdição a ele correspondente? Existiu, ou existe, no Brasil, algum colegiado judicante de primeiro grau? E, caso existisse, qual o segundo grau de jurisdição correspondente ao Tribunal de Contas, caso este fosse colegiado de inferior instância, com função jurisdicional?

A seguir, o emprego, até nas Constituições, dos termos "julgar", "julgamento", "jurisdição" ("O Tribunal de Contas da União tem *jurisdição* em todo o país"). Depois, as garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos que são os mesmos dos ministros do Tribunal Federal de Recursos, a saber, entre as prerrogativas, a da vitaliciedade, a da inamovibilidade e a da irredutibilidade dos vencimentos.

O Decreto-lei n.º 199/67, no art. 33, preceitua: "O Tribunal de Contas tem *jurisdição* própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência." Ora, em qualquer estrada de rodagem, e, em especial, nas federais, encontram-se as expressões "Aqui principia a *jurisdição* da Dersa" ou "Aqui termina a *jurisdição* federal", sem que esse emprego, vulgar ou popular, erija o vocábulo "jurisdição" à altura do termo técnico, na acepção que lhe dão os processualistas.

A própria divisão interna dos Tribunais de Contas, em câmaras, por exemplo, contribui para impressionar os que se inclinam pela tese da natureza judicante do Tribunal de Contas.

Em síntese, formalmente, pela aparência, pela terminologia, pela prerrogativa de seus membros, o Tribunal de Contas "se equipara" ao Poder Judiciário.

3. *O que é "jurisdição"*

No Brasil, a *função de julgar* está afeta ao Poder Judiciário, pois o nosso país é sistema de *jurisdição una — una lex, una jurisdictio —*, ao contrário da França, em que prevalece o *sistema duplo* de jurisdição, o "contencioso administrativo" ao lado do "contencioso judiciário".

Função jurisdicional é a aplicação da lei ao caso concreto, em decorrência de situação contenciosa. Não é a aplicação da lei "de ofício". No Poder Judiciário, centraliza-se toda a *jurisdição,* que não lhe pode ser retirada nem pela própria lei, uma vez que é outorgada por mandamento constitucional expresso ("a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"). *Lato sensu,* processo é a forma de composição de litígios para que prevaleça a ordem jurídica. Incidindo sobre a pretensão que qualifica o litígio, a atuação jurisdicional do direito objetivo, da lei, depende sempre de provocação do interessado, já que o Poder Judiciário nunca age espontaneamente. Para que a pretensão do interessado entre em julgamento é necessária a propositura da *actio,* que põe em movimento o aparelhamento judicial do Estado, cujo momento culminante é a prolação da sentença, a ocorrência de *jurisdição,* em seu instante decisivo. Autor, réu e juiz são os três personagens do drama jurisdicional.

4. *Colocação da doutrina*

Entre os partidários da tese de que os Tribunais de Contas, no Brasil, desempenham funções jurisdicionais, incluem-se, além dos próprios membros desses colegiados, cujos argumentos são todos informados por grande carga subjetiva, outros nomes, de juristas insignes, que procuram demonstrar a natureza judicante daquelas Cortes.

Leopoldo da Cunha Melo, quando procurador do Tribunal de Contas da União, sustentava[2] que o "Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo, mas exerce verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos". No entanto, aquele procurador apenas afirma, mas não demonstra, a tese que enuncia de modo tão dogmático.

A afirmação daquele antigo procurador dirigia-se a um trecho da primeira edição (reiterada, aliás, nas cinco seguintes), do eminente Ministro Miguel Seabra Fagundes,[3] que diz: "Essas exceções têm pequena significação prática no sistema brasileiro de controle jurisdicional. Representando inequívocas delegações da função de julgar a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, são, no entanto, quantitativamente mínimas, se considerado o vulto enorme do contencioso civil e penal a este confiado. Ao Tribunal de Contas se delega a apreciação jurisdicional de certas situações individuais — as dos responsáveis por valores patrimoniais da União —, não tão-somente no que concerne ao aspecto contábil, embora com reflexos nas órbitas penal e civil." Equivocou-se aquele antigo procurador, porque a fiscalização que o Tribunal de Contas exerce sobre os exatores — os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos —, é tudo, menos "judicatura", a menos que se dê a este vocábulo a acepção vulgar ou popular e não o sentido exato, como o empregado no livro de notável magistrado *Um triênio de judicatura,* sabendo-se que aquele juiz reuniu, em seu trabalho, as mais selecionadas sentenças que prolatou.

Castro Nunes, no capítulo denominado Atos jurisdicionais da administração *(sic),* escrevia: "Se o Tribunal de Contas, a mais alta jurisdição administrativa da República, composto de magistrados que a Constituição denomina de Ministros e gozam das mesmas garantias asseguradas aos da Corte Suprema, profere uma decisão, o direito que contra ela se insurgisse poderia ser atendido por outros meios, não, porém, pelo mandado de segurança."[4]

A passagem de Castro Nunes, partindo de quem parte, deixa perplexo o leitor, porque "atos jurisdicionais da administração" não existem, já que "ad-

[2] Cf. *Pareceres*. v. 4. p. 118-9.
[3] Cf. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. § 69.
[4] Cf. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Forense, 1956. p. 170.

ministrar é aplicar a lei de ofício", o que não se confunde com "julgar", que se caracteriza por outra conotação, inconfundível com esta. A expressão "alta jurisdição administrativa" é uma *contradicto in terminis,* porque "jurisdição" não só não se confunde com "administração", como até exprime idéia antitética à expressa por este último vocábulo. De modo algum o Tribunal de Contas é "jurisdição" e muito menos "alta" jurisdição e, caso o fosse, não poderia ser, ao mesmo tempo, "jurisdição administrativa", porque quem "administra" não "julga" e quem "julga" não "administra".

Carlos Casimiro Costa[5] distingue as várias funções dos Tribunais de Contas, classificando como *judicante* o "julgamento das contas" e como *administrativa* a "apreciação dos atos que concedem aposentadorias, reformas e pensões".

Também é incorreta esta posição, porque na expressão *"julgamento* das contas" o vocábulo que grifamos é sinônimo do termo *apreciação,* empregado na expressão "apreciação dos atos que concedem aposentadorias, reformas e pensões". Fiscalizar "contas", fiscalizar "atos", que concedem aposentadorias, reformas e pensões, é atividade aritmética e lógica, procurando-se enquadrar a *realidade fática,* na *norma correspondente.*

A Constituição fala corretamente em "fiscalização financeira e orçamentária", mediante controle externo do Tribunal de Contas (art. 70 e § 1.º), embora cometa erro de técnica terminológica quando, no art. 72, alude ao fato de que aquela Corte da União "tem jurisdição em todo o País".

Pontes de Miranda, nos *Comentários às Constituições* de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, dedica muitas páginas ao tema, indagando se o Tribunal de Contas é órgão cooperador do Executivo, auxiliar do Congresso Nacional da União, órgão coordenador, órgão de caráter fiscal, órgão do Judiciário, para concluir, indagando, no regime da Carta de 1937: "A que poder pertencia o Tribunal de Contas, na Constituição de 1937? Ao Poder Executivo, não; porque fiscalizava a execução orçamentária, julgava as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e julgava da legalidade dos contratos celebrados pela União. Ao Poder Legislativo, também não; porque estava longe de ser simples auxiliar da tomada de contas ao Poder Executivo e até se lhe esvaía tal função nos textos de 1937. Ao Poder Judiciário, se bem que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um Tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. Tanto quanto ao Tribunal de Contas de 1934, ao Tribunal de Contas de 1937 reconhecêramos *função judiciária.* Esse elemento de classificação, que defendemos, foi reafirmado pela Constituição de 1946. A nova Constituição tem o Tri-

[5] Cf. Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. Efeitos de seus julgados. *RT, 275.*

bunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo. Mas a função de julgar ficou-lhe. No plano material, é corpo judiciário; no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional.[6]

A autoridade de Hely Lopes Meirelles, nas várias edições de sua obra, até na última, décima segunda, de 1986, analisa demoradamente os vários aspectos[7] referentes à natureza do Tribunal de Contas. Assim: "A *fiscalização financeira* e *orçamentária* é conferida em termos amplos ao Congresso Nacional, mas se refere fundamentalmente à prestação de contas de todo aquele que administra bens, valores ou dinheiros públicos. É decorrência natural da *administração* como atividade exercida em relação a interesses alheios."[8]

Estamos plenamente de acordo com a afirmação. Trata-se de "fiscalização", financeira e orçamentária, referida, fundamentalmente, à "prestação de contas de agente que administra bens, valores ou dinheiros públicos", atividade que tipifica a *função administrativa.*

E continua: "O *controle externo* visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento."[9] Aqui, a caracterização do *controle externo* é *administrativa,* não *jurisdicional.* "É, por excelência, um controle de legalidade, contábil e financeira, a cargo do Tribunal de Contas."[10] Ainda aqui a *natureza do controle é administrativa.*

Classificando as atividades dos Tribunais de Contas do Brasil, a mesma autoridade as divide em funções *técnicas* opinativas, verificadoras, assessoradoras e *jurisdicionais administrativas.*[11]

Curiosamente, a colocação de Hely Lopes Meirelles[12] coincide com a de Castro Nunes,[13] mas como dissemos, ao comentar Castro Nunes, os vocábulos "jurisdicionais" e "administrativos" repelem-se, porque quem "julga" realiza "ato de julgar", não "administra" e quem "administra", no momento de administrar, "não julga".

Mais adiante: "Os *Tribunais Administrativos* são órgãos do Poder Executivo, com competência jurisdicional específica."[14]

E, por fim, como remate: "O Tribunal de Contas da União tem uma posição singular na Administração brasileira, pois está instituído constitucional-

[6] Cf. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Max Limonad, 1953. v. 2. p. 338.
[7] Cf. *Direito administrativo*. 7. ed.
[8] Cf. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. 1979. p. 677.
[9] Id. ibid. p. 678.
[10] Id. ibid. p. 678.
[11] Id. ibid. p. 679.
[12] Id. ibid. p. 679.
[13] Cf. Castro Nunes, op. cit. p. 170.
[14] Cf. Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 748.

mente como órgão do Poder Legislativo, mas desempenha atribuições *jurisdicionais administrativas*, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões."[15]

E, na página seguinte: "Não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como *órgão administrativo* independente."[16]

Na mesma página, em nota de rodapé, está escrito: "Não se confunda *jurisdicional* com *judicial*. Jurisdição é atividade de *dizer o direito*, e tanto *diz o direito* o Poder Judiciário, como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem *jurisdição*, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição *judicial*, isto é, de dizer o direito *com força de coisa julgada*. É por isso que a *jurisdição* do *Tribunal de Contas é meramente administrativa*, estando suas decisões sujeitas à correção pelo Poder Judiciário, quando lesivas de direito individual."[17]

E, concluindo, na mesma página: "Não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como *órgão administrativo independente.*"

Para nós, na mesma posição, a atribuição do Tribunal de Contas é "meramente administrativa", sendo a Corte de Contas classificada como "órgão administrativo independente".

O Prof. Alfredo Buzaid esclarece com absoluta precisão que, "quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento, e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, é órgão auxiliar do Congresso, mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos e as dos administradores dos entes autárquicos, é corporação administrativa autônoma",[18] posição fundamental para a colocação jurídica do Tribunal de Contas, no Brasil, já que o grande processualista brasileiro — e não os administrativistas, nem os integrantes das Cortes de Contas — é que pode, melhor do que ninguém, elucidar o que é "julgar", bem como o que significa, na técnica do direito processual, "jurisdição" e "julgamento".

Themístocles Brandão Cavalcanti, constitucionalista e administrativista, e, mais tarde, ministro do Supremo Tribunal Federal, analisou com profun-

[15] Id. ibid. p. 748.
[16] Id. ibid. p. 749.
[17] Id. ibid. p. 748. nota.
[18] Cf. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 62, fascículo 2, p. 37-62, 1967.

didade o tema, não somente no livro *A Constituição Federal comentada,*[19] como também, mais tarde, na qualidade de magistrado, em 28 de abril de 1969, quando depois de citar seu próprio trabalho, concluiu, no relatório: "Não se pode contestar ao Tribunal de Contas competência para apreciar a legalidade das aposentadorias e a verificação dos seus cálculos, inclusive da prova trazida para a contagem do tempo de serviço. Mas seus atos não são insuscetíveis de apreciação, quanto à sua legalidade. Pelo contrário. *As suas decisões são de natureza administrativa* e, como tal, devem ser consideradas pelas instâncias judiciárias."[20]

Citando Rafael Bielsa[21] ("As Cortes de Contas não invadem nem a jurisdição civil, nem a jurisdição penal, a cargo dos juízes comuns, quando fixam a responsabilidade do agente por *fatos* ou *atos* da sua gestão"), Castro Nunes, já ministro do Supremo Tribunal Federal, conclui que o julgamento da conta *se limita* a essa verificação e conclui: "É um juízo que se institui sobre operações administrativas, limitado aos atos ou fatos apurados, seja para *liberar* o responsável, seja para o declarar *alcançado* em vista das irregularidades encontradas na sua gestão. O Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base da acusação. Não julga a este, não o condena, nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode *absolver o responsável alcançado,* contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira."[22]

5. *O verbo "julgar"*

Toda celeuma, em torno da fixação da *natureza jurídica do Tribunal de Contas,* principiou, em 1934, quando a Constituição Federal, no art. 99, empregou o verbo "julgar", na seguinte construção: "e *julgará* as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos". O erro terminológico, não técnico, foi mantido nas demais Constituições, na de 1937, art. 114 ("*julgar* das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados"), na de 1946, art. 77 ("*julgar* as contas", "*julgar* da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões"), na de 1967, art. 71, § 1.º ("*julgamento* das contas dos administradores e demais responsá-

[19] *A Constituição Federal comentada.* 3. ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1956. v. 2. p. 192-205.
[20] Cf. STF. *RDP, 12*:154.
[21] *Derecho administrativo.* d. ed. 1938. v. 1. p. 76.
[22] *Teoria e prática do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro, Revista Forense, 1943. p. 30.

veis por bens e valores públicos"), na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 70 § 4.º ("o *julgamento* da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas").

O emprego do verbo "julgar" e dos substantivos "julgamento" e "jurisdição", em dispositivos constitucionais, induziu, primeiro, os membros do Tribunal de Contas — ministros e conselheiros — ao erro, imaginando que os vocábulos tinham sido empregados com o mesmo sentido que têm na nomenclatura técnica do direito processual.

No Brasil, emprega-se, a todo instante, o vocábulo 'julgamento", quando se fala em 'julgamento" de concurso, "julgamento" de licitação. Utiliza-se também o termo "jurisdição" (e igualmente "alçada"), na acepção vulgar ou corrente.

O cientista do direito, no entanto, não se preocupa com o nível do texto — lei ordinária, decreto, decreto-lei, dispositivo constitucional —, porque os constituintes, não raro, cometem erros de vários tipos, a começar pelo terminológico, pelo que é fundamental o trabalho do intérprete, que vai buscar, nos cultores dos vários ramos do direito, a acepção correta dos vocábulos.

A Constituição de 1946, art. 76, encerra esta heresia jurídica: "O Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e *jurisdição* em todo o território nacional."

Claro que essa palavra "jurisdição" é a mesma que se lê nas estradas de rodagem federais: "Aqui começa a jurisdição da Dersa."

Pois bem, a transposição da rigorosa terminologia processual, para a acepção vulgar, normal, corrente, popular, foi a responsável pela colocação dos que pretendem que os Tribunais de Contas, assim como os Tribunais de Justiça, "julgam", proferem "julgamento", exercem "jurisdição", quando, na realidade, as Contas exercem, tão-só, atividades administrativas de fiscalização, de apreciação de contas, de concessão de aposentadorias, reformas, pensões.

A história do Tribunal de Contas do Brasil demonstra o que afirmamos e o que estamos demonstrando.

A idéia do Tribunal de Contas remonta ao ano de 1826, quando Felisberto Caldeira Brant Pontes Oliveira Horta, o Visconde de Barbacena, e José Inácio Borges apresentaram ao Senado do Império o primeiro projeto a respeito.

O Conde de Baependi, ou seja, Nogueira da Gama, combateu-o, em discurso, dizendo que "se o Tribunal de Revisão de Contas se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas, antes de serem feitas, em todas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dele proveito; mas sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro,

para nada servirá, salvo para a novidade do sistema e o aumento das despesas com os nele empregados".

Alves Branco, em 1845, na qualidade de ministro do Império, propôs a criação de Tribunal de Contas que, além de exercer "fiscalização financeira", apurasse a "responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública", com o poder de "ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes" e de *"julgar* à revelia as contas que tivessem de prestar". Aqui surge, pela primeira vez e no Império o verbo "julgar", mas como se vê em acepção não-técnica.

Já na República, o Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, cuja redação coube a Rui Barbosa, criou o Tribunal de Contas para "fiscalizar os atos do Poder Executivo" e a "julgar as contas de todos os responsáveis por dinheiros públicos".

O art. 89 da Constituição Republicana de 1891 disse lapidar e corretamente: "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."

O constituinte de 1891 empregou os termos técnicos, apropriados, que deveriam ter sido seguidos pelos demais constituintes ou "redatores de cartas", em 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, mas a Constituição de 1934 empregou, no art. 99, o verbo "julgar", e a Constituição de 1946 repetiu, no art. 77, o mesmo engano, culminando esta última por preceituar, no art. 76, que o Tribunal de Contas tem jurisdição em todo o território nacional.

Essa defeituosa distorção terminológica é que levou os adeptos da tese de que o Tribunal de Contas "julga", exerce "jurisdição", a defenderem a natureza jurídica da Corte de Contas no Brasil, quando, entre nós, nunca os Tribunais de Contas julgaram, pois suas funções são administrativas, como iremos demonstrar a seguir.

6. *O Tribunal de Contas não exerce jurisdição penal*

Contrapondo-se aos fenômenos de *formação do direito,* vinculados à função legislativa, acham-se os fenômenos de *realização do direito,* concretizados no ato de aplicar a lei contenciosamente — função judicante — e no ato de aplicar a lei de ofício — função administrativa —, conforme escrevemos em outro trabalho.[23]

Embora alguns juristas tenham salientado que o direito penal não deixa de ser uma ciência jurídica que se desprendeu do direito administrativo para ter individualidade própria no quadro enciclopédico do direito e que a função de punir é função administrativa, bem como tenham ressaltado que a atividade

[23] Cf. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 12.

penal é, fundamentalmente, administrativa,[24] na realidade, hoje, "administrar é aplicar a lei de *ofício*", ao passo que "julgar é aplicar a lei contenciosamente".

O objeto ou conteúdo da jurisdição penal é o crime ou delito, havendo, de um lado, o Estado, que tem o *jus puniendi*, e, do outro, o réu, o autor do crime.

Na jurisdição penal, a ação do Estado, entregue aos juízes e tribunais criminais, incide sobre o ilícito penal, ato positivo ou negativo do homem, antijurídico, típico, imputável e punível.

Na atividade administrativa, tendente a apurar ilícitos administrativos, ou seja, atos positivos ou negativos, imputados a funcionários ou servidores públicos, em decorrência de infração a dispositivo expresso estatutário, a ação do Estado não é confiada nem a juízes, nem a tribunais.

Na atividade administrativa, tendente a apurar ilícitos administrativos, isto é, atos positivos ou negativos imputados a funcionários públicos, em decorrência de infração a dispositivo estatutário expresso, a ação do Estado não é confiada nem a juízes, nem a tribunais. Desse modo, o "alcance" diferença para menos, que, em ajuste de contas públicas, ocorre entre os valores públicos pelos quais é responsável o funcionário diante da administração, é objeto de atividade administrativa, *podendo* ser submetido ao Tribunal de Contas, mas o "peculato", crime típico, definido no Código Penal, art. 312, como "apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio", é objeto de atividade jurisdicional penal, *devendo* seu autor ser julgado pelo "juiz do crime", da vara criminal e, em segundo grau de jurisdição, pelos tribunais criminais, através de suas respectivas câmaras.

Nunca o "alcance", que não está previsto no Código Penal e, que, pois não é delito *típico*, mas *atípico*, seria objeto de *jurisdição penal* e, por sua vez, o "peculato", que é delito típico, nunca seria julgado pelo Tribunal de Contas que, a final, em sentença condenatória, condenasse o infrator a pena cominada no Código Penal.

As questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras "questões prévias", são simples "questões prejudiciais", constituem o *prius* lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime.

Por isso é que Themístocles Brandão Cavalcanti, constitucionalista, administrativista e ministro do Supremo Tribunal Federal, ensinou e, depois, como relator, concluiu que "as decisões do Tribunal de Contas são *de natureza administrativa* e podem ser apreciadas quanto à sua legalidade".[25]

[24] Cf. Mendes de Almeida, J.C. *Ação penal*. p. 19-20; Marques, J. Frederico *Da competência em matéria penal*. p. 57; *Curso de direito penal*. v. 1. p. 40.
[25] STF. *RDP, 12*:153.

Se em vez de ser "administrativa", a decisão do Tribunal de Contas fosse "jurisdicional", receberia o nome técnico de "sentença penal" absolutória ou condenatória, e, neste segundo caso, condenaria o infrator, ou réu, a pena privativa de liberdade, dentro da faixa de tempo cominada no Código Penal, *in abstracto*. O réu funcionário público, nessa hipótese, teria cometido crime contra a administração, capitulado no Código Penal, a saber: peculato; concussão; advocacia administrativa; prevaricação; emprego irregular de verbas ou rendas públicas; extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; excesso de exação; corrupção passiva; condescendência criminosa; violência arbitrária; abandono de função; exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado; violação de segredo funcional; violação do sigilo de proposta de concorrência.

Pois bem, cabe à justiça penal, no exercício de sua jurisdição específica, o julgamento do funcionário público, que cometeu algum desses delitos contra a administração. É uma jurisdição ampla, completa.

Exaure-se a jurisdição penal, no campo do funcionalismo, com o exercício de atividade que procura julgar o funcionário público, condenando-o ou absolvendo-o. Que sobrou para o Tribunal de Contas, nesse campo, ao apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros públicos?

Nem se trata de "jurisdição administrativa", mas apenas de jurisdição penal, em matéria administrativa. *Jurisdição* é o aspecto formal, *matéria administrativa* é o aspecto substancial ou material.

Em todos esses casos, a sanção aplicável é a pena privativa de liberdade, detenção ou reclusão, conforme o dispositivo penal infringido.

Em caso algum, ao "julgar", o Tribunal de Contas prolata sentença penal, fixando pena de detenção ou de reclusão.

Perante o Tribunal de Contas não se defrontam promotor e advogado de defesa, nem, diante dos conselheiros ou ministros, há um juiz que ouve o réu e as testemunhas.

O Tribunal de Contas não julga, não prolata sentenças, não condena por *crime* praticado.

Por fim, por ocasião do julgamento e, como conseqüência da sentença penal condenatória, há vários institutos do direito penal, que formam um todo, estabelecendo um regime jurídico típico, inconfundível: os institutos do *sursis*, da suspensão condicional da pena, da reincidência, da quebra da primariedade, das medidas de segurança, da perda da função pública, figuras essas inexistentes no "julgamento" feito pelo Tribunal de Contas.

Não se deve perder de conta também que o Tribunal de Contas "aprecia", "fiscaliza" ou "julga" contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas.

Quando se comparam o tratamento do "alcance", perante o Tribunal de Contas, e o "peculato", perante o Poder Judiciário, fica bem clara a diferença

entre o que é "administrar" e o que é "julgar", regimes jurídicos que decorrem da fixação da natureza jurídica das duas operações, a primeira *administrativa*, a segunda *jurisdicional*.

7. *O Tribunal de Contas não exerce jurisdição civil*

Contrastando de modo nítido com a *atividade administrativa*, que se caracteriza pela aplicação da lei "de ofício", sem provocação, a *atividade jurisdicional* é provocada, de iniciativa da parte ou do interessado, razão por que, no Brasil, nenhum juiz prestará tutela jurisdicional sem requerimento da parte ou do interessado, nos casos e forma legais (art. 2.º do Código de Processo Civil), principiando assim o processo civil *por iniciativa da parte*, desenvolvendo-se depois por impulso oficial (art. 262 do Código de Processo Civil).

Procedat administratio ex-officio, mas *ne procedat iudex ex-officio* — eis os dois *princípios* que ressaltam a diferença entre a administração e o Judiciário, porque, neste último, *ninguém pode ser juiz sem que haja autor*, nem *iudex sine actore*.

A *inércia inicial* do Judiciário contrasta com o *dinamismo inicial* da administração; sem ajuizamento da *actio*, a atividade jurisdicional não tem início, ao passo que a atividade administrativa, regra geral, não depende do interessado.

A *atividade jurisdicional* é atividade pública, constituindo, no sistema jurídico brasileiro, monopólio do Poder Judiciário, exceto alguns pouquíssimos casos de jurisdições anômalas.[26] Assim, *requisito formal da jurisdição é a existência de órgão integrante do Poder Judiciário*.[27]

8. *O Tribunal de Contas exerce apenas atividades administrativas*

Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura *atividade jurisdicional*, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter *prestação jurisdicional*, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra a administração.

Ao contrário, as atividades do Tribunal de Contas, tipicamente administrativas, são a apreciação da legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, para fins de registro, a apreciação da legalidade das reformas, a apreciação da legalidade das pensões, a apreciação das contas do chefe do Executivo, na

[26] Cf. Guimarães Carneiro. *Jurisdição e competência*. 2. ed. Saraiva, 1983. p. 8.
[27] Alvim, J.M. de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo, RT, 1975. v. 1. p. 41.

respectiva esfera, o "julgamento", aliás, *verificações* das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, concluindo, a final, se as contas estão em ordem, ou se houve *alcance,* a elaboração de parecer prévio sobre as contas que o chefe do Executivo presta anualmente, a apresentação de minucioso relatório sobre o exercício financeiro encerrado, a auditoria financeira e orçamentária exercida sobre as contas das unidades administrativas, que, para esse fim, remetem demonstrações contábeis para a realização das inspeções necessárias, a representação ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados, a fixação de prazo razoável para que o órgão da administração adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, caso verifique a ilegalidade de qualquer despesa, incluindo as decorrentes de contratos, agindo, nesse caso, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, a sustação, se não atendido, da execução do ato impugnado, exceto em relação a contratos, a solicitação ao Legislativo, em caso ainda de contratos, para que lhes determine a sustação da execução, ou para que proponha outras medidas necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

9. *Aparência e realidade*

A atribuição de *atividade judicante* ou *jurisdicional* ao Tribunal de Contas parte de duas falsas premissas, uma *aparente,* outra *técnica.* "Aparente" é a que examina conotações externas, traços e terminologia que, realmente, induzem àquela colocação. "Técnica" é a que não leva em conta a diferença entre *jurisdição* e *administração,* entre "julgar" e "administrar", ou seja, entre "aplicar a lei contenciosamente" e "aplicar a lei de ofício, espontaneamente".

Examinemos, primeiro, o problema da *aparência,* dado externo e epidérmico, que tem levado, até especialistas, à confusão.

Todos os fatos do *mundo* e, pois, do *mundo jurídico* devem ser examinados sob dois aspectos, o da *aparência* e o da *realidade,* o *fenomênico* e o *numênico.*

A lógica, classificada em *formal* e *material,* mostra que os raciocínios, inúmeras vezes, formalmente incensuráveis, não resistem à análise "material", "substancial" ou "de conteúdo". A fórmula aristotélico-tomista, escolástica, que diz *forma dat esse rei,* a forma confere essência à coisa, não resiste, nos dias de hoje, a uma análise científica, porque a realidade, ao contrário do que diz essa fórmula, é, na maioria das vezes, oculta sob falazes aspectos formais, que a mascaram ou disfarçam. O que é certo para a *lógica formal* pode ser incorreto para a *lógica material,* que aprofunda a investigação do "real", do "concreto", desmistificando os sofismas, tecnicamente bem construídos sob o aspecto formal.

Kant, genialmente, dividiu os fatos do mundo em "numênicos" e "fenomênicos", assinalando que a coisa em si — a *Das Ding an sich* —, a *veritas*, é envolvida por traços aparentes, que escondem a realidade.

Desse modo, o Tribunal de Contas surge, no mundo jurídico, fenomenicamente, como um Tribunal Judiciário, que *julga*, que *diz o direito*, que aplica a lei, contenciosamente, ao caso concreto, mas o cientista do direito, deixando de lado o aspecto formal, fenomênico, procura atingir "a coisa em si", a realidade, a natureza real do colegiado, afastando os índices externos ou epidérmicos, que lhe dão aparência judiciária, mas que, analisados com exatidão, conduzem à tese oposta, a que permite ver a Corte de Contas como importante órgão administrativo, que verifica, aprecia, fiscaliza os diferentes tipos de aplicações do orçamento do Estado, erigindo-se, assim, como o *preposto do Poder Legislativo, no controle dos dinheiros públicos*.

Examinemos agora o segundo aspecto, o problema da jurisdição que, na década de 40, tanto preocupou os processualistas clássicos italianos, a saber, Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei e Cristofolini.

Francesco Carnelutti,[28] com base no critério orgânico, bem como Piero Calamandrei,[29] criticando Carnelutti, e, por fim, Giovanni Cristofolini[30] estudaram profundamente a diferença entre *jurisdição* e *administração*, concluindo o último autor que essa distinção repousa menos sobre *base lógica* do que sobre *base histórico-política*, porque "*administração* é a atividade do Estado dirigida à consecução de seus fins, mediante a satisfação de *interesses que o Estado considera seus*, ao passo que jurisdição é a atividade do Estado dirigida para a consecução do *interesse coletivo tendente à composição das lides*, mediante o estabelecimento de comandos concretos, dirigidos aos titulares dos interesses em litígio. A *jurisdição* inclui-se, conceitualmente, na *administração*, de que se desmembrou pela exigência política de assegurar a necessária independência dos órgãos incumbidos de realizar esse importantíssimo interesse coletivo".[31]

Quando o Tribunal de Contas aprecia as contas ou examina a "concessão" inicial de aposentadorias, pensões e reformas, de modo algum está exercendo "atividade dirigida para a consecução de interesse coletivo tendente a composição de lides, mediante o estabelecimento de comandos concretos, dirigidos a titulares de interesses em litígio, em conflito", para usar as palavras técnicas e exatas de Cristofolini. Não nesses, e em todos os demais casos, o Tribunal de

[28] *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua, Cedam, 1936. v. 1. p. 226.
[29] *Istituzione di diritto processuale civile*. Pádua, Cedam, 1943. 1. parte. p. 70.
[30] Efficacia dei procedimenti di giurisdizione voluntaria emesse da giudice incompetente. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Pádua, Cedam, 1927. p. 393-4.
[31] Id. ibid. p. 393-4.

Contas administra, "aplica a lei de *ofício*", por desempenho, também nas palavras de Cristofolini, de "atividade dirigida à consecução de seus fins, mediante a satisfação de interesses que o Estado considera seus", e não de interesses de duas partes que conflitam, solicitando ao Estado a prestação jurisdicional.

10. *Conclusões*

A *terminologia,* antes de tudo, é a responsável pela classificação do Tribunal de Contas, outorgando-lhe *natureza jurisdicional,* mas sabemos quão enganosas são as palavras, *flatus vocis.* Assim, os vocábulos "tribunal", "julgar", "julgamento", "jurisdição" induziram alguns juristas à tese que inclui a Corte de Contas entre os órgãos do Poder Judiciário; a seguir, concorre ainda, para a malsinada indução, o atributo da *vitaliciedade,* conferido aos integrantes daquela Corte, ministros e conselheiros, qualificação da qual derivam os dois corolários, o da *inamovibilidade* e o da *irredutibilidade de vencimentos,* determinação constitucional que, apenas, quis dar aos apreciadores das Contas a necessária imparcialidade de verificá-las, com independência, quanto ao Poder Executivo; depois, a aparência, a possibilidade da organização da Corte, que poderá ser dividida em câmaras e criar delegações ou órgãos, destinados a auxiliá-la no exercício de suas funções e na descentralização de seus trabalhos, é outra aparência estrutural que deforma a realidade.

Quando a Constituição Federal, art. 72, diz que o Tribunal de Contas, com sede no Distrito Federal, tem *jurisdição* em todo o país, a aludida "jurisdição" quer dizer "competência administrativa", mas o constituinte anônimo, empregando quanto às Cortes administrativas o vocábulo técnico da terminologia processual, em acepção vulgar, concorreu para que os adeptos da colocação contrária à nossa se apegassem a mais esse argumento acidental, para alinhá-lo em defesa da tese que sustentam.

Em síntese, toda uma série de traços externos, de "aparência", epidérmicos, é que tem levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da *una lex, una jurisdictio,* é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre partes, dando, a final, a razão a quem a tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida.