

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

FÁBIO WILDER DA SILVA DANTAS

JURISDIÇÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

**RECIFE
2016**

FÁBIO WILDER DA SILVA DANTAS

JURISDIÇÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual.

Linha de Pesquisa: Processo e Dogmática.

Orientador: Prof. Alexandre Freire Pimentel.

RECIFE
2016

JURISDIÇÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (orientador)

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Profa. Dra. Virgínia Colares (examinador local)

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Prof. Dr. Eduardo José da Fonseca Costa (examinador externo)

Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Prof. Dr. Gustavo Santos Ferreira (examinador suplente local)

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (examinador suplente externo)

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Dissertação aprovada no dia 14 de setembro de 2016, no Departamento de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

AGRADECIMENTOS

À minha companheira de toda vida, Lenita, pelo carinho, pelo apoio e pela dedicação que me permitiram perseverar nos momentos mais difíceis, e não me abater pelas dificuldades ao longo do caminho.

Aos meus pais, Ana e Francisco, pelo incentivo e, principalmente, pelo exemplo de caráter, de dedicação e de esforço que demonstram na construção diária dos objetivos mais importantes da vida. À minha família, em especial ao Frederico e a Juliana, que prestaram inestimável colaboração, apoio e orientação ao longo do trabalho.

Para minha querida sogra Kátia, e meu cunhado Felipe, por seu carinho e apoio incondicional.

Aos meus colegas e professores do mestrado, a quem agradeço na figura do meu orientador, professor Doutor Alexandre Freire Pimentel, cuja colaboração foi imprescindível para concluir esse projeto.

Ao Desembargador Dr. Eurico de Barros Correia Filho, e aos colegas do seu Gabinete, no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, cuja convivência enriquece cada dia mais a minha experiência profissional.

Ao amigo Cristiano Pimentel, Procurador Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Pernambuco, cuja contribuição muito enriqueceu o trabalho.

À estimada Dra. Margarida Cantarelli, pelas oportunidades e pelo incentivo no meu crescimento pessoal.

Em memória de Alírio e Noélia. Sempre na minha memória e no meu coração.

RESUMO

A presente dissertação estuda a natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas no Brasil, investigando a hipótese de que o controle externo, quando exercido através de processos de julgamento de contas, constitui uma jurisdição especial, exercida fora do âmbito do Poder Judiciário, como exceção ao modelo de jurisdição “única” previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. No primeiro capítulo, será abordada a origem histórica e os fundamentos da função de controle externo da administração pública e a criação do Tribunal de Contas no Brasil. Em seguida, no segundo capítulo, será discutido o conceito e a natureza jurídica da função jurisdicional, através do estudo dos principais autores que se dedicaram ao instituto. A partir das considerações sobre o conceito de jurisdição, no terceiro capítulo se procederá a uma revisão bibliográfica das obras que se dedicaram à discussão do tema proposto, contextualizando os argumentos doutrinários com as Constituições Republicanas que se sucederam no Brasil desde 1891. Por fim, no quarto capítulo os principais argumentos sobre o tema serão sintetizados e debatidos.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Controle externo. Natureza Jurídica. Jurisdição.

ABSTRACT

This monograph endeavors to study the legal status of the decisions made by the Court of Accounts in Brazil, inquiring the hypothesis that accountability in Brazil, when proceeded through the legal process of judgement of accounts, consists in a special administrative justice, outside of the Judiciary Branch of Power, as an exception to the system of judicial jurisdiction established in the 5th article, section XXXV, of the Federal Constitution of Brazil. Chapter one examines the history of public accountability and the creation of the Court of Accountability in Brazil. The second chapter examines the nature of jurisdiction, commenting the work of the most important authors that addressed the issue. The third chapter reviews the bibliography on the discussion of the subject, considering the context of various Constitution drafts occurred since 1891 in Brazil. Finally, on the forth chapter the main arguments concerning the legal status of the decisions made by the Court of Accounts in Brazil are described and discussed.

Key-words: Court of Accounts. Accountability. Legal status. Jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1: O Controle Externo: visão histórica e o Direito comparado	11
1.1. A origem dos órgãos de controle externo.....	11
1.2. Os órgãos de controle externo no direito comparado	22
1.2.1. Modelo de Tribunal de Contas da França.....	26
1.2.2. Modelo de Tribunal de Contas da Itália	29
1.2.3. Modelo de Tribunal de Contas da Bélgica	31
1.3. Origem e evolução do Tribunal de Contas no Brasil.....	33
1.3.1. Antecedentes históricos: o controle do período colonial à queda do império	34
1.3.2. Da primeira república à ordem constitucional de 1988.....	38
CAPÍTULO 2: A função jurisdicional	50
2.1. Os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário.....	50
2.2. A função jurisdicional	58
2.3. A doutrina de Chiovenda.....	59
2.4. A doutrina de Carnelutti	63
2.5. A doutrina de Allorio	68
2.6. Autores ecléticas.....	71
CAPÍTULO 3 – A Controvérsia acerca da natureza jurídica do controle externo	83
3.1. Considerações preliminares.....	83
3.2. Corrente administrativista	87
3.2.1 Dissidências da corrente administrativista	98
3.3. Corrente jurisdicionalista	105
3.4. Considerações finais.....	115
CAPÍTULO 4 – Processo de contas e jurisdição especial.....	118
4.1. Considerações iniciais	118
4.2. Da unicidade (ou inafastabilidade) da jurisdição	120
4.3. Da aptidão para produzir eficácia de coisa julgada	131
4.4. Da lide e outros elementos da relação processual	136
4.5. Da inércia e imparcialidade	140
4.6. Da coercitividade ou autoritatividade.....	143
4.7. Do duplo grau de julgamento	156
CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170

Introdução.

O presente trabalho tem como objeto de estudo da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas no Brasil.

Partindo da premissa de que o controle externo, quando exercido através de processos de contas de gestão, constitui competência privativa dos Tribunais de Contas para **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis pela gestão dos recursos públicos, quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade das despesas públicas e subvenções do Estado, então se pretende averiguar a hipótese de que a Constituição Federal de 1988 incorporou uma forma especial de jurisdição, fora do âmbito do Poder Judiciário, como exceção ao modelo de jurisdição “única” previsto em seu art. 5º, inciso XXXV¹.

Nesta perspectiva o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe novos elementos para a discussão proposta, já o diploma processual introduziu modificações significativas quanto ao conteúdo **da função jurisdicional** no nosso país, quando passou a prever e prestigiar o exercício de jurisdição fora do âmbito do Poder Judiciário, no caso do juízo de arbitragem.

A pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico em livros, artigos e periódicos, além de material disponível na rede mundial de computadores, fazendo-se a ressalva para a escassa bibliografia específica sobre o tema no que se refere ao primeiro período histórico considerado, notadamente a partir de 1891 até meados da década de 1940, como será demonstrado.

No primeiro capítulo, será abordada a origem histórica e os fundamentos da função de controle externo da administração pública e a criação do Tribunal de Contas no Brasil. Para tanto será estudado como surgiu o controle externo no direito comparado, sobretudo os modelos de controle externo que mais se destacaram pela presença de Tribunais de Contas, a saber, os modelos da França, da Itália e da Bélgica.

Em seguida, no segundo capítulo, serão discutidos o conceito e a natureza jurídica da função jurisdicional, dado que essa premissa é determinante para a discussão proposta, de modo que serão expostos, dentre os diversos autores que se dedicaram ao estudo do instituto, aqueles se destacaram por sua contribuição mais autêntica e significativa, a exemplo de

¹ CF/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Chiovenda, Carnelutti e Allorio, além de outros autores considerados ecléticos que também deram contribuições importantes para o estudo da matéria.

A partir das considerações acerca do próprio conceito de jurisdição no terceiro capítulo se procederá a uma revisão bibliográfica das obras que se dedicaram à discussão do tema proposto, com a exposição do debate na doutrina acerca da natureza jurídica das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas, desde a criação do órgão no Brasil, até os dias atuais, com as observações pertinentes às Constituições Republicanas que se sucederam desde 1891, apresentando os principais autores que contribuíram para o debate, bem como os seus argumentos defendidos ao longo do tempo, até os dias atuais, devidamente contextualizados.

Por fim, no quarto capítulo, os principais argumentos utilizados por ambas as correntes serão sintetizados, debatidos e criticados cada um à luz das premissas adotadas pelos autores que os difundiram e das críticas que se lhe fizeram, considerando, inclusive, o conceito de função jurisdicional no qual cada argumento se fundamenta, com as observações pertinentes à contextualização de cada argumento em relação à Constituição Republicana em vigor.

O tema proposto se afigura cada vez mais relevante e atual na medida em que no Brasil tanto o orçamento público quanto a responsabilidade fiscal têm adquirido importância e despertado o interesse da opinião pública e das instituições. Mais recentemente o tema voltou à pauta em razão de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal que discutem a competência dos Tribunais de Contas em relação ao julgamento das contas prestadas por Prefeitos Municipais, além da discussão acerca do alcance das medidas cautelares adotadas pelas Cortes de Contas, tendo em vista a natureza jurídica do órgão de controle externo.

Também atualmente se destaca o fato envolvendo a ex-Presidente da República Dilma Vana Rousseff, recentemente condenada pelo Senado Federal em processo de *impeachment* por crimes de responsabilidade consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional, os quais caracterizam fundamentalmente violações aos deveres inerentes à administração financeira e orçamentária do Estado.

A questão do orçamento público e da sua eficiente fiscalização sempre foi importante, na medida em que é através dos (escassos) recursos públicos que se realizam as prestações positivas do Estado previstos na Constituição em vigor, as quais compreendem a materialização dos mais importantes direitos e garantias fundamentais, inclusive o acesso à justiça, operacionalizado através dos órgãos do Poder Judiciário.

Apesar de a discussão sobre a efetividade dos direitos humanos e fundamentais frequentemente envolver o debate acerca da ineficiência da gestão dos recursos públicos, com frequência tão discutida quanto os próprios institutos ou normas jurídicas nacionais ou internacionais, ainda é notavelmente incipiente a doutrina que se dedica à disciplina jurídica da gestão financeira-orçamentária do Estado e dos órgãos incumbidos de fiscalizá-la.

Causa verdadeira perplexidade o fato de ainda serem tão pouco estudados na doutrina brasileira os limites da administração dos recursos públicos e as instituições encarregadas de zelar pela eficiência do estado e pela probidade na Administração Pública, em especial se consideramos as atuais circunstâncias do país, em que sucessivos escândalos de desvios, crimes contra a administração pública, gestão fraudulenta ou simples ineficiência na administração pública das três esferas de governo levam a um cenário muitas vezes de calamidade do serviço público, nos mais amplos e variados aspectos.

A preocupação com estas questões chama a atenção para o papel do controle externo da administração pública, desempenhado pelos Parlamentos e pelos Tribunais de Contas, como ferramenta institucionalizada para garantir a higidez e transparência da gestão pública e aperfeiçoar a prestação dos serviços públicos tão importantes para a população.

Dentre os vários aspectos jurídicos relevantes sobre essa atribuição constitucional das Cortes de Contas, se destaca a efetividade das sanções de natureza pecuniária aplicadas nos casos de irregularidades ou desvios na administração pública, sobretudo nos casos em que os responsáveis pelo débito provocam o Poder Judiciário para pleitear a ampla revisão de todo o procedimento instaurado nos Tribunais de Contas, mesmo quando este foi precedido de exaustiva instrução probatória e garantido o contraditório e a ampla defesa, inclusive com os recursos previstos em lei.

Os limites da revisão judicial das sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas, em particular as multas pecuniárias previstas no §3º do art. 71 da Constituição de 1988,² não estão definidos de forma clara na lei, suscitando debate na doutrina e na jurisprudência, o que leva à insegurança jurídica e, conseqüentemente, à menor eficácia material das medidas legais que têm a finalidade de garantir uma gestão pública proba e economicamente eficiente.

² CF/88: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Os desafios atuais para o combate à corrupção e à ineficiência do Estado nos impele a averiguar a natureza jurídica do controle externo, em especial do exercício dessa função no âmbito do processo de contas de competência dos Tribunais de Contas, o qual tem sido bastante controvertido na doutrina.

CAPÍTULO 1 – O Controle Externo: visão histórica e Direito comparado.

1.1. A origem dos órgãos de controle externo.

A Constituição Federal de 1988 define o controle externo da Administração Pública no *caput* do art. 70 como sendo “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (...) quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Nos incisos do art. 71 outras atividades mais específicas são incluídas no conceito de controle, a exemplo da apreciação de legalidade dos atos de admissão de pessoal (inciso III) e das inspeções e auditorias (inciso IV).

O constituinte atribuiu expressamente essa função ao Parlamento e aos Tribunais de Contas de cada ente federativo no *caput* do seu art. 71³, cabendo ao primeiro a competência privativa para julgar as contas anuais do chefe do Poder Executivo (art. 71, I c/c 75 da CF/88) e ao segundo exercer essa função em relação aos demais gestores públicos.⁴ Esse controle, que se denomina externo, é ainda apoiado (art. 74, IV) pelos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo e Judiciário, os quais têm o dever de provocar a atuação das Cortes de Contas, sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, §1º), ao tomarem conhecimento de irregularidades ou ilegalidades relativas à gestão dos recursos públicos.

A prerrogativa de controle externo implica, de outro lado, o dever de prestar contas, previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal de 1988, ao qual se sujeita qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, da administração direta ou indireta, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União (ou o ente federativo respectivo) responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Os referidos dispositivos constitucionais constam do Título IV (Da organização dos Poderes), do Capítulo I (Do Poder Legislativo), Seção IX (Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), o que demonstra que o controle externo foi bastante prestigiado pelo constituinte de 1988, sendo-lhe dedicados diretamente os artigos 70 a 75, além de outros

³ CF/1988: “art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete...”

⁴ Recentemente o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 10 de agosto de 2016, reafirmou a competência privativa do Parlamento (no caso, da Câmara dos Vereadores), para julgar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo (no caso, o Prefeito Municipal), no julgamento dos RE nº 848.826/DF, RE nº 729.744/MG, RE nº 635.145/RS e RE nº 583.050/RS, julgados conjuntamente, cuja repercussão geral fora reconhecida na sessão do dia 27/08/2015, tendo sido analisada, na mesma oportunidade, os reflexos dessa competência em face das hipóteses legais de inelegibilidade previstas na Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), por ocasião do julgamento conjunto da ADI nº 4.578/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28inelegibilidade+e+tribunal+e+conta%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/htyzsht>>. Acesso em 22 de ago. de 2016.

dispositivos que disciplinam tanto o controle interno quanto o controle externo, sem olvidar o dispositivo acerca do Ministério Público que atua **junto** aos Tribunais de Contas (CF/88, art. 130⁵).

A concepção ampla de controle externo adotada no texto constitucional compreende a fiscalização não apenas quanto à administração dos recursos financeiros e cumprimento do orçamento público previamente aprovado pelo Parlamento, mas inclui também a fiscalização direta dos atos de gestão, tais como atos administrativos, contratos e obras públicas, além de atos de admissão de pessoal, concessão de aposentadorias, reformas e pensões, balanços patrimoniais e inclusive as renúncias de receita pública. Do ponto de vista material, a função compreende não apenas o aspecto de legalidade do ato controlado, mas também a sua legitimidade e a sua economicidade.

Certamente o viés democrático da atual Constituição brasileira, mais que justificado pelo contexto político em que foi promulgada, explica porque o controle externo foi tratado com tamanho zelo e prestígio; mas, se por um lado hoje o controle externo é amplo e possui tão extensa disciplina constitucional, por outro lado é possível constatar que essa função constitui um poder conquistado pelo Parlamento, no decorrer de um longo processo histórico, e que o seu conteúdo foi largamente enriquecido com o amadurecimento recente da democracia no Brasil.

Com efeito, em maior ou menor grau, até as civilizações mais antigas desenvolveram algum tipo de controle organizado, sobretudo as primeiras repúblicas que foram precursoras da cultura ocidental, como Grécia e Roma clássicas, daí por que alguns autores defendem que estas seriam as primeiras formas de controle, enquanto parte da doutrina se refere a outras civilizações antigas, como o Egito, os Fenícios, a China ou até mesmo a Índia. Assim, por exemplo, Guerra⁶ invoca as origens mais remotas da função no Egito antigo, *in verbis*:

Os mais remotos registros existentes das primeiras tentativas de controle e fiscalização das contas e finanças públicas encontram-se nos papiros do faraó egípcio Menés, que governou o Alto Egito nos idos de 3000 a.C., cuja intenção era a cobrança de tributos de camponeses submetidos a intermináveis labores, tendo criado uma classe de funcionários públicos, chamados “escribas”, responsáveis pela supervisão da administração pública e pela cobrança de impostos.

Também na Grécia antiga havia instituição assemelhada, a quem homens públicos prestavam contas, cujos resultados eram registrados em pedra e apresentado em público. Na Roma antiga, a aferição das contas públicas já se procedia de forma mais ampla, chegando mesmo a ter seus fundamentos estabelecidos na legislação romana.

⁵ CF/88. Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

⁶ GUERRA, E. M. e MARIANO, D. A jurisdição dos Tribunais de Contas. **Revista Controle**, vol. X – nº2. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, p. 56-97. jul./dez.de 2012. p. 70.

Luis Bernardo Dias Costa, por sua vez, cita também outros povos contemporâneos aos egípcios antigos, como os fenícios e os persas, chegando a referir-se aos indianos, *in verbis*:⁷

(...) se refere à existência de formas de controle, por escribas, no Egito, Pérsia e entre os fenícios, aproximadamente 3.200 anos antes de Cristo; Código de Manu, na Índia, aprox. 1.300 anos antes de Cristo; Filosofia confucionista na China estimulava métodos contábeis precursores do controle financeiro. Na antiguidade clássica havia na Grécia os *legisperitos*, que seriam embriões dos Tribunais de Contas, em Atenas as contas eram julgadas por um órgão composto por dez lojistas, escolhidos pelo povo, e, finalmente, em Roma, o Senado, com o auxílio dos *questores*, fiscalizavam o *erarium*, que já naquela época se distinguia do *fiscus*.

Por sua vez, Carlos Leite Costa ressalta a influência, nos modelos modernos, do desenvolvimento da função de controle na Roma antiga, *in verbis*:⁸

Acresce, também, segundo acentua o ilustre mestre italiano, ao estudar o “Procedimento Civil Romano”, que do primitivo ordenamento da jurisdição, até o direito Justiniano, **muitas magistraturas especiais foram criadas e entre elas merece nossa atenção especial a ordem de magistrados financeiros**, que julgavam em matéria financeira, sobretudo quando surgiam questões públicas relativas às rendas do Estado cedidas em contrato. Essas jurisdições foram desempenhadas pelos censores e questores que, além de participarem da administração financeira, julgavam também sobre contratos de direito público. Tratava-se de jurisdições especiais, distintas das jurisdições ordinárias, mas nem por isso deixavam de conhecer das pretensões e realizar o direito. (grifo nosso)

Em que pese a essa sutil divergência quanto à origem da função, certo é que as formas antigas que mais se aproximam do modelo de Tribunais de Contas atualmente adotada na maioria dos países da Europa continental e da América Latina foram o conselho de *legisperitos* das Cidades-Estados Gregas (polis), e, sobretudo, em Roma, com a fiscalização do Senado e participação do tribunal dos *questores* e *censores*, razão pela qual estas podem ser consideradas como protótipos, ou formas embrionárias de Tribunais de Contas, até porque foram nestes Estados que se começou a fazer a distinção entre o patrimônio pessoal do governante e o patrimônio do Estado, este último de interesse público e sujeito ao controle.

O próprio modelo político de República surgido na Grécia, posteriormente adotado em Roma, já traz em sua essência essa separação entre ao patrimônio pessoal do governante e o patrimônio público, daí por que o nome significa, literalmente, coisa (*res*) pública. Os romanos denominavam *aerarium* o produto da arrecadação das receitas públicas, como rendas

⁷ COSTA, Luis Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz_Bdto.pdf> acessado dia 03 de agosto de 2015. p. 16.

⁸ COSTA, Carlos Leite. **O Tribunal de Contas: Órgão e função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982, p. 12.

provenientes das províncias senatoriais, alfândegas e confiscações, confiado ao senado romano e gerido pelos *questores*, enquanto o *fiscus* se designava o tesouro privado do imperador, que era administrado pelo próprio César e por funcionários por ele nomeados,⁹ ainda que essa distinção fosse sempre muito tênue, e que, eventualmente, “(...) os recursos do Estado romano confundiram-se com a fortuna particular do imperador, e que este acostumou-se a manejar os recursos públicos como coisa de sua propriedade”.¹⁰

Apesar de estas primeiras experiências lançarem as bases do controle externo moderno, com o sistema de controle por representação parlamentar (normalmente do senado) auxiliado por órgão especializado, geralmente colegiado, o aperfeiçoamento das formas de controle externo ficou prejudicado a partir da segunda metade do séc. V, com a queda do império romano ocidental e o advento da Idade Média, pois, nos vários séculos seguintes, a Europa se fragmentou e testemunhou inúmeras guerras, invasões, conflitos, pragas, crises, cruzadas e reconquistas, enfim mudanças geopolíticas que culminaram em monarquias ou principados apoiados por senhores feudais, nos quais, por muito tempo, foi suprimida a distinção entre o patrimônio dos governantes (fosse o Rei/Príncipe ou seus vassallos/aristocratas) e do Estado.

O poder do soberano só veio novamente a ser limitado, de forma significativa, durante a Baixa Idade Média, quando, em 1215, os nobres da Inglaterra impuseram ao monarca João “Sem Terra” (1166-1216) a Magna Carta, que em seu artigo 12 dispunha: “Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo seu conselho comum, exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, fazer seu primogênito cavaleiro e casar sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim serão razoáveis em seu montante”. A Magna Carta é considerada por muitos autores a origem do orçamento público moderno,¹¹ dentre outros importantes institutos restritivos ao poder político ali inaugurados.

O referido dispositivo foi reforçado na *Bill of Rights*, em 1689, e nela o Parlamento inglês adotou o comportamento de interferir na gestão dos recursos públicos apenas para aprovar, reduzir ou rejeitar as despesas propostas pela Coroa, para que fosse preservada a prerrogativa do Poder Executivo como responsável pelas finanças do Estado.¹² O Poder Executivo perdeu ainda mais espaço com a *Petition of Rights Act* de 1860, onde se estabeleceu que as despesas com o exército deveriam se sujeitar à aprovação do Parlamento.

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 314.

¹⁰ *Ibidem*, p. 287.

¹¹ *Ibidem*. p.287.

¹² *Ibidem*. p.285, 286.

Na França, durante a revolução de 1789, foi instituído o princípio da periodicidade anual da votação e também a autorização prévia do Parlamento para a arrecadação de impostos¹³.

O orçamento surgiu, portanto, na Inglaterra, onde é denominado *budget* (que vem da palavra francesa *bougette*, ou “bolsa de couro”) em alusão à bolsa em que o ministro da Fazenda inglês, Gladstone, levava os papéis e documentos que lhe instruíam o discurso sobre a proposta orçamentária, realizada anualmente perante o Parlamento inglês. A palavra portuguesa “orçamento” é proveniente do termo italiano “*orzare*”.¹⁴

Por sua vez, o controle externo está intimamente relacionado, desde sua origem, com o surgimento do orçamento público, tratando-se, pois, de uma consequência lógica do poder conquistado pela nobreza de limitar, ou restringir, o poder do monarca de criar e arrecadar tributos de seus súditos, daí por que se tornou necessário justificar as despesas da Coroa perante o Parlamento, através de prestação de contas. Tal função todavia não se denominava “controle externo” desde o princípio, já que se falava apenas no dever de prestar contas, e a correspondente prerrogativa parlamentar de aprová-las ou rejeitá-las.

A origem mais aceita na doutrina para a palavra “controle” vem do latim fiscal medieval, e se refere ao documento de registro contábil utilizado na arrecadação de tributos. A fonte etimológica mais citada é a obra *Istituzioni di diritto amministrativo* de Massimo Severo Gianini, referida, por exemplo, nas obras de Eduardo Gualazzi¹⁵ e Odete Medauar¹⁶, as quais, por sua vez, são seguramente duas obras de grande importância acerca do controle administrativo em nosso país. Assim, por exemplo, conforme Medauar, *in verbis*:

O termo *controle* é um galicismo, se considerado sob o ângulo da pureza linguística, mas hoje integra o vocabulário usual. Segundo Begeron, no dicionário Quillet são atribuídos os seguintes significados ao termo *rôle*: a) peça de pergaminho mais ou menos longa, enrolada ou não, sobre a qual se escreviam os atos, os títulos; b) registro oficial em que se escrevem nomes; c) no âmbito da marinha, o *rôle* de uma equipagem é a lista do estado civil da equipagem. O *contre-rolê* é o registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados; a expressão foi abreviada, resultando no termo *controle*. Essa mesma origem da palavra vem indicada por G. A. Vanni no trabalho “*Organizzazione degli uffici finanziari*”.

Para Gianni, o termo vem do “latim fiscal medieval”, *contra rotulum* (em francês *contre-rolê – controlê*), que indica o exemplar do rol de contribuintes, dos tributos, dos censos, sobre a base do qual se verifica a operação do exator. Essa mesma origem etimológica é apontada por Roberta Lombardi, com o significado essencial de um fenômeno lógico de reexame ou revisão de uma atividade de outrem.

¹³ Oliveira, *op. cit.* p.288.

¹⁴ *Ibidem.* p.288/289.

¹⁵ GIANINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 57, nota 13. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21-22.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

Conforme Bergeron, “a partir de 1654 numerosos atos jurídicos deviam ser controlados, isto é, resumidos em registros especiais, mediante pagamento de uma taxa. Adquiriam, assim, data certa, vantagem preciosa do direito privado, configurando um tipo de controle hoje denominado registro, que seria, então, o sentido originário do termo.

No sentido original, portanto, submeter a controle consistia em comparar o registro fiscal do agente arrecadador com a contrafé (*contra rotulum*) em posse do contribuinte, para assim averiguar o correto recolhimento de impostos. Mais tarde, o termo passou a designar documentos de registro de atos e negócios civis e comerciais em geral, a fim de viabilizar a sua fiscalização pelas partes interessadas, dando, assim, maior segurança jurídica aos negócios celebrados entre particulares.

O próprio conceito atual de controle tem múltiplos sentidos, podendo significar desde noções mais rígidas, equivalentes a domínio, autoridade, ou poder de direção, tal como ocorre com a conotação do vocábulo na língua inglesa (*control*), como também sentidos mais leves, tais como os encontrados em outras línguas europeias, inclusive a francesa, na qual o termo tem o sentido de vigilância, verificação ou inspeção¹⁷.

Para a ciência da administração, por exemplo, o **controle** constitui uma das funções administrativas clássicas, que são as de **planejar, coordenar, supervisionar, executar e controlar**,¹⁸ e, em síntese, corresponde a uma atividade de verificar uma **ocorrência** (realidade), que no caso corresponde à própria gestão do administrador, e compará-la a um determinado **padrão** (parâmetro, modelo, ou *standard*).

O parâmetro, por sua vez, varia de acordo com o enfoque mais adequado ao interesse do administrador, podendo compreender, por exemplo, desde as metas da sua gestão, as regras jurídicas e contábeis que pautam a conduta do agente controlado, a responsabilidade social ou ambiental da gestão, a eficácia ou a eficiência dos atos praticados etc em todo caso, porém, do ponto de vista da ciência da administração, o controle constitui uma das funções da própria administração, ou seja, **quem controla administra**.

De uma maneira geral, no entanto, o ato de controlar se distingue do ato de administrar, e pressupõe ao menos a existência de dois agentes, ou órgãos, distintos – um controlador e outro controlado – além de uma conduta que se sujeita ao controle, ou seja, um conjunto de atos praticados pelo controlado em determinado período, que é comparada com os parâmetros eleitos de acordo com o interesse ou a função do agente controlador.

¹⁷ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (teoria e jurisprudência)**. Niterói: Impetus, 2007. p. 4.

No contexto da ciência jurídica, mais especificamente no direito público, sobressai a diferenciação dos agentes na relação de controle, na medida em que “O controle, como instituto de direito público, importa uma *diferenciação de órgãos e de vontades*; o órgão controlador é sempre diverso do órgão controlado”¹⁹ daí por que a **função de controle** não se confunde com a **função de administrar** nesse contexto.

No âmbito do direito administrativo a concepção mais ampla de “controle” pode ser entendida como qualquer forma de fiscalização exercida por um agente ou órgão público em relação a outro, estando ambos ou não inseridos na mesma estrutura hierárquica, de modo que basta que se observe a presença de um agente controlador e um agente controlado para se caracterizar a atividade de controle. Um exemplo da acepção ampla de **controle**, utilizada com maior frequência na doutrina, é o conceito utilizado por Guerra, *in verbis*:²⁰

A possibilidade de verificação, inspeção, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever de fiscalização, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.

Na sua acepção estrita, no entanto, o controle administrativo só ocorre quando o agente controlador é capaz de interferir na conduta do agente controlado, através de atos jurídicos diretos que influenciam o seu comportamento. Acerca da distinção, esclarece Medauar, *in verbis*:²¹

Em *acepção restrita* considera-se *controle* a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou. Daí o conceito seguinte: *Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.*

Em *acepção ampla*, o controle significa a *verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente.* Na acepção ampla se inclui o chamado *controle social*, do que fornece exemplo a representação contra irregularidades a Tribunais de Contas – cidadão que representou não adota medidas jurídicas relativas a decisões ou a agentes, de forma direta, mas pode desencadear a atividade do órgão de controle.

¹⁹ FORTI, Ugo. I controlli dell'amministrazione comunale. Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, a cura di Orlando Vittorio Emanuele. Milão: Società Editrice Libreria, 1915. vol. 2. 2ª Parte. p. 609 *Apud*: MEDAUAR, *op. cit.* p. 27.

²⁰ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23.

²¹ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 32.

Adotando as considerações de Medauar, admite-se que o controle, na acepção ampla do texto, pode ser exercido não apenas pelos órgãos do Estado, mas também pela sociedade civil organizada, pelos estudantes e profissionais da área acadêmica, pela mídia ou por qualquer cidadão interessado.

O controle é dito **interno** quando exercido por órgão ou agente integrante da própria estrutura hierárquica na qual se insere o órgão ou agente fiscalizado (também denominado autocontrole, ou autotutela), e é **externo** quando é exercido por um Poder ou órgão distinto, separado da estrutura do órgão controlado.²² É o caso, por exemplo, do controle externo exercido pelo Ministério Público em relação à atividade policial, previsto no art. 129, VII.²³

Mesmo na acepção restrita, portanto, o controle, ainda que externo, também não é uma atividade exclusiva dos órgãos especializados – os Tribunais de Contas e as Comissões Parlamentares, mas é também desempenhada por outros órgãos do próprio Estado, como os órgãos do Poder Judiciário (controle judicial) e o Ministério Público, já que tais instituições públicas, assim como as Cortes de Contas, quando exercem a suas atribuições constitucionais, também são capazes de intervir através de medidas ou propostas que afetam diretamente, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente objeto de controle, independentemente de qual estrutura hierárquica pertençam.

Entretanto, no âmbito mais específico dos direitos administrativo e financeiro, de que ora tratamos, denomina-se **controle externo** a atividade definida no art. 70 da Constituição, desempenhada pelo Parlamento de cada ente federativo, bem como pelos Tribunais de Contas, sendo distintos, como dito, os papéis desempenhados por cada qual. É nesse contexto que se deve entender, no presente trabalho, o conceito de controle externo.

O controle também pode ser classificado quanto ao momento em que ocorre, em relação ao ato controlado, podendo ser **preventivo, ou a priori**, quando antecede o ato ou lhe condiciona a eficácia (p. ex. autorização de despesa, vistos etc); **concomitante**, quando ocorre juntamente com o próprio ato controlado, à medida que este é praticado (p. ex. quando o Tribunal de Contas aprecia, para fins de registro, os atos de concessão aposentadorias, reformas ou pensões, previsto no art. 71, III, da CF/88); ou ainda **sucessivo, ou a posteriori**, quando o controle ocorre depois que o ato controlado é praticado (p. ex. prestação de contas). Quanto ao seu conteúdo, o controle pode ser de legalidade, de legitimidade ou de economicidade.

²² CHAVES, *op. cit.*, p. 93.

²³ CF/88: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;”.

A distinção entre o controle interno e o externo repercute não apenas na fonte de normas jurídicas que disciplina a relação de controle em cada caso, mas também nos próprios limites para o exercício da função, uma vez que o primeiro tipo de controle decorre dos poderes hierárquico e disciplinar da administração pública, ou seja, são expressões da auto-organização ou autotutela do Estado, enquanto o segundo – **controle externo** – é uma consequência do equilíbrio entre poderes que interagem na esfera política do Estado, devendo haver, inclusive, uma relação cooperação, ou “apoio” entre ambas, e têm como fundamento normas constitucionais.

O sistema de controle externo exercido por Tribunais de Contas, modelo adotado atualmente no Brasil, encontra raízes mais expressivas na Europa continental, em especial no séc. XIII, quando foram criadas as primeiras instituições do gênero na França e na Inglaterra, e, depois, no séc. XIX, quando surgiram também em outros países, dentre os quais se destacam a Prússia (parte da atual Alemanha), a Itália e a Bélgica. Jarbas Maranhão, em dois artigos distintos, teceu acerca dessas origens os seguintes comentários, cuja reprodução se faz bastante oportuna, *in verbis*:

Da mesma forma, lembra que, na França, desde 1256, os éditos de Luís IX fazem menção de uma instituição chamada *Chambre de Comptes*; que na Inglaterra, desde os tempos dos Reis Normandos, existiu um Tribunal de Justiça em matéria de finanças chamado *Echiquier*, composto de um certo número de barões feudais (*barons os the Echiquier*); que na Prússia, desde 1824, se organizou um tribunal semelhante, que foi modificado em 1872, para se reorganizar em 1876, com o título de Tribunal de Contas do Império da Alemanha; e que, na Itália, desde 1807, existiu a *Régia Côte dei Conti*, organismo que sucedera a outros e que veio, em 1849, a ser modelado pelo da Bélgica.²⁴

Sylvio Santos Faria, no ensaio intitulado de “Contrôle das Finanças Públicas”, faz um estudo magnífico sobre a evolução das finanças clássicas do Estado até o orçamento, onde é possível, através do princípio da unidade, um controle mas efetivo das autorizações financeiras. Para êle, a impossibilidade de o legislativo intervir diretamente nas atividades administrativas determinou o aparecimento de outras formas de controle financeiro que não parlamentar. Pode-se – acrescenta – num esforço de indução, dizer que todos os outros processos, sejam quais forem, representam formas subsidiárias de controle pelo parlamento, a quem compete originariamente a função eminentemente política de saber do destino dado pela Administração aos tributos arrecadados por autorização sua e a serem empregados em despesas fixadas também no orçamento. Em alguns países, anota êle ainda, como a Inglaterra e os Estado Unidos, verifica-se a consolidação do controle jurisdicional e político nos órgãos legislativos. Em outros, porém, o controle jurisdicional constitui-se através de um órgão próprio, considerado auxiliar do Legislativo. (*sic*)²⁵

²⁴ MARANHÃO, Jarbas. *A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições*. IN: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 30, n. 119, jul./set. 1993, p. 255.

²⁵ MARANHÃO, Jarbas. **Origem e importância do Tribunal de Contas**. 1. ed. Recife: Tribunal de Contas, 1968, p. 29-30.

Conforme se depreende das lições de Jarbas Maranhão, a **função de controle externo** da administração pública surgiu como uma conquista de poder do Parlamento, que passou a limitar e vigiar (controlar) o poder do monarca. O autor chega a sugerir um raciocínio indutivo pelo qual as outras formas de controle da administração pública derivam desse controle parlamentar original.

De todo modo, essa conquista foi um fator histórico decisivo para o declínio da monarquia absolutista europeia, quando o Rei ainda era identificado com o próprio Estado (daí a célebre expressão de Luís XIV, “*L'État c'est moi*”) e contribuiu para a ascensão dos valores iluministas burgueses, do liberalismo econômico e, posteriormente, do próprio constitucionalismo, que resultaram, pode-se dizer, após longo processo, no surgimento do estado democrático de direito.

O declínio gradativo do poder absoluto do Rei, sobretudo no séc. XVIII, foi marcado pela ascensão social da burguesia e dos ideais iluministas, que desejavam romper o controle estatal do mercado e o monopólio hereditário do poder e propunham um modelo republicano desenvolvido pela teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu²⁶.

Importantes movimentos políticos marcaram essa transição, como a independência dos Estados Unidos (1776), e a revolução francesa (1789). Uma das consequências desse declínio foi o aumento do controle parlamentar sobre o governo, que aos poucos foi crescendo em abrangência e conteúdo, extrapolando os limites originais de mera fiscalização orçamentária e limitação da criação de tributos, como bem observa Seabra Fagundes, *in verbis*:²⁷

Acompanhando a evolução geral do processo de separação dos órgãos e funções do Estado, encontra-se, inicialmente, a aparição do Poder Legislativo por meio do Parlamento. O soberano começa a decair do seu absolutismo sob a pressão dos nobres e do povo. O Parlamento passa a exercer certo controle sobre os atos da Coroa. Fiscaliza a Administração, principalmente do ponto de vista do interesse coletivo, mediante a votação de créditos e a tomada de contas. Todavia, pelo seu feitiço estritamente político, tende sempre a apreciações parciais, não se revelando capaz de amparar eficazmente o indivíduo. A sua ação nada tem de jurídica. É puramente política. Vai-se fazendo sentir a necessidade doutros métodos de limitação ao poder real. O direito do indivíduo em face do Poder Público continua nenhum. O soberano permanece absoluto e infalível, no que respeita ao súdito. Muito tarda, ainda, a se admitir a proteção efetiva do indivíduo contra o excesso da Administração. Mas o absolutismo real vai declinando, lentamente, ao sopro das revoluções.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70.

²⁷ FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p 142.

Com efeito, o surgimento do estado de direito e a posterior consolidação da democracia levaram o controle externo a assumir um papel cada vez mais relevante para a sociedade, com bem caracterizado por Luis Bernardo Dias Costa²⁸, *in verbis*:

A ideia de estado de Direito, desde os seus primórdios, é inseparável da ideia de controle. Para que haja estado de Direito é indispensável que haja instituições e mecanismos hábeis para garantir a submissão à lei. A finalidade, portanto, do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, os princípios da legalidade, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, legitimidade, muito deles plasmados expressamente na própria Constituição Federal. Em certas circunstâncias, o controle abrange também os aspectos de oportunidade e conveniência, ou seja, os aspectos políticos ou discricionários do ato.

Apesar de ter surgido no contexto de uma monarquia absolutista, ainda que decadente, alguns autores chegam a defender que o controle externo vem a ser da essência do Estado democrático, tal a importância que alcançou nos dias de hoje, a exemplo do Arsênio José da Costa Dantas, *in verbis*:²⁹

Apesar de esses órgãos de controle poderem existir em quaisquer regimes políticos, é certo que nos regimes democráticos é que assumem toda a sua plenitude, no desdobramento da função essencial de informar à sociedade e aos seus representantes no Parlamento, como são geridos os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade, lhes pertencem, com a eventual e consequente apuração de responsabilidades. Essa, portanto, é a perspectiva do controle externo que se deve adotar para o caso das operações de crédito realizadas com recursos captados junto a terceiros pelas sociedades de economia mista bancárias.

No contexto atual da democracia em nosso país, onde a informação é cada vez mais acessível, os Tribunais de Contas brasileiros têm demonstrado uma preocupação crescente com a participação popular no controle, empreendendo esforços relevantes para difundir formas mais simplificadas e facilitar o acesso do cidadão aos atos de gestão financeira e orçamentária dos entes federativos, sobretudo dos Municípios.

Conforme Jarbas Maranhão, à medida que o exercício desse controle externo foi abarcando uma quantidade cada vez maior de informação e demandando conhecimentos cada vez mais técnicos e complexos, foi tomando corpo uma nova forma de organização de Estado, com a criação de órgãos especializados ligados aos Paramentos, e assim surgiram diversos

²⁸ COSTA, L., *op. cit.* p. 30.

²⁹ DANTAS, Arsênio José da Costa. **O Controle Externo das operações de crédito realizadas pelas Sociedades de Economia Mista bancárias**. Universidade de Brasília. Biblioteca Central. Brasília. 2006. Disponível em Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053992.PDF> > acessado dia 03 de agosto de 2015. p. 24.

sistemas de controle da atividade do Estado no continente europeu. Segundo o autor, *in verbis*:³⁰

O controle das finanças públicas, qualquer que seja a forma de que se revista, é sempre originariamente de natureza política, pois as suas raízes estão nas lutas entre os monarcas e os parlamentos pelo controle orçamentário e financeiro.

Mas a amplitude das funções do Parlamento e a vibração dos partidos políticos forjaram outras formas de controle financeiro, além do parlamentar.

Nasceram, assim, as Cortes de Contas da necessidade de novos critérios para a mencionada fiscalização, inclusive a de emprestar-lhe um caráter técnico e isento.

O ciclo orçamentário não se resume na discussão e votação das receitas e despesas públicas.

Ele inclui necessariamente, ainda, a prestação de contas, o controle da legalidade e do mérito pelas Assembléias Políticas e o técnico-jurídico pelos Institutos de Contas.

Os sistemas clássicos de controle externo encontram seus exemplos mais notáveis na Inglaterra, onde se desenvolveu um órgão singular especializado de controle externo; e em alguns países da Europa continental, onde essa função foi atribuída a órgãos especiais, os Tribunais de Contas, que em alguns ordenamentos jurídicos assume natureza jurisdicional, e em outros, exclusivamente administrativa³¹.

1.2. Os órgãos de controle externo no direito comparado.

Um critério muito aceito na doutrina para distinguir os sistemas de controle externo consiste em identificar órgão encarregado de exercer tal função. O primeiro sistema, surgido na Inglaterra, se caracteriza pela existência de órgãos fracionados do parlamento (*comissions*), auxiliados por um **órgão singular especializado**, geralmente denominado Auditoria Geral (*General Audit Office*) ou Controladoria Geral (*General Comptroller Office*). O modelo anglo-saxão é bastante disseminado atualmente, tendo influenciado grande parte dos países modernos em decorrência do colonialismo inglês, e, posteriormente, pelo exemplo dos Estados Unidos da América. Acerca do sistema anglo-saxão, Eduardo Gualazzi observa, *in verbis*:³²

O controlador e Auditor Geral, órgão unipessoal, é nomeado pela Coroa. Apesar disso, é órgão independente, porque sua remoção, ainda que proveniente da própria Coroa, que o nomeou, somente pode ocorrer ante a explícita solicitação do Parlamento, do qual não pode, precisamente por este motivo, fazer parte, assim como não pode acumular o cargo de Controlador e Auditor Geral com qualquer outro cargo ou função, na área pública.

³⁰ MARANHÃO, 1968, *op. cit.* p. 26.

³¹ COSTA, L., *op. cit.*, p.19.

³² GUALAZZI, *op. cit.* p. 127.

De acordo com o autor,³³ no sistema de controle externo em que a função é desempenhada por Controlador ou Auditor Geral, o controle é preventivo e sucessivo. Preventivo sobre as ordens do Tesouro, atinentes às transferências de fundos ao Agente Pagador Central, a cargo do Fundo Consolidado, sendo certo que nenhuma quantia pecuniária pode ser liberada aos Ordenadores do Tesouro se o título autorizatório não for previamente subscrito pelo Controlador e Auditor Geral.

Por sua vez, o controle sucessivo é exercido a fim de fiscalizar a responsabilidade de gestão dos Administradores, dos Ordenadores e dos Contadores (Principais e Subalternos), em relação às contas diárias de caixa, às contas quadrimestrais, aos ingressos e dispêndios a cargo do Fundo Consolidado, bem como às contas anuais, seja relativas aos serviços a cargo do Fundo, seja as relativas aos ingressos e despesas públicas. O controle externo, preventivo ou sucessivo, é exercido somente no tocante à legitimidade, pelo Controlador e Auditor Geral, por intermédio de prepostos, que atuam junto às administrações controladas.³⁴

Durante o período da União Soviética, a Rússia criou um sistema de controle pelo qual um órgão do Partido Comunista exercia a função³⁵, em perfeita coerência com a ideologia política na qual o partido centraliza as funções de governo, concentrando o poder na mão dos poucos membros da sua cúpula.

Na Suécia se criou, em 1713, o sistema denominado de *Ombudsman* (que por sua vez significa literalmente “homem encarregado de missão pública” pelo Rei Carlos XII, no qual o controle externo é exercido por um delegado do Parlamento (na Constituição de 1809 denominado *Riksdagen Justitieombudsman*), incumbido de controlar o respeito às leis e aos regulamentos. Esse modelo foi assimilado por outros países escandinavos, como a Finlândia (em 1919), a Noruega (em 1952) e a Dinamarca (em 1954).³⁶ Por este modelo um *ombudsman* é eleito pelo Parlamento por um colegiado (que na Suécia é composto por quarenta e oito membros), para o exercício de um mandato (originalmente de 04 quatro anos), podendo ser reeleito, e seus vencimentos são equivalentes aos de um ministro da Suprema Corte.

Por mais que esses modelos sejam relevantes, no entanto, por razões históricas ou por curiosidade acadêmica, pouco aproveitam à finalidade do presente trabalho, pois não influenciaram de forma significativa o sistema de controle externo adotado no Brasil.

³³ GUALAZZI, *op. cit.* p. 127.

³⁴ *Ibidem*, p. 127.

³⁵ MARANHÃO, 1968, *op. cit.* p. 17-18.

³⁶ MEDAUAR, *op. cit.* p. 157-158.

O sistema brasileiro segue o modelo de Tribunais de Contas desenvolvido na Europa continental e que, por consequência da colonização portuguesa, foi adotado entre nós desde o princípio. Esse sistema, surgido no início do séc. XIX, na França, se caracteriza pela criação de órgão colegiado de conhecimento especializado, que funciona de forma mais ou menos independente do Parlamento, dependendo do país. Segundo Jarbas Maranhão, *in verbis*:³⁷

A origem do Tribunal de Contas remonta à França. Neste país a Corte de Contas surgiu a 16 de setembro de 1807, criada por NAPOLEÃO BONAPARTE que, a respeito, disse em pronunciamento que se acha inculcado nos *Invalides*, de Paris: “Quero que mediante uma vigilância ativa seja punida a infidelidade e garantido o emprego legal dos dinheiros públicos.”

A Holanda criou o seu Instituto em 1820. Mais tarde o at. 116 da Constituição Belga de 1831 o instituiu, embora decreto de 1830 já determinasse a organização do tribunal que, todavia, só veio a ser organizado mediante uma lei orgânica de 1846.

As Cortes de Contas se estenderam por quase todos os países do mundo civilizado, adotando variações dos três modelos clássicos: o francês, o italiano e o belga. Mesmo nesses países, que marcam os tipos tradicionais, ocorreram variações. Diz, por exemplo, o Professor PAULINO JACQUES que a França com a Constituição de 1946 e a Itália com a de 1947 aproximaram-se do sistema belga.

Em extensa pesquisa acerca das instituições de controle externo no Direito Comparado, Pedro Humberto Teixeira Barreto³⁸ identificou como embriões dos Tribunais de Contas modernos a criação da Casa dos Contos em Portugal, no séc. XIII, e o Tribunal de Contas da Espanha, criado no séc. XV, mas apenas a partir do séc. XVIII se observou na Europa o florescimento das principais instituições superiores de controle externo atuais: na Prússia (1714), Áustria (1761), França (1807), Holanda (1814), Finlândia (1824), Bélgica (1830), Grécia (1833), Luxemburgo (1840), Portugal (1842), Dinamarca (1849), Itália (1862), Reino Unido (1866), Brasil (1891), Irlanda (1921), Suécia (1921) e Estados Unidos (1921). O autor ressalta, no entanto, que, no Reino Unido, o *National Audit Office* já era oficializado desde 1780.

Visando reunir as instituições superiores de controle dos mais variados países de todos os continentes, para a troca de experiências e de informações técnicas, foi realizado um congresso em 1953, em Cuba, em que se decidiu pela criação da **Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI**, que a partir de então tem se reunido a cada três anos. Atualmente a INTOSAI congrega 192 (cento e noventa e duas) instituições superiores de controle, além de 05 (cinco) membros associados.

³⁷ MARANHÃO, Jarbas. Origem dos Tribunais de Contas: Evolução do Tribunal de Contas no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, p. 327-330, jul./set. de 1992. p. 327-328.

³⁸ BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da união européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.3.

De acordo com a pesquisa de Barreto³⁹, até 2004, dos 182 (cento e oitenta e dois) países pesquisados, que então integravam a INTOSAI, 27% (vinte e sete por cento) adotavam o modelo de Tribunais de Contas, enquanto 73% (setenta e três por cento) adotavam o modelo de Auditorias Gerais ou Controladorias Gerais.

Dentro do contexto do nosso objeto de pesquisa, Barreto comparou as características mais marcantes dentre os Tribunais de Contas presentes nos países membros da INTOSAI, concluindo que dentro da União Europeia seis países adotam Tribunais de Contas **com função jurisdicional**, são eles: Bélgica, Espanha, França, Grécia, Itália e Portugal. Ainda segundo o autor a maior parte dos Tribunais de Contas europeus são vinculados ao Poder Legislativo, enquanto apenas os Tribunais de Contas de Grécia e Portugal seriam **vinculados diretamente ao Poder Judiciário**.

A comparar os Tribunais de Contas Europeu (TCE), de Portugal (TCP) e do Brasil (TCU),⁴⁰ Barreto identificou as principais semelhanças entre as três Cortes: (1) examinam a totalidade das receitas e despesas, os bens e valores públicos, tanto dos organismos públicos centrais quanto daquelas entidades que utilizam ou guardam valores públicos, emitindo relatórios e pareceres sobre a regularidade das operações e a fidedignidade das contas; (2) os auditores dos três tribunais têm poder de inspeção, o que lhes assegura livre acesso a locais, documentos e informações; (3) nos três casos os pareceres sobre as contas gerais prestadas são emitidos em periodicidade anual e encaminhadas diretamente aos respectivos parlamentos; (4) a maioria dos membros dos Tribunais de Contas estudados têm formação jurídica, 53% do Tribunal de Conta Europeu, 72% do Tribunal de Contas de Portugal e 88% do TCU; e (5) todas as instituições observam normas de auditoria editadas pelo INTOSAI e pelo IFAC (*International Federation of Accountants*).

Por sua vez, dentre as diferenças, o autor destacou:⁴¹ O Tribunal de Contas Europeu (TCE) é o único dos três que não possui função jurisdicional⁴²; cuja estrutura técnico-administrativa é centralizada (Luxemburgo); cujos membros exercem mandato (com duração de seis anos, renovável), enquanto os demais são compostos por cargos vitalícios; e enquanto os demais atuam em colaboração com os órgãos de controle externo os principais relatórios e pareceres do TCE não contam com a colaboração de outras instituições de controle externo.

³⁹ BARRETO *op. cit.* p. 77.

⁴⁰ *Ibidem.* p. 284-285.

⁴¹ *Ibidem.* p. 285-286.

⁴² Embora o autor inclua o Brasil dentre os países que atribuem função jurisdicional aos Tribunais de Contas, esse posicionamento está longe de ser um consenso na doutrina ou na jurisprudência.

Por sua vez, o Tribunal de Contas de Portugal (TCP) é o único dos três que está vinculado ao Poder Judiciário (os demais integram o Poder Legislativo); cujo presidente não necessariamente deve ser um membro do próprio tribunal; e que realiza atividades de controle prévio regularmente. Já o Tribunal de Contas da União (TCU) é o único dos três em que se verifica a ocorrência de um Ministério Público especializado.

Por fim, enquanto os membros do TCE são indicados pelos países membros, no TCP os cargos são providos por concurso público e no Brasil há a indicação de 2/3 pelo Parlamento e 1/3 pelo Presidente. Enquanto o TCE e o TCP têm suas próprias contas submetidas a auditorias externas, realizadas por empresas privadas especializadas, ninguém controla o Tribunal de Contas da União.

Considerando que o nosso objeto de pesquisa é justamente a natureza jurídica das funções exercidas pelos Tribunais de Contas, abordaremos, ainda que de forma sucinta, os modelos de controle externo que mais se destacaram pela presença de Tribunais de Contas, a saber, os modelos da França, da Itália e da Bélgica, de modo que mesmo os primeiros órgãos de controle portugueses serão analisados no contexto dos antecedentes históricos do Tribunal de Contas brasileiro.

1.2.1. Modelo de Tribunal de Contas da França.

O Tribunal de Contas foi criado na França em 16 de setembro de 1807 - denominado *Cour des Comptes*. No contexto da revolução e superação do *ancien régime* (antigo regime, o regime da monarquia absolutista) o povo francês, sob a liderança de Napoleão Bonaparte, concebeu um órgão colegiado a fim de auxiliar o Parlamento, que assumia um protagonismo político sem precedentes desde a idade média. Posteriormente o órgão de controle teve a sua importância ratificada na constituição francesa de 1947.

Com a queda da monarquia, Napoleão assumiu poderes absolutos, mas seu governo adotou ideologicamente ferramentas arquitetadas para a limitação do poder central do chefe de Estado. Na ocasião, o líder francês assim se pronunciou, segundo Jarbas Maranhão⁴³, *in verbis*: “Quero que mediante uma vigilância ativa seja punida a infidelidade e garantido o emprego legal dos dinheiros públicos.”. De acordo com o autor esse pronunciamento foi insculpido nos *Invalides*, de Paris.

⁴³ MARANHÃO, 1992, *op. cit.* p. 327-328.

Ao emergir de um processo revolucionário em que a magistratura era identificada com a nobreza e com os valores do regime suplantado, a França se notabilizou por adotar o sistema de dupla jurisdição, ou de contencioso administrativo, pela qual os conflitos envolvendo os órgãos e agentes públicos passaram a ser decididos por tribunais administrativos-jurispcionais, sujeitos à revisão pelo Conselho de Estado.

Como bem leciona Eduardo Gualazzi⁴⁴, a Corte de Contas da França “mantem-se, ainda nos dias de hoje, como a principal jurisdição administrativa especializada da França”. As decisões finais da Corte de Contas são passíveis de reexame pelo Conselho de Estado, assim como o são as decisões dos demais Tribunais Administrativos da França, primeira instância do contencioso administrativo.

A França privilegiou o **controle repressivo**, ou *a posteriori*, ou seja, a atividade desempenhada pelo Tribunal de Contas francês ocorre depois que os atos sujeitos ao controle já foram praticados, na maioria das vezes já exauridos os seus efeitos. Acerca do órgão francês, Odete Medaur, *in verbis*.⁴⁵ “

A atuação da Corte de Contas abrange a Administração direta, as autarquias, as estatais, os organismos de seguridade social, os organismos que se beneficiam de aportes públicos; seu controle se estende às coletividades locais e respectivas autarquias e estatais, mediante as Câmaras Regionais de Contas (instituídas em 1982), de cujas decisões cabe recurso à Corte de Contas.

Na qualidade de jurisdição administrativa, a corte de Contas julga as contas dos contadores públicos, no aspecto da sua regularidade, sem adentrar na culpabilidade do contador. Nesta matéria suas decisões têm natureza de coisa julgada. Os contadores públicos são obrigados a submeter-lhe anualmente à sede da Corte, em Paris, ou às câmaras regionais de contas, conforme o caso.

O contador tem direito ao contraditório. Pode haver decisão no sentido da regularidade das contas, considerando-se o contador desobrigado; ou decisão pela irregularidade, com a possibilidade de imposição de sanção pecuniária; as decisões da Corte podem ser impugnadas em via de revisão perante a próprio Corte ou ante o Conselho de Estado, para fins de cassação.

O controle da Corte de Contas reveste-se de natureza não jurisdicional externa em relação aos ordenadores e à Administração em geral, no tocante à execução das leis de finanças. Tal controle evoluiu também para um controle de qualidade da gestão, com amplos poderes de investigação; anualmente a Corte elabora um relatório de contas e um relatório da qualidade da gestão, este enviado ao Presidente da República e ao Parlamento.

O Tribunal de Contas francês, portanto, possui tanto atribuições não jurisdicionais de caráter consultivo para as quais não está, evidentemente, submetida ao controle do Conselho de Estado, tais como pareceres, declarações de conformidade, relatório anual, mas também exerce **função jurisdicional** em relação aos contadores públicos, constituindo perante estes juiz de direito comum das contas, embora no exercício de jurisdição a Corte de Contas julgue

⁴⁴ MEDAUR, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 132-133.

apenas a regularidade objetiva das contas, mas não a culpabilidade subjetiva do contador. Portanto, não é competente para apreciar a conduta dos ordenadores de despesa.

Isso ocorre porque a contabilidade pública na França segue o princípio de que a pessoa que ordena a despesa não pode ser a mesma que efetua o pagamento, ou seja, o **ordenador de despesa** – autoridade administrativa competente – pratica os atos de gestão pública em geral, inclusive quanto aos recursos patrimoniais do Estado que não têm caráter financeiro, tais como os recursos humanos, mobiliário e imobiliário, além de firmar contratos com os fornecedores de bens e serviços.

Já quanto aos pagamentos, ou seja, quanto às despesas públicas, embora sejam decididas pelo ordenador, são executadas pelo **contador público**, que as contabiliza, escritura e registrada. Compete ao contador, por exemplo, obter o crédito orçamentário, emitir a nota de empenho, liquidar e emitir a ordem de pagamento propriamente dita, participando este último exclusivamente da gestão financeira-orçamentária do órgão administrado. Acerca dessa peculiaridade, esclarece Helio Saul Mileski, *in verbis*:⁴⁶

A fiscalização exercida pela Corte de Contas francesa é *a posteriori*, com atribuições administrativas e jurisdicionais. As administrativas ocorrem sobre os ordenadores. As jurisdicionais sobre os contadores, que são os pagadores. Por esse fator de fiscalização resulta um princípio de contabilidade pública: a autoridade que ordena a execução da despesa não pode ser a mesma que efetua o pagamento.

Jean Raynaud⁴⁷ se refere a esse princípio de contabilidade pública como “princípio da desconfiança”, no seguinte contexto, a saber *in verbis*:

(...) Na execução do orçamento, ou seja, em seu funcionamento cotidiano, a administração está manietada por uma rede de leis e de regulamentos que delimitam as condições nas quais um dos princípios básicos é o princípio da desconfiança: a separação do ordenador e do contador e o controle do contador sobre as decisões financeiras do ordenador. O ordenador, ou seja, aquele que decide pagar uma despesa, jamais tem o direito de executar por si próprio esta despesa, de assinar um cheque. Ele deve transferir a ordem de pagamento ao contador público, juramentado, o único que pode subscrever os títulos de pagamento e transferir os créditos do Estado a seus diferentes credores. Porém, nessa atividade cotidiana, o contador público, ao contrário do contador privado, desempenha papel muito mais dilatado: deve velar porque as ordens de pagamento que ele recebe sejam justificadas de acordo com a nomenclatura assentada uma vez para todos e, por intermédio desta nomenclatura, ele pode verificar o correto funcionamento administrativo dos serviços ordenadores. O contador é, assim, conduzido a controlar a regularidade das decisões do ordenador.

⁴⁶ MILESKY, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 180-181. *Apud* COSTA, L., *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Tribunal de Contas: aspectos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. *Apud* COSTA, Luis Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005, p. 23-24.

Importante destacar que, dentre as competências da Corte de Contas, se encontram o exame da qualidade e eficiência na realização dos gastos públicos, não se quedando, portanto, somente na análise da contabilidade pública quanto ao aspecto legal, ou formal. O modelo francês foi bastante criticado ao longo do tempo por muitos doutrinadores, inclusive Rui Barbosa, para quem, *in verbis*: “não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher exorbitância ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente.”⁴⁸.

1.2.2. Modelo de Tribunal de Contas da Itália.

O segundo modelo de Tribunal de Contas apontado pelos doutrinadores como proeminente é o italiano, cuja sistemática de controle é diametralmente oposta à francesa, por privilegiar o **controle preventivo**, ou *a priori*, ao invés do controle *a posteriori*, ainda que também exerça este último, através da prestação de contas dos gestores públicos. A Corte de Contas italiana – *Corte dei Conti* – foi instituída logo após a unificação do país, destacando-se como a primeira magistratura com jurisdição em todas as províncias da Itália recém-unificada.

O órgão superior de controle externo italiano está previsto no art. 100 da Constituição da República Italiana de 1947, transcrito em seguida. Aliás, a própria localização do mencionado dispositivo já esclarece que a Corte de Contas daquele país é um dos órgãos auxiliares da República.

Art. 100. (...) A Corte de Contas exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do governo e, ainda, o sucessivo sobre a gestão orçamentária do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas pelas leis, do controle sobre a gestão financeira dos entes aos quais o Estado contribui ordinariamente.

As atribuições do Tribunal de Contas na Itália podem ser de três diferentes naturezas. A par da “função controladora”, a instituição também exerce funções consultivas e judicantes. A jurisdição exercida pela Corte de Contas italiana, contudo, só pode ser compreendida diante do contexto histórico particular da Itália, notadamente quanto ao processo tardio de unificação.

Até a unificação das províncias italianas (1861), havia, nos diversos Estados independentes da península, sistemas jurisdicionais distintos. Em 1865, no entanto, foi editada uma lei que proclamava o princípio da jurisdição una — conhecida como Lei de Abolição do

⁴⁸ BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1949, v. XVIII, t. III, 1891, Relatório do Ministro da Fazenda, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, p. 369.

Contencioso Administrativo. O referido diploma legal extinguiu os Tribunais especiais de jurisdição administrativa, com exceção de dois apenas: o Conselho de Estado e a Corte de Contas.

Nesse contexto, muito embora a *Corte dei Conti* seja um órgão auxiliar do Poder Executivo italiano, em matérias delimitadas, exerce jurisdição em sentido próprio, com exclusividade, afastando, inclusive, a competência do Poder Judiciário. A competência jurisdicional do Tribunal de Contas da Itália foi assim descrito por Eduardo Gualazzi, *in verbis*:⁴⁹

No aspecto de *funções ou atribuições jurisdicionais*, tais funções da Corte de Contas da Itália abrangem:

- a) A matéria do *contencioso contábil*: podem incorrer em responsabilidade contábil todos aqueles que, a qualquer título, tenham disponibilidade sobre bens ou dinheiro do Estado; sobre irregularidades na gestão de bens ou dinheiro do Estado, judica *exclusivamente* a Corte de Contas;
- b) A matéria das *pensões*: para *toda* a matéria de pensões, total ou parcialmente a cargo do Estado, é competente exclusivamente a Corte de Contas, inclusive com relação a pensões de aposentadoria de trabalhadores comuns das empresas privadas (em vista de a pensão subsequente, de aposentadoria, ser considerada de Direito Público na Itália);
- c) A matéria de *emprego público*, limitadamente ao pessoal funcional da própria Corte de Contas;
- d) A matéria de responsabilidade civil dos funcionários do Estado, por danos ao Estado ou a outras Administrações Públicas. (grifos do original)

Sintetizando as características mais importantes do Tribunal de Contas italiano, Gualazzi ressalta que a instituição pode ser considerada como órgão constitucional, colegiado e complexo, coadjuvante do Parlamento, no desenvolvimento de sua função de controle externo do Governo e da Administração Pública, *lato sensu*.

De acordo com o autor a virtual unanimidade da doutrina italiana atribui à Corte de Contas da Itália as seguintes características:⁵⁰ órgão de *status* constitucional, auxiliar do Estado, e não do Governo; constitui um Poder do Estado, autônomo e independente, não subordinado nem vinculado a qualquer outro órgão ou poder constitucional, embora coadjuvante do Parlamento, para a função de controle externo; exerce funções de controle sobre os atos do Poder Executivo, consultivo e administrativas internas, jurisdicionais, em matéria contábil e de pensões.

As três espécies de funções exercidas pela Corte de Contas italiana, portanto, são as “de controle”, as jurisdicionais e as estritamente administrativas. O sistema italiano se notabilizou por prestigiar o **controle prévio** e, por outro lado, pelo fato de exercer **jurisdição**

⁴⁹ GUALAZZI, *op. cit.*, p. 120-121.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 118.

própria e exclusiva, nos termos da Constituição da Itália, nas matérias de contabilidade pública e em outras previstas em lei, dentre as quais se podem destacar: o controle sobre pensões, sendo estendido para todas as relações o conceito de contabilidade pública, inclusive aquelas de responsabilidade por danos na relação interna de emprego, ou de simples serviço, conexas à gestão financeira e patrimonial desenvolvida pela Administração do Estado ou de qualquer outro ente público, com exceção dos entes públicos econômicos.

O controle prévio característico do tribunal italiano se opera através de um sistema de **vistos autorizativos** dos atos de despesas, ainda que subsista, como dito, o controle *a posteriori* através de prestação de contas, o qual no fim das contas acaba tornando-se uma compilação dos vistos conferidos previamente às despesas. A respeito dos vistos, esclarece Gualazzi, *in verbis*:⁵¹

O controle de legitimidade da Corte de Contas da Itália sobre a Administração Pública exerce-se preventivamente (*a priori*) ou sucessivamente (*a posteriori*), a depender do caso concreto, da espécie considerada. **De modo geral, o controle preventivo efetiva-se pela oposição de visto nos provimentos considerados legítimos: tal registro prévio torna-os juridicamente eficazes, mas não os priva da possibilidade de serem eventualmente contrasteados o âmbito jurisdicional** (jurisdição administrativa, em regra; jurisdição comum, por exceção).

Os atos sujeitos a controle preventivo são: a) todos os decretos do Presidente da República (com exceção dos referidos no Decreto real 1.322, de 27 de julho de 1934, por sua natureza puramente política); b) todos os provimentos dos Ministérios, individualmente considerados, ou dos órgãos descentralizados, que envolvam despesas do Estado, assim como provimentos atinentes aos empregados estatais e às pensões que importem ônus permanente para o Estado.

Se o registro prévio é recusado pela Corte de Contas, pode o Conselho de Ministros, em caráter excepcional, suscitar o pronunciamento de todas as Seções Reunidas da Corte de Contas, caso em que esta registra o provimento “sob reserva” e o Conselho de Ministros assume, perante o Parlamento, integral responsabilidade pela execução do provimento. (grifo nosso)

O modelo de Tribunal de Contas italiano se tornou um grande paradigma para muitos países, exercendo, inclusive, grande influência na criação do Tribunal de Contas brasileiro, por obra e mérito de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, que vem a ser o patrono do Tribunal de Contas da União.

1.2.3. Modelo de Tribunal de Contas da Bélgica.

O terceiro modelo proeminente de Tribunal de Contas é o belga. Ao contrário dos modelos da França e da Itália, o Tribunal de Contas da Bélgica é totalmente vinculado ao Poder Legislativo e inequivocamente não possui natureza jurisdicional.

⁵¹ GUALAZZI, *op. cit.*, p. 90-91.

O controle exercido é **predominantemente preventivo, ou *a priori***, semelhante com o que ocorre na Itália, mas, porém, a Corte de Contas belga tem um papel muito mais auxiliar em relação ao controle exercido pelo Parlamento, não podendo, por exemplo, vetar completamente um ato considerado irregular ou ilegal. Eduardo Gualazzi detalha o controle prévio da Corte belga no seguinte contexto, *in verbis*:⁵²

A Corte de Contas da Bélgica exerce o *controle preventivo*, seja sobre as operações de Tesouraria, seja sobre as relativas ao orçamento; controla o ingresso e o dispêndio de fundos, assim como a legitimidade da relação jurídica, atinente às operações contábeis, a fim de impedir operações extra-orçamentárias sem aprovação do Parlamento. Pode requisitar às administrações gerais e provinciais, assim como às Contadorias, toda documentação que considere necessária.

Todos os Contadores Públicos estão permanentemente sujeitos ao controle da Corte de Contas da Bélgica, seja aqueles da Administração Geral, seja os pertencentes ao Tesouro Público, a qualquer título detentores de dinheiro público, ainda que não haja expressa previsão legal sobre prestação de contas pessoal de gestão financeiro-orçamentária. Os ingressos orçamentários são controlados por meio de contas gerais e de contas específicas, dos Contadores, inclusive para o fim de verificar-se eventual ocorrência de excesso arrecadatário de tributos, além ou fora dos limites e parâmetros legalmente impostos.

De acordo com o autor, a Corte de Contas belga opera através de aposição de visto com reserva, mediante procedimento análogo àquele previsto para a Corte de Contas da Itália; porém, não há previsão de casos de recusa absoluta de registro: a denúncia ao Parlamento sobre os motivos de recusa advém imediatamente, para o subsequente juízo político sobre as operações contábeis do Governo.

Entre as ações administrativas, merece destaque a redação da prestação de contas geral do Estado, reunindo as prestações de contas de todos os Ministros. Em conjunto com a prestação de contas é elaborado, a cada ano, um caderno de observações, no qual a Corte registra suas críticas à gestão financeira. Essa conta geral do Estado é prévia à votação, pelo Parlamento, da lei de contas, que abrange as receitas e despesas do estado efetivamente realizadas durante o ano anterior; referidas leis são votadas às vezes com certo atraso, o que lhe retira o interesse.⁵³

O Tribunal exerce, ainda, a fiscalização sobre as contas das empresas estatais, que lhe são enviadas pelo ministro de finanças, podendo a Corte realizar auditoria contábil nos locais de funcionamento das entidades e publicar as contas fiscalizadas nos seus cadernos de observação. De acordo com Perin, citado por Luis Bernardo Dias Costa, *in verbis*:⁵⁴

⁵² GUALAZZI, *op. cit.*, p. 123-124.

⁵³ COSTA, L., *op. cit.*, p. 21-22.

⁵⁴ PERIN. **Cours de Droit Public**, vol. II, 1970, p. 308-309 *Apud* COSTA. Luis Bernardo Dias. O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005, p. 22.

A principal atribuição da Corte de Contas Belga é o visto que apõe à ordem de pagamento do tesouro para os ordenadores de despesas, que na Bélgica ao os ministros responsáveis ou seus funcionários delegados; em princípio todas as pessoas são submetidas ao visto da Corte de Contas; algumas despesas ficam isentas de visto, justamente em virtude de sua periodicidade, mas, toda decisão, mesmo individual, submete-se, na origem, a um visto da Corte de Contas, sobretudo em matéria de fixação de vencimentos ou de pensão; à Corte de Contas não compete apreciar o mérito da despesa: recusa o visto se for ilegal; em caso de recusa, o processo retorna à autoridade de origem, com os motivos da Corte; o Conselho de Ministros pode não fazer caso da recusa e ordenar o pagamento da despesa, sob sua responsabilidade; então, a Corte de Contas aponta o fato ao Parlamento.

As decisões do Tribunal podem ser reexaminadas pela Corte de Cassação, podendo esta, por motivo de direito, anular a decisão do Tribunal de Contas, submetendo a matéria a uma comissão formada pela Câmara de Representantes, que julgará em última instância.

O Tribunal é um órgão colegiado do Poder Legislativo, composto por Presidentes, Conselheiros e Secretários, que são nomeados pela Câmara dos Representantes, a cada período de seis anos, com possibilidade de renovação de mandato (sem limitação do número de renovações), mas igualmente com possibilidade de revogação antecipada. A Corte é dividida em duas Câmaras, que por sua vez são divididas em duas Seções, as quais são compostas por um presidente, quatro conselheiros e um secretário. A sua composição é alterada periodicamente, tendo em vista a rotatividade dos conselheiros.

1.3. Origem e evolução do Tribunal de Contas no Brasil.

O estudo dos modelos de tribunais de contas desenvolvidos na Europa certamente auxiliam na compreensão da natureza jurídica do controle externo no Brasil, já que inspiraram, em maior ou menor medida, os demais órgãos do gênero atualmente encontrados nos países ocidentais. O Tribunal de Contas da União, por exemplo, foi expressamente criado sob influência do modelo italiano, como será demonstrado, embora tenha passado por diversas transformações ao longo das diversas Constituições brasileiras, em especial da Constituição promulgada em 1988.

Partindo, porém, do estudo dos modelos de Tribunal de Contas no Direito comparado, podemos concluir que o modelo francês destoa bastante do brasileiro, a começar pelo sistema de dupla jurisdição (contencioso administrativo) característico do Direito francês. Além do mais, as normas de direito financeiro e contabilidade pública na França são peculiares e distintas da brasileira, já que, no Brasil, o controle externo é exercido indistintamente em relação aos ordenadores de despesa e agentes públicos que participam da gestão financeira-orçamentária do Estado, inexistindo a categoria de “contadores públicos” como há na França.

O modelo italiano também difere de forma significativa do brasileiro, a começar pelo fato de que o primeiro absorve grande parte do que no Brasil é competência da Justiça Federal, notadamente as ações que versam sobre benefícios previdenciários, seja do Regime Geral de Previdência (RGPS), seja do regime próprio dos servidores públicos federais (RPPS), inclusive estaduais e municipais. Além do mais, cada auditor seria um magistrado togado, o que levaria a um grande crescimento no custo administrativo dos órgãos de controle, bem como no surgimento de uma magistratura bastante numerosa no país.

Por fim, o modelo original belga é claramente inadequado para o Brasil, considerando, por um lado, o nosso modelo federativo e, por outro, as dimensões geográficas continentais do país, além da abrangência das atribuições constitucionais da Corte de Contas nacional, porque a efetiva implementação do modelo, com o exaustivo controle prévio das despesas públicas dos três poderes, demandaria uma expansão da capacidade técnica e de recursos humanos inenunciável nas circunstâncias atuais, o que ressalta a diferença em relação à Bélgica, país de pequenas dimensões e população, constituído por Estado unitário.

Apesar dessas diferenças e peculiaridades, porém, observa-se claramente que o modelo de Tribunal de Contas que foi adotado no Brasil atualmente guarda mais semelhanças com o modelo belga, que prestigia o papel do Parlamento e exclui da Corte de Contas o poder de intervenção direta e veto absoluto de atos sujeitos ao controle.

O modelo brasileiro, porém, possui diversas características próprias que o tornam único, cuja compreensão impõe que se identifique, além das influências dos modelos decorrentes do direito alienígena, como a instituição veio a ser criada no país, e por quais modificações passou ao longo da história, já que várias constituições trouxeram modificações relevantes que repercutem no debate proposto.

1.3.1. Antecedentes históricos: o controle do período colonial à queda do império.

O primeiro órgão a desempenhar a função de controle da administração pública no Brasil remonta ao período colonial, quando, em 1680 foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, ambas jurisdicionadas a Portugal. Em Portugal, durante o reinado de Dom José I, no séc. XVIII, foi criado o Erário Régio, através da Lei nº. 22 de dezembro de 1761. O mesmo órgão foi instituído no Brasil quando da fuga da

Coroa Portuguesa para o Brasil, em 1808. Segundo Jair Eduardo Santana e Verônica Vaz de Melo, *in verbis*:⁵⁵

No ano de 1680, foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, ambas jurisdicionadas a Portugal, para o controle das finanças públicas. Em 1808, instalou-se, por Ordem de Dom João VI, o Erário Régio. Neste ano, foi criado também o Conselho da Fazenda que tinha como função principal acompanhar a execução da despesa pública. O Conselho da Fazenda foi transformado em Tesouro da fazenda na Constituição de 1824.

O Erário Régio consistia em órgão de controle interno (o controle era exercido em face de outros órgãos do mesmo Poder Executivo, todos sujeitos ao Rei) caracterizado pela centralização absoluta, para onde eram levadas todas as receitas da Coroa, e de onde saíam os fundos para todas as despesas. O Erário era regido por um Inspetor-Geral do Tesouro – Sebastião José de Carvalho e Melo, Conde de Oeiras – Marquês de Pombal (que exerceu o cargo até 1777) e composto por um Inspetor-Geral do Tesouro, um Tesoureiro-Mor, um Escrivão, que detinha a guarda das chaves do cofre, e quatro Contadores Gerais, com diferentes competências territoriais (basta lembrar a extensão do império português na época).⁵⁶

O primeiro órgão de controle externo de Portugal foi inspirado no modelo da Bélgica, que ainda hoje é referência entre vários países europeus. Suas funções eram de natureza exclusivamente administrativa, atuando de forma preventiva e consultiva. Esse modelo influenciou diretamente o primeiro órgão do gênero no Brasil, que foi o Tribunal do Tesouro Nacional do Brasil. Portugal só veio a criar o seu Tribunal de Contas a partir de 1849, com a extinção do Conselho Fiscal de Contas.⁵⁷

O primeiro órgão de controle brasileiro surgiu já na primeira Constituição do país, outorgada pelo imperador D. Pedro I logo após a independência, em 1824⁵⁸. Na época, havia em Portugal o Erário Régio, e, tal como aquele, o Tribunal do Tesouro Nacional do Brasil foi fortemente influenciado pelo modelo belga de controle externo. Seus membros, no entanto, eram nomeados não pelo Parlamento, mas pelo Imperador do Brasil, a quem estavam

⁵⁵ SANTANA, Jair Eduardo. e MELO, Verônica Vaz de. **Considerações acerca da natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas**. Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 10, nº 111, p. 18-22, maio de 2010. p. 18.

⁵⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 651.

⁵⁷ *Ibidem.*, p.653.

⁵⁸ A Constituição do Império dispunha, em seu artigo 170: “A Receita, e despesa da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de "Thesouro Nacional" aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondencia com as Thesourarias, e Autoridades das Provincias do Imperio.”

diretamente subordinados, e suas funções eram exercidas antes da liquidação da despesa, de forma preventiva. A natureza de sua atividade era eminentemente administrativa⁵⁹.

Junto ao Tribunal do Tesouro Nacional do Brasil, funcionava o Procurador Geral da Fazenda, diretamente subordinado ao Imperador⁶⁰. A função do Procurador Geral da Fazenda não era muito distinta da que é hoje exercida pelo cargo de mesmo nome, porém, percebe-se que a atividade que lhe competia perante o Tribunal do Tesouro era a que mais tarde seria delegada ao Ministério Público de Contas, quando da criação da Corte de Contas.

A ideia da criação de um Tribunal de Contas, muito embora só tenha sido efetivamente posta em prática no Brasil com o advento do Regime Republicano, já era defendida desde os primeiros anos de independência. No dia 23 junho de 1826, no Senado do Império, Felisberto Caldeira Brandt – Visconde de Barbacena, e José Inácio Borges apresentaram um projeto nesse sentido. A ideia foi combatida por Manoel Jacinto Nogueira da Gama - Conde e, mais tarde, Marquês, de Baependi⁶¹.

Posteriormente, ainda no Império, se tentou criar um Tribunal de Contas de natureza administrativa, cuja função seria a de “julgar” as contas de todos os responsáveis pelo manuseio de dinheiros públicos, independente do Ministério ao qual estivesse o agente vinculado. Tal projeto foi defendido pelo Ministro da Fazenda do Império, Alves Branco, mas essa proposta também foi rejeitada⁶². Novas tentativas se sucederam em 1857, por iniciativa de Pimenta Bueno, e em 1861, proposta por José de Alencar. De acordo com Jarbas Maranhão, *in verbis*:⁶³

Em 1826, no Senado do Império, o Visconde de Barbacena e José Bonifácio Borges apresentavam projeto a esse respeito, o qual foi combatido por Manoel Jacinto Nogueira da Gama, Conde e logo Marquês de Baependi.

Alguns anos depois, em 1845, Manuel Alves Branco, então Ministro da Fazenda, de “grande competência e prestígio”, propôs a organização de um Tribunal de Contas que, “sobre 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”.

Diz Pontes de Miranda que, se bem a idéia volvesse com Pimenta Bueno, Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto e João Alfredo, o Império não possui o seu Tribunal de Contas.

Todavia, Pimenta Bueno, analisando nossas instituições monárquicas, em seu grande livro *Direito Público Brasileiro*, insistia no aludido Tribunal, assim se expressando: “É de suma necessidade a criação de um Tribunal de Contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das despesas com os

⁵⁹ Idem, p.653.

⁶⁰ FERNANDES, *op. cit.*, p. 653.

⁶¹ SANTANA, André de Souza. O Ministério Público no Tribunal de Contas. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 954, 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7955>>. Acesso em: 03 de agosto de 2015. p.7.

⁶² *Ibidem*. p.17.

⁶³ MARANHÃO, 993, *op. cit.*, p. 256-257.

creditos votados, as receitas com as leis de 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 esse poderoso auxiliar, nada conseguirão as Câmaras.”

Também o Visconde de Uruguai, no seu meritoso livro *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*, frisava que “não pode haver orçamento que mereça este nome, sem contas”, naturalmente tomadas com brevidade, periódica e regularmente.

Depreende-se da referida obra que Jarbas Maranhão concordava com a tese de Carlos Costa⁶⁴ de que as instituições superiores de controle externo, em especial os Tribunais de Contas, surgiram como uma forma de especialização da função conquistada pelo Parlamento, empregando conhecimento técnico financeiro-orçamentário à análise das receitas e despesas do Estado, conhecimento este que não seria razoável esperar dos representantes eleitos pelo povo, os quais têm as mais variadas origens e nível de instrução, e que nem sequer possuem necessariamente instrução em matéria de contabilidade, direito, economia ou administração, para se submeterem ao processo eleitoral.

A principal resistência que havia à criação do Tribunal de Contas se deve ao fato de que, para alguns, não se fazia necessário a criação de órgão independente para exercer a fiscalização das despesas públicas, pois para eles essa atividade poderia continuar sendo desempenhada pelos próprios agentes que a realizavam. Ademais, temia-se que um órgão que desempenhasse uma função de controle posterior, e não anterior/preventivo, como se fazia até então, poderia se tornar um órgão supérfluo, como em muitos casos ocorria naquela época⁶⁵. Argumentava a oposição, capitaneada pelo Marquês de Baependi,⁶⁶ *in verbis*:

(...) se o Tribunal de revisão de contas, que se pretende estabelecer, 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 novidade no sistema e aumento das despesas com os nele empregados.

Apesar de ter sido muito discutida ainda no período da monarquia, com os esforços sucessivos ora registrados, a criação do Tribunal de Contas no Brasil só veio a ser finalmente concretizada com o advento do regime republicano, quando finalmente as circunstâncias políticas permitiram a institucionalização da função de controle externo do Poder Executivo, pelo Parlamento, e a criação de um órgão especializado para exercer tão importante missão.

⁶⁴ COSTA, C. *op. cit.*

⁶⁵ SANTANA, J. *op. cit.*, p.8.

⁶⁶ COSTA, L. *op. cit.*, p.17.

Por esta razão alguns autores ressaltam que no Brasil sobressai a relação entre o controle externo e o modelo político republicano, a exemplo de Kelles, *in verbis*.⁶⁷

Assim, é possível perceber, de maneira meridiana, que o binômio República/Controle das Contas públicas em um marco inaugural comum, pois ambos estão inseridos no projeto de preservação do interesse público, deixando patente o afastamento das ideias provincianas e toda a carga autoritária subjacente aos projetos não democráticos.

Entretanto, a convivência entre o ideal republicano e a herança autoritária não foi pacífica. O *Marechal de Ferro*, Floriano Peixoto, usurpava as atribuições da Corte de Contas de fiscalizar o governo e expedia uma série de decretos que subtraíam a competência do TCU de impugnar despesas consideradas ilegítimas.

Não é difícil perceber que a caserna sempre exerceu enorme influência sobre a vida pública brasileira, tornando a luta revigoramento dos ideais democráticos quase uma luta quixotesca, uma dialética, não entre contrários, mas sim entre desiguais, entre o arbítrio e o idealismo. Está aí um dos grandes desafios das Cortes de Contas: funcionarem como guardiões dos valores republicanos, contra toda forma de arbítrio e truculência com que sempre tiveram de conviver e sem se permitirem a contaminação política ou se deixarem embriagar pela pompa e o *glamour* do poder – uma forma sutil e insinuante de cooptação.

No Brasil, portanto, o Tribunal de Contas pode ser considerado, por assim dizer, uma instituição genuinamente republicana, em primeiro lugar porque surgiu no governo provisório de Marechal Deodoro antes mesmo de entrar em vigor a primeira constituição republicana, de 1891, sendo por esta imediatamente recepcionado, mas também porque, como será demonstrado, ao longo dos mais diversos governos republicanos que se sucederam ao longo do século XX o Tribunal de Contas foi se desenvolvendo e assumindo cada vez maior relevância da ordem constitucional.

1.3.2. Da primeira república à ordem constitucional de 1988.

Certamente à época da instauração da República o país poderia ter adotado qualquer modelo de controle externo então conhecido, sendo natural que se tivesse optado o modelo francês, adotado em Portugal desde 1849, já que, nesse caso, provavelmente este seria mais familiar entre nós pela identidade cultural e jurídica entre os dois países. Entretanto, embora não tenhamos conhecimento detalhado de toda a discussão que se seguiu naquele momento histórico, certo é que o país acabou se afastando do modelo português (por sua vez, influenciado pelo modelo francês de contencioso administrativo) e adotando o **modelo italiano**, por influência de Ruy Barbosa, seu maior idealizador e patrocinador junto ao governo militar do Marechal Deodoro da Fonseca, não por acaso patrono do Tribunal de Contas da União.

⁶⁷ KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 204.

Acerca da defesa que fez o jurista baiano do modelo italiano, reputamos oportuno transcrever parte da exposição de motivos, escrita por Ruy Barbosa, que fundamenta o Decreto que criou na Corte de Contas nacional, referida na obra de Eduardo Guazalli, que bem contextualiza a influência da instituição congênere italiana, *in verbis*:⁶⁸

É entre nós, o sistema de contabilidade pública orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos de 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, sem risco de converter-se em instituição ornato aparatoso e inútil.*

(...)

A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentárias da receita e da despesa a uma corporação, com as atribuições que acabo de expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze instituições, onde se consigna o princípio do Tribunal de Contas. Dois tipos capitais discriminam essa instituição, nos países que a têm adotado: o francês e o italiano. O primeiro abrange, além da França, os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Sérvia, a Rumênia e a Turquia. O segundo, além da Itália, domina a Holanda, a Bélgica, Portugal há quatro anos, o Chile há dois e, de recentes dias, o Japão. No primeiro sistema a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do Poder Executivo, susceptíveis de gerar despesa ilegal.

(...)

Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. *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.*

(...)

Tais razões inclinaram decididamente a nossa escolha para o tipo italiano, de que o nosso plano indica apenas os traços cardeais, e cuja organização se formulará no regulamento, para a elaboração do qual este ministério constituiu, sob a sua presidência, e adstrita aos caracteres essenciais do modelo adotado, uma comissão de profissionais, que deu princípio imediatamente aos seus trabalhos, e já os tem adiantados. Manca e impotente será, porém, a instituição planejada, se não acompanhar a reforma geral do nosso sistema de contabilidade pública. Entre nós, a esse respeito, a prática, assim como a teoria, estão atrasadíssimas. Dessa ciência, por assim dizer, da escritura fiscal e verificação das contas administrativas, dessa racioneria, que, na Itália, como noutros países adiantados, tem hoje quase uma literatura especial e um pessoal de professores e técnicos consumados, nada se conhece entre nós. Carecemos, portanto, de buscar no estrangeiro mestres, guias, reformadores práticos neste ramo de serviço financeiro. “E é especialmente a Itália

⁶⁸ BARBOSA, *op. cit.* p. 363 e 368 e 369 e 384

quem nê-los pode fornecer; é lá que o governo deve procurar tais auxiliares, se quiser que esta reforma seja frutificativa, e compense amplamente, como nesse caso há de compensar, as despesas de sua execução.

O Tribunal de Contas no Brasil foi criado com o Decreto nº. 966-A do Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, publicado no dia 07 de novembro de 1890, imediatamente recepcionado pela Constituição Republicana de 1891. Sua instalação, todavia, só ocorreu no dia 17 de janeiro de 1893, pois dependia da regulamentação prevista no art. 11 desse Decreto nº. 966-A. A regulamentação se deu com o Decreto nº. 1.166, de 17 de outubro de 1892, que versava sobre o Ministério da Fazenda, mas que no Título II, correspondendo aos artigos 18 a 89, se dedicou especificamente ao Tribunal de Contas, sua jurisdição, competência, atribuições e funcionamento⁶⁹.

O Tribunal de Contas no Brasil, portanto, foi constitucionalizado **desde o princípio do Regime Republicano, já em 1891**, e sucedeu, na verdade, um órgão de controle interno que já existia desde a Constituição do Império de 1824, qual seja, o Tribunal do Tesouro Nacional do Brasil. O Tribunal de Contas da União era composto por um corpo deliberativo de cinco membros, um dos quais, por designação do Presidente de República, atuava como representante do Ministério Público de Contas. Assim dispõe o Decreto nº. 966-A, que criou o Tribunal de Contas:⁷⁰

Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despeza da Republica.

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos differentes Ministerios, susceptiveis de crear despeza, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.

Art. 3º Si o Tribunal julgar que não póde registrar o acto do Governo, motivará a sua recusa, devolvendo-o ao Ministro que o houver expedido.

Este, sob sua responsabilidade, si julgar imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderá dar-lhe publicidade e execução.

Neste caso, porém, o Tribunal levará o facto, na primeira ocasião oportuna, ao conhecimento do Congresso, registrando o acto sob reserva, e expendendo os fundamentos desta ao Corpo Legislativo.

Art. 4º Compete, outrosim, ao Tribunal de Contas:

1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despeza, recapitulando e revendo, annualmente, os resultados mensaes;

2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, communicando tudo ao Poder Legislativo;

3º Julgar annualmente as contas de todos os responsaveis por contas, seja qual for o Ministerio a que pertençam, dando-lhes quitação, condemnando-os a

⁶⁹ BAPTISTA, Sebastião Affonso. MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL DE CONTAS: Um pouco de sua História e da de seus componentes. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 43, n. 170, Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 75-98, abr./jun. 2006. p.75.

⁷⁰ BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil - 1890**, Página 3440 Vol. Fasc.XI (Publicação Original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-norma-pe.html> Acessado em 27 de agosto de 2016.

pagar, e, quando o não cumpram, mandando proceder na fôrma de direito;
(grifo nosso)

Conforme se depreende do art. 3º do Decreto nº. 966-A de 1890, o Tribunal de Contas exercia controle prévio, ou *a priori*, dos atos de gestão financeira orçamentária, através de visto, ainda que o seu poder de veto fosse limitado (nota-se, no referido dispositivo, a influência do modelo italiano). Em relação às contas, exercia a Corte de Contas o controle sucessivo, ou *a posteriori*, podendo inclusive condenar os responsáveis, conforme dispunha o art. 4º, item 3º, do Decreto.

Quando da instalação da Corte, o Decreto 1.166, de 1892, dispunha expressamente sobre a natureza jurisdicional do Tribunal de Contas, identificando o órgão como “**Tribunal de Justiça**” e “**Tribunal de Justiça Administrativo**” e fazendo referência, ainda, à sua competência em sede de “**única instância**”, o que demonstra de forma inequívoca a influência do modelo italiano. Assim dispõe o decreto:⁷¹

Art. 28. O Tribunal de Contas tem jurisdição propria e privativa sobre as pessoas e as materias sujeitas á sua competencia; funciona como Tribunal de Justiça, e as suas decisões definitivas teem força de sentença com execução aparelhada.

Art. 29. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça Administrativo:

§ 1º O exame e revisão das contas ministeriaes.

§ 2º A tomada das contas dos responsaveis por dinheiros e valores pertencentes á Republica.

Art. 30. Ao Tribunal, no que diz respeito ao exame prévio e revisão das contas ministeriaes, compete:

[...]

Art. 31. Compete ao Tribunal, na tomada de contas dos responsaveis por dinheiros e valores pertencentes á Republica:

§ 1º Julgar, em unica instancia, as contas de todas as repartições, empregados e quaesquer outros responsaveis que, singular ou collectivamente, tiverem administrado, arrecadado ou despendido dinheiros publicos ou valores pertencentes á Republica, ou por que esta seja responsavel e estiverem sob sua guarda, e bem assim dos que, por qualquer motivo, as deverem prestar perante o mesmo Tribunal, seja qual for o Ministerio a que pertencerem. (*sic*) (grifo nosso)

Algumas normas se seguiram, relativas ao Tribunal de Contas, tais como a **Lei nº. 392 de 1896, o Decreto nº. 2.409, de 23 de dezembro de 1896, a Lei nº. 2.511, de 30 de dezembro de 1911 e a Lei nº. 3.454, de 6 de janeiro de 1918.**⁷²

⁷¹ BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil - 1892**, Página 1028 Vol. 1 pt II (Publicação Original) .Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 27 de agosto de 2016.

⁷² De forma semelhante com o que ocorreu com o Decreto Legislativo nº. 392, de 8 de outubro de 1896, a Lei nº. 3.454, de 6 de janeiro de 1918 foi na verdade um decreto, votado pelo Congresso, com força de lei.

Dentre os referidos diplomas, se destaca a **reforma do Tribunal de Contas** inaugurada com o **Decreto nº. 2.409** de 1896, que garantiu a estabilidade do cargo dos membros do Tribunal, os quais a partir de então só poderiam perder o cargo em caso de condenação em crime comum ou de responsabilidade, por julgamento do Supremo Tribunal Federal, sendo vedada, em qualquer hipótese, a aplicação de sanção disciplinar nos termos do seu art. 6º do referido diploma⁷³.

O Decreto também aprofundou e expandiu as competências da Corte, reafirmando a função jurisdicional do órgão (arts. 59 a 61) e dispondo sobre a possibilidade de imposição de várias sanções próprias dos órgãos jurisdicionais, atuando como “Tribunal de Justiça”, a exemplo da prisão de responsáveis, imposição de multas e sequestro de bens, conforme dispositivos cujo teor se reproduz:

Art. 67. O Tribunal de Contas tem competencia:

a) como fiscal da administração financeira para o efeito de apreciar a execução das leis da receita e da despesa publicas;

b) **como Tribunal de Justiça** para o fim de julgar as contas dos responsaveis, estabelecendo a situação juridica entre os mesmos e a Fazenda Publica e decretando a liberação daquelles ou condemnando-os ao pagamento do que deverem ao Thesouro por alcance.

Art. 68. A função fiscalizadora do Tribunal é exercitada por meio de exame prévio instituido:

(...)

Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, **como Tribunal de Justiça:**

§1º Processar, julgar em unica instancia e rever as contas de todas as repartições, empregados e quaesquer responsaveis, que, singular ou collectivamente, houverem arrecadado, administrado e despendido dinheiros publicos ou valores de qualquer especie, inclusive o material, pertencentes á Republica, ou por que esta seja responsavel e estejam sob sua guarda.

(...)

§3º Ordenar a prisão dos responsaveis que, estando condemnados ao pagamento do alcance fixado em sentença definitiva do Tribunal, ou tendo sido intimados para dizerem sobre o alcance verificado em processo corrente de tomada de contas, procurarem ausentar-se furtivamente, ou abandonarem o emprego, a comissão ou o serviço de que se acharem encarregados, ou que houverem tomado por empreitada.

§4º Impôr multas aos responsaveis remissos ou omissos em fazerem a entrega dos livros e documentos para o ajuste de contas nas épocas marcadas nas leis, regulamentos, instrucções e ordens relativos ao assumpto ou nos prazos que lhes forem designados.

§5º Ordenar o sequestro dos bens dos responsaveis ou seus fiadores em quantidade suficiente para segurança da Fazenda. (*sic*) (grifo nosso)

⁷³ Decreto nº 2.409/1896: “Art. 6º: “Os membros deliberativos do Tribunal de Contas, depois de confirmadas as nomeações pelo Senado, só perderão os logares si forem condemnados em crime a que esteja imposta a pena de perda do emprego.” (*sic*)

Não são passíveis, em caso algum, de pena disciplinar, quer esta consista em reprehensão publica ou particular, quer em suspensão administrativa, e serão julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal. (*sic*)

O mesmo Decreto representou ainda um grande avanço para o Ministério Público que atua *junto* ao Tribunal de Contas, a exemplo do Capítulo especificamente a ele dedicado – arts. 80 a 87 – além de se ter reconhecido, pela primeira vez, de forma expressa a independência funcional do Ministério Público de Contas, muito antes, aliás, de ter ocorrido o mesmo com o Ministério Público *comum*, bem como lhe ter garantida a prerrogativa de solicitar, de qualquer pessoa responsável pelas diversas repartições públicas, as informações que se fizessem necessárias para o desempenho de suas funções constitucionais (art.87).

A Lei nº. 3.454, de 6 de janeiro de 1918, novamente reorganizou o Tribunal de Contas, que a partir dela passou a ser composto por duas câmaras. Para compreender essa nova demanda, o Ministério Público de Contas também aumentou os seus quadros, e se deu pela primeira vez a estruturação de uma carreira própria para os seus membros. Quatro anos depois, no dia 1º de novembro de 1922, foi editado o Decreto nº. 15.770, modificando novamente o órgão de controle.

O Tribunal sofreu modificações significativas com o advento do governo de Getúlio Vargas (1930-1945), inaugurado com o golpe de Estado de 11 de novembro de 1930, quando um movimento armado, liderado por Minas Gerais e Rio Grande do Sul, impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes, exilando-o, e instaurou o Governo Provisório.

Na Constituição de 1934, o Tribunal de Contas passou a ser considerado como um dos “Órgãos de cooperação das atividades governamentais”, juntamente com o Ministério Público e os “Conselhos Técnicos” que auxiliavam os Ministérios do Poder Executivo. Além disso, foi instituída formalmente uma simetria entre os Tribunais de Contas e os tribunais judiciários. O tribunal adquiriu uma delimitação mais clara e precisa de suas funções, de acordo com os arts. 99 a 102 da Carta Política, e pela primeira vez foi fixada na Constituição da República a necessidade de registro prévio da despesa e a emissão do parecer prévio com referências às contas do Presidente.

No referido art. 99,⁷⁴ foram atribuídas ao Tribunal de Contas as funções de acompanhamento da execução orçamentária e de “julgamento” das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, e, segundo Vitor Rolf Laudé⁷⁵, em seu art. 101, §§1º e 2º, o

⁷⁴ CF/34: CAPÍTULO VI “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, Seção II – “do Tribunal de Contas” . Art. 99: “É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Parágrafo único - O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários.”

⁷⁵ LAUBÉ, Vitor Rolf. **Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas**. Revista de Informação Legislativa, ano 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, p. 307-326, jan./mar. de 1992. p 311.

modelo de controle externo brasileiro “adotava, conforme o caso, os sistemas de controle de contas belga ou francês”.

Entretanto, alguns autores, como Jarbas Maranhão, sustentam que na Constituição de 1934 (assim como a seguinte) foi mantida a função jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil concebida desde o projeto original de Ruy Barbosa, de modo que “O texto Supremo de 1934 constitucionalizou a atividade judicante das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, acentuando [...] o elemento judiciário que o Tribunal já tinha, inclusive pelo modo de composição e garantia de seus membros.”⁷⁶

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas implanta a ditadura do Estado Novo, outorgando no mesmo dia a Constituição Brasileira de 1937, conhecida como “Polaca”, a qual introduziu uma mudança inusitada de grande importância histórica, ao inserir pela primeira e única vez na história do Brasil o Tribunal de Contas como **parte do Poder Judiciário**, localizado no texto constitucional na parte denominada “DO PODER JUDICIÁRIO”, logo depois das disposições acerca “DA JUSTIÇA MILITAR”, daí por que os membros que compunham o pleno do Tribunal passariam a se denominar “juízes”. Apesar disso, o texto foi bastante sucinto ao dispor sobre o órgão de controle externo, dedicando a este apenas o seu art. 114⁷⁷.

Contudo, alguns autores consideram que a Constituição de 1937 nunca esteve em vigor, na prática, porque Getúlio Vargas se recusava a realizar o plebiscito nela prevista, governando através do uso excessivo de Decretos-Leis, o que permite enquadrá-la na classificação de Karl Loewenstein como uma “Constituição nominal”.⁷⁸

No período pós Getúlio Vargas, já no regime da Constituição de 1946, veio à lume a **primeira Lei Orgânica do Tribunal de Contas**, Lei nº. 830, de 23 de setembro de 1949, votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, General Eurico Gaspar Dutra, que elevou para nove o número de Ministros.

A Constituição de 1946 representou uma guinada no sistema de controle externo da administração pública em direção ao modelo belga de Tribunal de Contas, no qual o Parlamento assume protagonismo na fiscalização do Poder Executivo, enquanto o órgão especializado passa a privilegiar controle prévio (*a priori*) mediante vistos autorizativos, com

⁷⁶ MARANHÃO, 1992, *op. cit.* p. 330.

⁷⁷ CF/1937: “Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

⁷⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**, tradução ao espanhol por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1982, p. 218.

poder de veto limitado. O Tribunal de Contas passou a ser previsto pela primeira vez como parte do Poder Legislativo, situado no Capítulo II “Do Poder Legislativo”, Seção VI “Do Orçamento”, art. 76. Com efeito, segundo LAUBÉ, *in verbis*:⁷⁹

Já na Constituição de 1946 era o Tribunal de Contas situado como órgão auxiliar do Congresso Nacional na fiscalização da execução orçamentária, assim como na da administração financeira, estando incluído no capítulo referente ao Poder Legislativo. A sua competência encontrava-se amplamente discriminada nos incisos e parágrafos do art. 77 daquela Carta. Como a Constituição de 1934, a de 1946 também adotou, concomitantemente e em casos especificados, as três formas de controle de atos que importassem despesas, ou seja, a do veto absoluto nos casos em que faltasse saldo na dotação ou se essa fosse imprópria, a do veto prévio relativo quando a recusa do registro se fundasse em outro motivo, e a do controle posterior quando fosse outro tipo de despesa.

Durante o Governo Militar, instaurado através do golpe de Estado de 1964, a Constituição outorgada em 24 de janeiro 1967 implantou um novo sistema de controle externo no Brasil. O tradicional registro prévio já tinha sido abolido em 1965, quando entrou em vigor a Lei nº. 4.320/64. Até então, o Tribunal de Contas fazia o controle da despesa pública durante a sua liquidação, que corresponde à segunda fase do processo de pagamento, ou seja, depois de realizado o empenho pela autoridade administrativa que a ordenava e antes do pagamento, efetuado pela Fazenda.⁸⁰

Com o advento do novo sistema, o controle passou a ser predominantemente posterior à despesa. Foi criado, ainda, o controle interno e promulgada a segunda Lei Orgânica do Tribunal de Contas, juntamente com uma reforma administrativa, veiculadas pelos Decretos-Lei nºs 199 e 200, de 25 de fevereiro de 1967, ambas com vigência simultânea a partir de março de 1967.⁸¹ Continuou o Tribunal inserido no capítulo referente ao Poder Legislativo, mais especificamente na seção pertinente à fiscalização financeira e orçamentária (Seção VII, arts. 71 a 73). Acerca das características do sistema de controle externo adotado no governo militar, Jarbas Maranhão observa, *in verbis*:⁸²

A Constituição de 1967 não mais se refere ao sistema de registro prévio para qualquer ato da administração pública, de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro, ou por conta deste. Talvez, pela circunstância de vir esse sistema merecendo críticas de estudiosos e de ministros de Tribunais de Contas, ora porque, na prática, não se exercitasse senão sobre uma percentagem mínima das despesas, ora porque pudesse implicar uma diminuição do ritmo de trabalho da administração, sacrificando, por essa forma, um processo, por ventura, mais rápido, conforme as necessidades e interesses do serviço público.

Em compensação, receberam as Cortes de Contas atribuição nova, que lhes empresta uma grande força: o desempenho das funções de auditoria financeira e

⁷⁹ LAUBÉ, *op. cit.* p. 313.

⁸⁰ BAPTISTA, S. *op. cit.*, p.86.

⁸¹ *Ibidem.* p.87- 88.

⁸² MARANHÃO, 1993, *op. cit.* p. 259-260.

orçamentária, que será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

Outras inovações destacadas pelo autor foram a de que o julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões passou a contemplar apenas as concessões iniciais, não dependendo da decisão dos Tribunais de Contas as melhorias posteriores, além de passar a ser motivo de intervenção nos Municípios o fato de a administração municipal não prestar contas a que seja obrigada, na forma da Lei.

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a competência dos Tribunais de Contas estaduais foi ainda mais ampliada, uma vez que o controle externo da Câmara Municipal passou a ser exercido com o auxílio das Cortes de Contas, os quais passaram se incumbir de elaborar parecer prévio e opinativo sobre as contas que o Prefeito, os quais somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixariam de prevalecer no julgamento.⁸³

Conforme se depreende da referida obra de Jarbas Maranhão, a ordem constitucional de 1967, neste aspecto mantida mesmo com a ampla emenda de 1969, representou uma significativa expansão das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas brasileiros, incluindo o controle concomitante dos atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, além de instituir as auditorias e inspeções como ferramentas mais amplas e eficazes de controle da administração pública.

A partir de então o controle externo passou a exercer amplo controle sobre o exame da escrituração contábil e da documentação correspondente, acompanhamento das fases de execução da despesa, inclusive a verificação da regularidade do empenho, das licitações e contratos, acompanhamento da arrecadação da receita, bem como as operações de crédito, emissão de títulos e verificação, depósitos de cauções e fianças, verificação da regularidade da execução da programação financeira de desembolso e exame dos critérios adicionais, bem como a conta de restos a pagar e as despesas de exercícios encerrados. Comentando essa expansão do controle externo, observa Luciano Brandão Alves de Souza, *in verbis*:⁸⁴

O sistema de fiscalização vigente até a Constituição de 1967, aliás previsto, em suas linhas gerais, no Código de Contabilidade da União que vigorou durante quatro regimes constitucionais – os de 1891, 1934, 1937 e 1946 – tinha sob sua alçada tão-só os registros prévio e posterior das despesas e da tomada de contas de exatores quanto à receita e despesa, e tesoueiros e pagadores, nestes últimos casos atentos especialmente ao pagamento das despesas fixas do pessoal permanente.

⁸³ MARANHÃO, *op. cit.*, p. 260.

⁸⁴ SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102. Brasília: Senado Federal, p. 173-184, abr./jun. de 1989. p. 173-174.

É oportuno ressaltar que, na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas da União não tinha competência para realizar auditorias *in loco*; os ordenadores de despesa da Administração Direta não estavam sujeitos à tomada de contas, salvo nos casos de desfalque, desvio e outras irregularidades de igual porte; os atos da despesa estavam obrigados, como já assinalado, ao registro prévio ou posterior ou à tomada de contas; e os contratos administrativos, que interessavam à receita e à despesa, eram previamente registrados.

O autor também destaca que antes da reforma a atuação dos Tribunais de Contas preocupava-se essencialmente com a legalidade dos atos de gestão, mas que a partir de 1967 passou a ser previsto a realização de inspeções, subsidiando o julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos.⁸⁵

Por fim, o Tribunal de Contas atingiu significativa maturidade institucional com o advento da Constituição “cidadã” de 1988, a qual não só prestigiou e ampliou as funções de controle externo exercidas pelo Tribunal de Contas da União, como também deu nova dimensão ao Ministério Público de Contas. Dentre as mudanças trazidas com a atual constituição, destaca Jarbas Maranhão:⁸⁶

- 1) A ampliação e o detalhamento das competências dos Tribunais de Contas, inclusive com a inclusão pela primeira vez, do controle operacional no texto da Constituição;
- 2) A proibição de criação de novos Tribunais de Contas, permanecendo apenas os seis municipais que até então tinham sido criados (BA, CE, GO, PA, SP, RJ);
- 3) A expressa disposição de que não apenas o Poder Executivo, mas todos os três Poderes deveriam manter órgãos de controle interno;
- 4) A disposição sobre a eficácia executiva das decisões do Tribunal de Contas que resultam em imputação de débito;
- 5) A extensão do controle às empresas públicas e sociedades de economia mista cujo capital a União participe, mesmo em caráter minoritário ou igualitário;
- 6) O controle mais abrangente de pessoal, abarcando o registro das concessões de aposentadorias e pensões na Administração Indireta (autarquias) e dos atos de admissão de pessoal em ambas as Administrações (Direta e Indireta), inclusive fundações;
- 7) A inclusão do controle sobre renúncia de receitas e da utilização de incentivos fiscais;
- 8) O controle sobre instrumentos de descentralização de recursos, tais como transferências, convênios e instrumentos congêneres;
- 9) O reforço do controle interno e a colaboração entre os dois tipos de controles, inclusive a previsão de responsabilidade solidária do agente de controle interno que sonega informações acerca de indícios de irregularidades, tal como previsto no art. 74, §1º, da CF/1988;
- 10) A institucionalização, no plano constitucional, do Ministério Público *junto* ao Tribunal de Contas, não como uma ramificação do Ministério Público *comum* (previsto no art. 127 da CF/1988), mas como integrante da Corte de Contas.

O sistema de controle externo adotado na Constituição cidadã, talvez em razão de ter recentemente superado um Regime Militar de viés autoritário e centralizado no Poder Executivo, prestigiou novamente o Parlamento, reaproximando o Tribunal de Contas do Brasil do modelo belga, na medida em que o texto constitucional dispõe expressamente que o

⁸⁵ SOUZA, L. *op. cit.*, p. 174.

⁸⁶ MARANHÃO, 1993, *op. cit.* p. 260-261.

controle externo está a cargo do Congresso Nacional, sendo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o qual por sua vez está situado no âmbito do Poder Legislativo.

Um indício do maior protagonismo do Parlamento, no exercício do controle externo, pode ser ilustrado através da norma inscrita nos §§1º e 2º do art. 71 da CF/1988,⁸⁷ segundo os quais os Tribunais de Contas podem sustar diretamente a execução de atos impugnados perante o órgão de controle, quando verificada irregularidade, porém, a sustação de contrato fica sujeita à apreciação da Câmara dos Deputados e do Senado, que devem deliberar sobre a matéria no prazo de 90 (noventa dias).

Cumprе ressaltar, ainda, os principais projetos de emendas à Constituição (PECs) atualmente tramitando no Congresso Nacional, dentre as quais Kelles destaca, *in verbis*.⁸⁸

É oportuno registrar a existência, na Câmara dos Deputados, de três propostas de emenda à Constituição – PEC, nºs 556/1997, 123/1999 e 427/2005, em tramitação conjunta que foram substituídas pelas PEC's nºs 15/2007 e 30/2007, a primeira propõe a mudança na forma de investidura dos Ministros do Tribunal de Contas da união e a segunda cria o Conselho dos Tribunais de Contas e do Ministério Público junto ao Tribunais de Contas, à semelhança dos CNJ e CNMP, instituídos pela EC nº 45/2004.

Todos propugnam que o concurso público seja a forma de investidura desejável para a Cortes de Contas, haja vista a natureza dos trabalhos ali desenvolvidos. Salientamos que a PEC nº 556/1997, apresentada pela bancada governista no auge da crise política envolvendo a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, o TRT-SP, e o Juiz Nicolau dos Santos Neto, revela o incômodo que supostas decisões políticas da Corte federal de Contas causava ao Palácio do Planalto.

Além das emendas comentadas pelo autor, acrescento ainda a PEC nº 25/2009, que propõe atribuir legitimidade ativa aos tribunais de Contas para ajuizar ações de execução fundadas em suas próprias decisões dotadas de eficácia de título executivo.

Nos primeiros 47 (quarenta e sete) anos de existência, o Tribunal de Contas brasileiro foi previsto, até 1937, como órgão autônomo da república, sem vinculação específica a nenhum dos Poderes Constituídos, figurando na Constituição de 1934 como “órgão de cooperação nas atividades governamentais”. Depois de um lapso de aproximadamente 09 (nove) anos, durante o qual vigeu a CF/1937, o Tribunal foi pela única vez em sua história

⁸⁷ CF/1988. “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

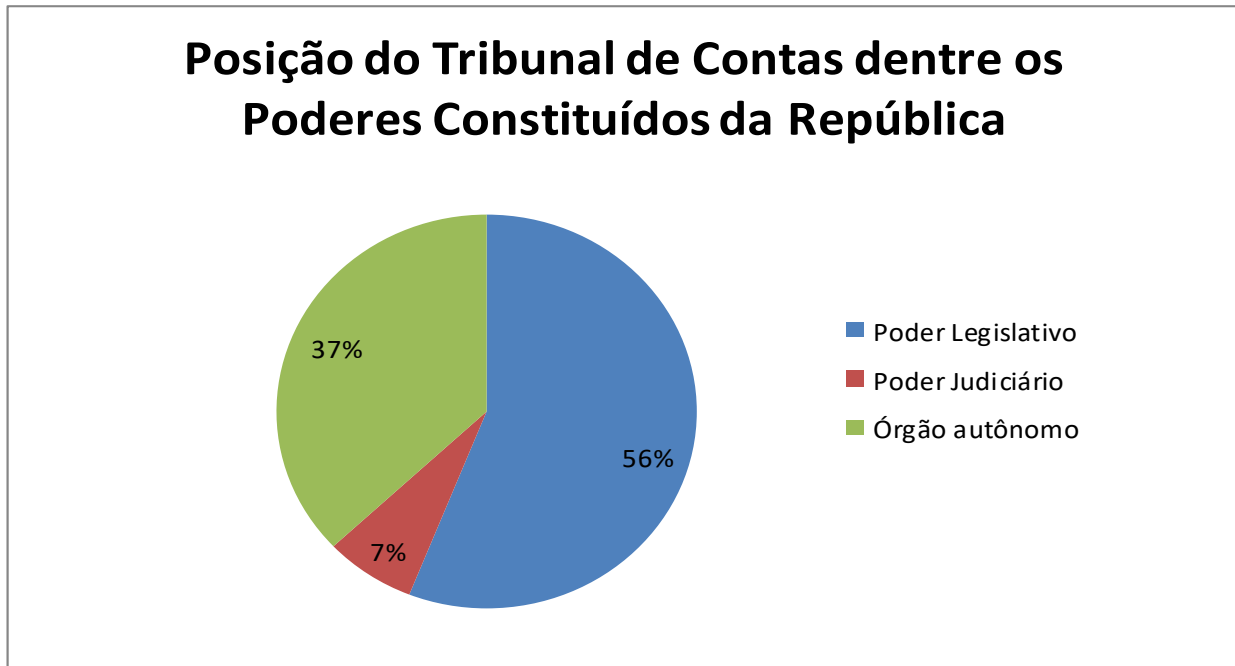
§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.”

⁸⁸ KELLES, *op. cit.* p. 230-231.

previsto dentre os órgãos do Poder Judiciário, e a partir da Constituição de 1946, o órgão de controle externo tem sido disciplinado dentro do âmbito do Poder Legislativo.

Assim sendo, o *status* constitucional do Tribunal de Contas do Brasil ao longo da história, em relação aos Poderes constituídos da República, pode ser assim demonstrado:



Fonte: Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

Nota: Dados trabalhados pelo autor.

Observa-se, assim, que o Tribunal de Contas do Brasil foi criado sob inspiração do modelo italiano, originalmente concebido com função jurisdicional e com ênfase no controle preventivo (*a priori*). Durante breve período, especificamente a vigência da Constituição de 1937, chegou a fazer parte formalmente do Poder Judiciário, mas desde 1946, até os dias atuais, os Tribunais de Contas do Brasil têm sido previstos nas constituições como órgãos do Poder Legislativo, com clara influência do modelo belga, sobretudo na Constituição atual.

Durante o período a ênfase das atribuições de controle variou entre o controle prévio (*a priori*), no período anterior ao Regime Militar; passando por uma fase de supressão do controle prévio e de preponderância do controle *a posteriori*, durante o referido regime, e, no modelo atual, se observa a presença das três formas de controle, de modo que hoje o sistema brasileiro é considerado eclético, sendo estas as circunstâncias nas quais se instalou, desde a origem, o debate acerca da natureza jurídica do controle externo presente no modelo brasileiro.

CAPÍTULO 2 – A função jurisdicional.

2.1. Os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas, como visto, surgiu no Brasil como autêntica instituição republicana, e passou por transformações diversas ao longo das constituições que se sucederam a partir de 1891, tendo chegado, inclusive, a fazer parte do próprio Poder Judiciário, na Carta Política de 1937, atingindo expressiva maturidade com a Constituição de 1988, na qual teve suas funções efetivamente ampliadas e disciplinadas, direta ou indiretamente, em 17 (dezesete) artigos.

Acerca da ampliação da disciplina constitucional do regime jurídico dos Tribunais de Contas, observa Eduardo Gualazzi que, dentre esses dezessete dispositivos, que disciplinam implícita ou explicitamente o controle externo da administração pública, sobressaem como essenciais ao tema do regime jurídico do Tribunal de Contas os arts. 31, 70, 71, 73, 74 e 75.⁸⁹

Os arts. 70 a 75 da Constituição de 1988 disciplinam os sistemas de controle interno e externo da administração pública, a composição colegiada das Cortes de Contas, e, de uma maneira geral, as atribuições e competência do Tribunal de Contas da União, aplicáveis, no que couberem, aos demais Tribunais de Contas (do Distrito Federal, Estaduais e Municipais); a relação entre o Tribunal de Contas da União e o Congresso Nacional; bem como a relação entre o controle externo das Cortes de Contas e o controle interno que deve ser mantido por cada um dos Poderes da República.

A Constituição de 1988, por sua vez, define a **função de controle externo da administração pública** no *caput* do seu art. 70, quando dispõe, literalmente:

Art. 70. A **fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial** da União e das entidades da administração direta e indireta, **quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas** será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Logo depois:

Art. 71. O controle externo, **a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União**, ao qual compete: (...) (grifo nosso)

Uma interpretação superficial do *caput* do art. 71 da CF/88 poderia induzir ao entendimento de que o controle externo é função privativa do Congresso Nacional, sendo o Tribunal de Contas da União instituído como espécie de órgão acessório do Parlamento no exercício dessa atividade.

⁸⁹ GUALAZZI, *op. cit.* p. 171-172.

Porém, ao contrário do que esse raciocínio possa sugerir, o Tribunal de Contas da União, que neste aspecto representa todas as demais Cortes de Contas do Brasil, por força do *caput* do art. 75 da Carta Política⁹⁰, não pode ser resumido a um mero órgão auxiliar do Parlamento, até porque a colaboração que presta ao julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo pelo Parlamento, através de parecer técnico opinativo, é apenas uma dentre as várias atribuições da Corte de Contas.

Além do mais, como visto no capítulo anterior, o Tribunal de Contas surgiu no Brasil como órgão autônomo, e desde a sua origem assim se manteve, em todas as Constituições Republicanas desde 1891, donde se depreende que o controle externo é uma função tanto exercida pelo Parlamento, em relação ao Chefe do Poder Executivo, quanto pelas Cortes de Contas, em relação aos demais agentes públicos gestores dos três Poderes, seja da administração direta ou indireta (art. 70, *caput*, da CF/88), além de qualquer particular que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.” (parágrafo primeiro do mesmo dispositivo).

Assim sendo, fica claro que o controle exercido pelos Tribunais de Contas é, do ponto de vista subjetivo, muito mais amplo que o controle exercido pelo Parlamento, porque este último se restringe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, e, mesmo assim, especificamente em relação às contas anuais, ficando a sua atuação restrita, de resto, à questão da elaboração e adaptações das leis orçamentárias, e não mais da execução orçamentária em si (ainda que seja possível um controle eventual através comissões parlamentares sobre questões pontuais da administração pública).

As Cortes de Contas, por outro lado, além desse controle externo mais amplo, pela quantidade de agentes públicos e privados a ele sujeitos, ainda tem dentre as suas atribuições a prática de determinados atos que são de sua competência exclusiva, a exemplo da apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, aposentadorias e pensões, para fins de registro (art. 71, III, da CF/88).

De tal sorte não se confundem com o Parlamento, que autores como Carlos Ayres Britto chegam a defender, inclusive, que na Constituição Republicana de 1988 as Cortes de Contas nem mesmo fazem parte do Poder Legislativo, no seguinte contexto, *in verbis*:⁹¹

⁹⁰ CF/1988: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

⁹¹ BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Fórum Administrativo – Direito Público, ano 5, n. 47, Belo Horizonte: Fórum, p.4933-4939, jan. 2005, p. 02-03.

(...) o Tribunal de Contas da União **não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo**. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, **que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

O autor defende que, além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional, pois quando a Constituição preceitua que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), o vocábulo “auxílio” é empregado do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário, ou seja, assim como os órgãos judiciais não podem exercer a jurisdição senão com a participação compulsória do Ministério Público, também não pode o Parlamento exercer o controle externo sem a participação dos Tribunais de Contas, de modo que uma só função (no exemplo, a jurisdicional, ou no caso em análise, o controle externo), possui dois diferenciados órgãos a servi-la, “sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro”.⁹²

Assim sendo, conforme defende o referido autor, os Tribunais de Contas compartilham com o Parlamento a função de controle externo, mas as competências de cada um não se confundem, de modo que as Cortes de Contas têm competência própria e específica para exercer as prerrogativas que a Constituição lhes reconheceu. Não por acaso alguns autores, a exemplo de Jarbas Maranhão, criticam a expressão “auxílio” utilizada no texto constitucional, e preferem referir-se à “cooperação funcional” para descrever a relação institucional entre os Tribunais de Contas e os Parlamentos de cada ente federativo, conforme se depreende, *in verbis*:⁹³

A linguagem constitucional inadequada – quando diz, no artigo 71, que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” – tem causado confusão no espírito dos leigos.

Legislações de outros países dizem melhor, ou seja, o Tribunal assiste ao invés de auxilia.

Escrevi, certa vez, e repito agora que a expressão mencionada somente pode e **deve ser entendida como de cooperação funcional**.

Relevante cooperação funcional, aliás, com os três Poderes, porém sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles. (grifo nosso)

⁹² BRITTO, *op. cit.*, p. 03.

⁹³ MARANHÃO, Jarbas. **A propósito do Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2003. p. 28.

O compartilhamento do controle externo com o Parlamento mais que se justifica quando se recorda que essa missão surgiu no contexto histórico da Magna Carta de 1215, pois até então, nas sociedades ocidentais, o poder do Rei era absoluto e, portanto, ao administrar o Estado o monarca não se sujeitava a nenhuma forma de limitação ou fiscalização por parte dos seus súditos.

A partir do momento em que, de acordo com o referido documento histórico, a instituição de novos tributos passou a depender da anuência da aristocracia, surgiu então a possibilidade de se fiscalizar a destinação que se dava ao produto da arrecadação tributária do Estado, ou seja, a gestão do patrimônio público, e, conseqüentemente, se passou a decidir previamente sobre as despesas que sustentavam a Coroa e financiavam as obras e serviços públicos, inclusive as despesas decorrentes de guerras das quais o país participava. O Parlamento, assim, concentrou pela primeira vez em suas mãos o poder de fiscalizar a administração pública, inicialmente consagrado através do orçamento, e com o desenvolvimento das funções do Estado, o controle externo tornou-se a etapa final do ciclo financeiro.

Tamanha complexidade da função e a necessidade de empregar conhecimento especializado na sua execução deram origem às instituições de controle externo, dentre as quais as Cortes de Contas, daí por que, no Brasil, o controle externo é uma função pública desempenhada tanto pelo Parlamento, em relação ao chefe do Poder Executivo, quanto pelos Tribunais de Contas, em relação aos demais agentes públicos que se envolvem na gestão do patrimônio do Estado.

A competência dos Tribunais de Contas foi disciplinada na Constituição de 1988 e, de maneira geral, instrumentalizada, em âmbito infraconstitucional, na lei de responsabilidade fiscal, na lei orgânica e nos atos normativos de cada Corte de Contas. No caso específico do TCU, essas fontes são a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU (Lei nº 8.443/1992) e as instruções normativas, dentre as quais se destaca, por exemplo, a IN/TCU nº 27/1998, que regulamentou o acompanhamento sistemático dos procedimentos conduzidos pela ANEEL para a outorga e execução contratual de concessão da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica (inclusive o reajuste periódico da tarifa de energia elétrica cobrada do consumidor final), de modo que se percebe que as atribuições originalmente concebidas na Constituição Federal de 1988 foram ampliadas e detalhadas de forma abrangente na legislação infraconstitucional.

Quanto ao conteúdo material do controle externo, o *caput* do art. 70 da CF/88 dispõe que a função recai sobre a **legalidade**, **legitimidade** e **economicidade** dos atos sujeitos a

controle. Contudo, em relação ao aspecto de legitimidade, Odete Medauar⁹⁴ observa que nele estão englobados os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados do princípio da segurança jurídica, ou da justiça, e que neste contexto esse aspecto representa a abertura para a política, no sentido de política fiscal, financeira e econômica.

Ainda quanto ao aspecto de legitimidade do controle externo, cabe a observação de Guerra e Mariano, *in verbis*:⁹⁵

Nessa perspectiva, a gestão fiscal pública vai se tornando inexoravelmente a expressão financeira de políticas públicas legítimas, consentidas e subsidiárias, que devem prever riscos fiscais, cenário em que os agentes políticos e administrativos devem atuar com prudência, responsabilidade, abrindo, em consequência, às Cortes de Contas, amplas e fascinantes fronteiras nesse novo, delicado, mas superiormente concebido controle fiscal de legitimidade.

Já a economicidade prevista de forma expressa na Constituição de 1988 resultou numa ampliação material do controle, razão pela qual a interpretação sistemática das normas constitucionais que dispõem sobre o controle externo levaram a doutrina a desenvolver o conceito de **controle de resultado**, ou **controle de desempenho**, instrumentalizado, no plano infraconstitucional, através das auditorias de natureza operacional. Acerca do princípio da economicidade, dispõe Gustavo Massa Ferreira Lima, *in verbis*:⁹⁶

(...) o princípio constitucional da economicidade é a norma constitucional que obriga o administrador público a perseguir o menor custo, na aquisição de insumos e serviços *para* a Administração, bem como a buscar a maior quantidade e a melhor qualidade dos serviços prestados pela Administração.

Acrescentamos a esse conceito, a seguinte observação: ao atribuir aos TCs a competência para verificar o cumprimento do princípio da economicidade, o constituinte originário legitimou e obrigou esses entes a fiscalizarem a relação custo-benefício alcançada na execução orçamentária dos demais entes estatais, indicando como instrumento as Auditorias de Natureza Operacional.

O controle de resultados, portanto, constitui um conceito mais aprofundado do controle de mérito, conforme observa Eduardo Gualazzi, *in verbis*:⁹⁷

(...) o controle de resultados significa um alargamento do controle de mérito, no tocante à avaliação crítica da atividade administrativa. O controle de resultados ultrapassa o controle de mérito: o de mérito conecta-se apenas aos primeiros momentos de execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético, quanto aos resultados iniciais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada. Em termos lógico-formais de extensão, o controle de legitimidade apresenta extensão mínima, o de mérito extensão média e o de resultados extensão máxima.

⁹⁴ MEDAUAR, *op. cit.* p. 140.

⁹⁵ GUERRA, E. M. e MARIANO, D. *op. cit.* p. 70-71.

⁹⁶ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 36-37.

⁹⁷ GUALAZZI, *op. cit.* p. 210.

A competência dos Tribunais de Contas compreende um plexo de atribuições e prerrogativas, daí por que a própria LOTCU dividiu o seu Título II (Julgamento e Fiscalização), que regulamenta os processos no âmbito daquela Corte de Contas, entre “Julgamento de Contas” (Capítulo I) e “Fiscalização a Cargo do Tribunal” (Capítulo II), neste último tipo estão incluídos processos típicos de fiscalização (Seção IV), processos de apreciação de legalidade de atos levados a registro (Seção III), e processos especiais de fiscalização provocados pelo Congresso Nacional (Seção II).

Quanto aos processos de julgamento de contas, importante destacar que as contas prestadas pelos administradores e responsáveis e apreciadas pelo TCU em caráter definitivo, ou final (art. 6º e 7º do referido diploma legal), se distinguem sobremaneira das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, as quais são apreciadas mediante parecer prévio pela Corte de Contas (art. 36), mas, ao final, **judgadas** pelo Parlamento.

O objeto do controle externo é a administração pública, ou seja, a gestão do patrimônio público, bens, valores e propriedades materiais e imateriais do Estado. Em sentido material, compreendem todas as atividades desenvolvidas pela Administração, abarcando a prestação de serviços públicos, limitações à liberdade e à propriedade (poder de polícia), medidas de intervenção e atuação no domínio econômico (regulação), fomento e atividade financeira propriamente dita, inclusive renúncia de receitas e subvenções econômicas.

Assim, pois, a administração pública tanto se procede por meio de **atos políticos**, de comando, de iniciativa, praticados exclusivamente pelos detentores da função política, denominados agentes políticos que ocupam a chefia do Poder Executivo, como pelos servidores públicos que realizam as **atividades administrativas em sentido estrito**. Essa diferenciação, aliás, é recorrente na doutrina especializada, a exemplo do escólio que segue, *in verbis*:⁹⁸

Nesse sentido, destacam-se as funções política e administrativa da Administração Pública, que, subjetivamente, compõem o mesmo complexo, embora envolvendo atividades de naturezas distintas: uma positiva, de comando; outra neutra, de fazimento, de obediência, que caracteriza, nas linhas técnico-jurídicas do Direito Administrativo, a Administração propriamente dita, ou em sentido restrito.

Daí decorre a distinção dos atos de governo e dos atos de gestão, que irão ensejar, conforme o caso, a prestação de contas respectiva. A chefia do Executivo, exercendo a missão precípua de governo, produz atos de natureza política, visando à condução global dos misteres públicos e à definição dos comandos e diretrizes para as estruturas administrativas subordinadas. Nesse caso, os atos produzidos vão ensejar prestação de **contas de governo**. De outra sorte, os atos de gestão caracterizam-se como manifestações de consecução e materialização das determinações emanadas do governo, que vão ser agrupadas e formar as denominadas **contas de gestão**. (grifo nosso)

⁹⁸ GUERRA, E. M. e MARIANO, D. *op. cit.* p. 76-77.

Neste sentido optamos por nos referir às contas prestadas pelos gestores públicos e julgadas pelos Tribunais de Contas em caráter definitivo como **contas de gestão**, enquanto a apreciação de contas do Chefe do Poder Executivo para elaboração de parecer prévio, denominaremos **contas de governo**.

O objeto do presente trabalho se restringe ao estudo da natureza jurídica da competência dos Tribunais de Contas quando do julgamento das **contas de gestão**, razão pela qual em relação a estas passaremos a nos referir quando tratarmos de “processos de contas”, já que em relação às **contas de governo** a atividade das Cortes de Contas é auxiliar e não resulta em sanção direta pelos Tribunais de Contas. A questão, como será demonstrado, suscita debates na doutrina desde a origem do órgão.⁹⁹

No contexto da Constituição Federal de 1988, uma das razões parece ter origem nos vocábulos empregados pelo constituinte para designar o Tribunal de Contas, quando, por exemplo, se refere à “competência” do TCU (art. 71), ou quando descreve as suas atribuições como “apreciar” e “julgar” contas (incisos I, II e II do art. 71), com “jurisdição em todo território nacional” (art. 73); seja, por fim, quando estende aos Ministros do Tribunal de Contas da União “as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.” (§3º do art. 73).

As críticas quanto à terminologia utilizada na Constituição Federal também se aplicam à legislação infraconstitucional, a exemplo do art. 3º da LOTCU, art. 1º da Lei Federal 2.180/1954 (dispõe sobre o Tribunal Marítimo) e o art.4º da LEI nº 12.529/2011 (dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mais especificamente sobre o CADE), pois nos três exemplos a legislação utiliza o termo “jurisdição” para designar-lhes as respectivas funções, o que induz, numa interpretação literal, à comparação com as atribuições constitucionais do Poder Judiciário.

A discussão sobre a natureza jurídica do controle externo da administração pública no Brasil se revela ainda mais relevante quando se considera que o eventual reconhecimento do seu caráter jurisdicional, ou, ao contrário, da sua natureza estritamente administrativa, repercute sobremaneira na possibilidade e limites para eventual revisão judicial das decisões

⁹⁹ Acerca dos referidos debates: “Muitas linhas têm sido escritas a respeito do caráter jurisdicional das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas. A polêmica surge a partir de algumas linhas interpretativas divergentes. A jurisdição traduz uma função estatal, e o seu exercício apresenta-se difuso entre os órgãos e poderes do Estado. De fato, quando, em colegiado, a Corte de Contas efetua o julgamento das contas dos administradores públicos, incluídos todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de toda a Administração direta e indireta do Estado, está executando tarefa que lhe é peculiar, de origem constitucional, sendo sua decisão definitiva.” *In*: GUERRA, E. M. e MARIANO, D., *op. cit.* p. 81.

proferidas pelos Tribunal de Contas, inclusive nos casos de impugnação judicial de multas ou do dever de ressarcimento imputadas pelos órgãos de controle externo.

Com efeito, essa problemática tem como um dos seus reflexos mais notáveis, no contexto do presente trabalho, a possibilidade de eficácia de coisa julgada material da decisão dos Tribunais de Contas, o que, por óbvio, seria determinante para uma limitação expressiva do alcance da revisão, pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, inclusive quanto às condenações de natureza pecuniária imputadas em sede de controle externo pelos órgãos de contas. Entretanto, para desenvolver o tema é preciso especificar o que entendemos por **função administrativa e função jurisdicional**.

Quanto ao primeiro conceito, reconheça-se que a definição de ato administrativo apresenta a sua própria discussão doutrinária, envolvendo a adoção ora de critérios subjetivos (também denominados orgânicos ou formais), ora objetivos (funcionais ou materiais), cuja análise, entretanto, é prescindível ao tema proposto, em primeiro lugar porque somente interessa à discussão a distinção entre atos administrativos e jurisdicionais, razão pela qual se poderia simplesmente concluir, pelo critério de exclusão, que se não for jurisdicional o controle externo será sempre uma atividade estritamente administrativa.

Por outro lado, não seria possível confundir o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas com atos jurídicos de natureza diversa dessas duas hipóteses, razão pela qual optamos por adotar o conceito de ato administrativo proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁰, cujo teor reputamos oportuno transcrever: “A declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

O conceito proposto pelo autor nos parece mais adequado por conter todas as características que interessam à discussão, a saber: exclui da atividade administrativa os atos normativos (“nível inferior à lei – a título de cumpri-las”), que não se verificam em relação aos Tribunais de Contas, mas inclui os atos de declaração de juízo, de conhecimento e de opinião, que ao contrário fazem parte das atividades típicas das Cortes de Contas, quando, por exemplo, elaboram parecer prévio sobre contas de governo ou respondem a consulta parlamentar.

Além do mais, esse conceito já esclarece que o ato administrativo se “sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, razão pela qual só seria necessário adaptar, do conceito adotado, que as competências dos Tribunais de Contas nunca são exercidas por

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 12-32

“quem lhe faça as vezes”, e que o eventual controle judicial poderia, em tese, abordar mais aspectos do que a estrita “legitimidade” referida pelo autor, mas essas considerações serão feitas ao seu tempo.

Quanto ao conceito de jurisdição, por outro lado, encontramos em verdade uma ampla discussão acadêmica, cuja análise aprofundada é necessária para a discussão da natureza jurídica do controle externo, razão pela qual passaremos a debatê-lo, nos limites do objetivo do trabalho.

2.2. A função jurisdicional.

Definir no que consiste a jurisdição é sem dúvida uma das questões atualmente mais importantes e problemáticas, que desafia não apenas os autores que estudam a Teoria Geral do Processo, mas também o Direito Constitucional e até mesmo a Ciência Política, de modo que tem sido estudado pelos principais processualistas modernos.

Mesmo restringindo, no contexto do tema proposto, o conceito de jurisdição ao âmbito do processo civil, considerando a natureza das normas jurídicas que disciplinam o controle externo e os órgãos que exercem essa função, permanece o amplo debate acerca da matéria.

Como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva, apesar do seu conceito hodiernamente ser ligado à própria ideia de Estado, em sua origem a jurisdição era realizada pelo particular contra quem se achava obrigado (direito subjetivo), razão pela qual a jurisdição foi concebida mais como uma função legitimadora da defesa do interesse privado. *In verbis*:¹⁰¹

A ideia de direito, no Estado moderno, suscita, desde logo, a ideia de jurisdição. O pensamento do jurista contemporâneo tende, irresistivelmente, a equiparar o direito à norma jurídica editada pelo Estado, cuja inobservância dá lugar a uma sanção. Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio na produção e aplicação do direito.

Nos primórdios da civilização humana, contudo, a situação era diferente. O direito, antes de ser monopólio do Estado, era manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana. Nesse estágio de organização social e política, a atividade desenvolvida pontífices, como observa De Martino em relação ao direito romano primitivo, não pode ser equiparado à função nitidamente jurisdicional. A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu a posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.

Mesmo assim, conforme ensinam os romanistas, **a atividade jurisdicente do pretor, na fase primordial do direito romano, correspondia substancialmente a uma função legitimadora da defesa privada**, de vez que o direito era, de um modo geral, realizado por seu titular contra o obrigado, e só excepcionalmente, e por iniciativa deste último, nos casos em que se julgasse ofendido pelo exercício arbitrário e ilegítimo do direito, é que o pretor intervinha para julgar lícita ou ilícita a conduta do agente. (grifo nosso)

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

Já Giuseppe Chiovenda chamava a atenção para a necessidade de distinguir a jurisdição das demais funções do Estado, coerente com a teoria da separação dos Poderes proposta pelo Barão de Montesquieu, na visão de quem esta atividade corresponde a parte da própria soberania do Estado. *In verbis*:¹⁰²

A exigência da separação orgânica entre a função jurisdicional e as outras é tão forte, que a vemos prevalecer mesmo em Estados Absolutos: mas prevalece imperfeitamente, com apoio em conceitos lógicos e técnicos, e não políticos. No Estado absoluto, sendo a lei a vontade de um só, ou de poucos, os órgãos jurisdicionais são executores da vontade de um ou de poucos, e sujeitos à mutabilidade e ao arbítrio deles. No moderno Estado constitucional, ao revés, a lei resulta da cooperação de várias vontades concorrentes a formá-la [...] A autonomia da função jurisdicional encerra, portanto, no Estado moderno, um significado efetivamente novo.

Dentre as controvérsias mais relevantes observadas em relação ao tema da jurisdição, se destacam a questão do caráter jurisdicional do processo executivo e da chamada “jurisdição voluntária”, do monopólio estatal da jurisdição e da unidade da jurisdição, ou inafastabilidade da prestação jurisdicional, todas elas relevantes para a discussão do tema proposto, razão pela qual, dentre os diversos autores que procuraram explicar a natureza da jurisdição, serão estudados de forma sucinta, para não fugir-se aos propósitos do trabalho, dentre outros, os que podem ser agrupados dentro das doutrinas dos autores italianos Chiovenda, Carnelutti e Allorio, além de outros autores considerados ecléticos que também deram contribuições significativas para o estudo da matéria.

2.3. A doutrina de Chiovenda

Giuseppe Chiovenda (1872-1937) estudou a jurisdição enquanto pressuposto processual, uma vez que a sua doutrina elegeu como paradigmas os conceitos de ação e, principalmente, de processo. Acerca do paradigma adotado, observa Juan Montero Aroca, *in verbis*:¹⁰³

Atendendo aos *Principii* de Chiovenda se advertirá que o conceito básico, em torno do qual gira todo o sistema, definindo-se como o conjunto de atos dirigidos com a finalidade da atuação da lei (a respeito de um bem que se pretende garantido por esta no caso concreto) por intermédio dos órgãos jurisdicionais, e que seu plano de estudo do Direito processual parte dos conceitos fundamentais de ação e processo, estudando a jurisdição (com seus derivados a organização judicial e a competência) enquanto que pressuposto processual, isto é, como condição necessária para que se possa constituir-se a relação processual. Esse Direito processual constava de três partes: a teoria da ação, a teoria dos pressupostos processuais e a teoria do procedimento, com o que a jurisdição e os titulares da mesma só mereciam atenção enquanto pressuposto do processo, porém não em si mesmos considerados. (tradução nossa)

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução J. G. Menegale, com nota de Leibman. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 16-17.

¹⁰³ AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 31-32

O autor partiu do pressuposto de que, no Estado Moderno, a produção do direito (criação das leis) e a administração da justiça (afirmar e atuar a vontade concreta da lei) são monopólios do Estado, sendo a jurisdição uma “função da soberania”. Assevera o autor, *in verbis*:¹⁰⁴

Pode definir-se a jurisdição como *a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.*

(...)

Dissemos antes de tudo que a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado.

A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental* (ou *administrativa*) e a *jurisdicional*. (grifos do original)

O autor considerava que o aspecto mais relevante e essencial da jurisdição não consistia em “garantias superiores” de isonomia, pois estas também se podiam observar em atos administrativos, nem na natureza pública ou privada dos interesses das partes envolvidas no processo, muito menos pela possibilidade de sanção decorrente da atividade jurisdicional, mas principalmente o **caráter substitutivo da atividade jurisdicional**. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁰⁵

Utilizando o que de verdade se contém em todos esses modos de ver, a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*: é – queremos dizer – a *substituição* de uma atividade pública a uma atividade alheia. Opera-se essa substituição por dois modos correspondentes aos dois estágios do processo, cognição e execução. a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei *concernente às partes*.

(...)

b) Em quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução *em si* não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade da lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na *substituição*, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha sido fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade (...). Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de outrem* (não, entendamos, *em representação* de outros). (grifos do original)

Para Chiovenda, portanto, é a **substitutividade** que caracteriza a jurisdição, na declaração da vontade concreta da lei em face do caso concreto. Ao distinguir o ato jurisdicional do ato administrativo, o autor defende que o juiz age “atuando a lei”, ou seja,

¹⁰⁴ CHIOVENDA, Vol. 2, *op. cit.*, p. 11-13.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 21-22

tem a lei como objeto do seu agir, como sua finalidade específica, enquanto a administração pública age “em conformidade com a lei”, tendo por finalidade o interesse público, quando, por exemplo, empreende obras, presta serviços, exerce o poder de polícia etc, daí por que essa característica distingue a atividade jurisdicional dos atos administrativos. *In verbis*.¹⁰⁶

Em outros termos, o juiz age *atuando a lei*. A administração age *em conformidade com a lei*; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda: a administração é uma atividade *primária* ou *originária*; a jurisdição é uma atividade *secundária* ou *coordenada*.

Assim se pode entender a diversa função que o juízo lógico tem, com respeito às duas atividades. A própria administração julga, pois não se age a não ser com apoio num juízo: *mas julga sobre a própria atividade*. Ao contrário, a jurisdição julga *da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*.

Assim, pois, ambas as atividades aplicam, ou realizam, a lei geral e abstrata (vontade da lei), mas enquanto o administrador adota a lei como o seu limite, para o juiz a lei é a própria finalidade do julgamento, ou seja, do ato jurisdicional.

O autor ressalta que por vezes a administração pública julga a própria atividade, mas tendo em vista uma atividade alheia, de modo que prevalece o julgamento sobre a própria atividade administrativa, vale dizer, quando o administrador julga os fatos, tal formação de juízo se orienta para a adoção de uma conduta própria da Administração em razão desses fatos, enquanto, no caso da atividade jurisdicional, o julgamento é sempre sobre a atividade alheia, conforme expôs, *in verbis*:¹⁰⁷

O juízo eventual sobre atividade alheia, no administrador, não é senão uma das determinantes da vontade e da atividade administrativa, e, portanto, meramente ocasional, superficial e provisório; no juiz, pelo contrário, é um juízo reflexo, apósito, do qual a atividade do juiz não é senão a consequência.

Ao adotar a **substitutividade** como paradigma para a jurisdição, Chiovenda não reconhecera caráter jurisdicional à denominada “jurisdição voluntária”, na medida em que estas não representavam atividade de substituição do Estado, razão pela qual entendeu se tratar de atos administrativos, conforme defendeu, *in verbis*:¹⁰⁸

Não se insere correlativamente, entre as atividades jurisdicionais, a denominada “jurisdição voluntária”, a qual, de efeito, não é “jurisdição” no sentido que explanamos. (...) Qualificou-se com o nome romano “*iurisdictio voluntaria*” na doutrina e na prática do processo italiano medieval aquele plexo de atos que os órgãos judiciais realizavam em face de um único interessado, ou sob acordo de vários interessados, “*in volentes*”; e o nome passou a designar também aqueles dentre tais atos que vieram, com o tempo, a transferir-se da competência dos juízes *ordinários* para a dos notários (...)

¹⁰⁶ CHIOVENDA, Vol. 2, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 28.

Ovídio Baptista faz referência a duas críticas principais a essa teoria, sendo a primeira atribuída a Galeno Lacerda, para quem a substitutividade não seria suficiente para caracterizar a jurisdição, uma vez que não explica a natureza jurisdicional dos processos que têm por objetivo conflitos entre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes, como no processo penal e no processo civil inquisitório (ex. nulidades do casamento), além de não compreender as sentenças que decidem questões processuais, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como às relativas à competência e suspeição, onde a substitutividade não é cabível.¹⁰⁹

A segunda crítica diz respeito à premissa de que a finalidade precípua da jurisdição seria a aplicação ou realização do direito objetivo, pois tal não é especificidade da jurisdição, já que os particulares também o fazem através de negócios jurídicos privados, assim como os demais poderes estatais no exercício de suas respectivas funções. Além do mais, essa finalidade não explicaria porque a jurisdição dependeria de impulso das partes para a sua realização.

A crítica de Galeno Lacerda foi discutida por J. J. Calmon de Passos, o qual, por sua vez, defendeu que tais ponderações partiam de uma concepção equivocada de que só haveria jurisdição onde houvesse lide, quando, na verdade, segundo o autor, a **substitutividade** da atividade jurisdicional estaria caracterizada mesmo nas decisões do juiz quanto à matéria processual (a exemplo dos conflitos de competência previstos no art. 66, do Código de Processo Civil de 2015), porque estas questões envolvem poderes instrumentais na busca da prestação jurisdicional, do mesmo modo que as discussões parlamentares sobre projetos de lei se incluiriam na função de legislar, já que seriam indispensáveis à própria atividade legislativa de criação da norma jurídica.

Registre-se que Ovídio Baptista concordou expressamente com as considerações propostas por Calmon de Passos¹¹⁰, quanto ao sentido que se deve empregar ao termo “substitutividade” cunhado por Chiovenda, conforme será demonstrado. Ainda de acordo com o autor, de modo geral é possível identificar que essa doutrina é seguida, com suas particularidades, adaptações e ressalvas, por Calamandrei, Ugo Rocco, Antônio Segni, Zanzucchi e, dentre os autores brasileiros, particularmente, por J. J. Calmon de Passos, Moacyr Amaral Santos e Celso Agrícola Barbi.¹¹¹

¹⁰⁹ SILVA, O. *op. cit.* p. 60.

¹¹⁰ *Ibidem. passim.*

¹¹¹ *Idem. passim.*

2.4. A doutrina de Carnelutti.

A teoria de **Francesco Carnelutti (1879-1965)** parte do conceito de **lide** como paradigma da jurisdição (e, em verdade, de toda a teoria processual), e propõe a definição de jurisdição como **justa composição da lide**, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicit ius*¹¹²; daí por que o autor não reconhecia, na formulação original de sua teoria, natureza jurisdicional nem ao processo de execução nem à denominada jurisdição voluntária.

A **lide**, por sua vez, é definida na teoria de Carnelutti como o conflito de **interesses** (ou seja, de posições favoráveis à satisfação de uma necessidade) qualificado pela pretensão de alguém e a resistência de outrem (quando as posições em relação a um determinado bem da vida são antagônicas, ou contrastantes). Nas palavras do autor, *In verbis*:

O conceito de interesse é fundamental tanto para o estudo do processo quanto para o do direito.

Interesse não significa um *juízo*, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: *a posição favorável à satisfação de uma necessidade*. [...] Os meios para a satisfação das necessidades humanas são os *bens*. E se acabamos de dizer que interesse é a situação de um homem, favorável à satisfação de uma necessidade, essa situação se verifica, pois, com respeito a um bem: *homem e bem* são os dois termos da relação que denominamos interesse. Sujeito do interesse é o *homem* e o *objeto* daquele é o *bem*.¹¹³

Mais ainda:

Se o interesse significa uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de *interesse* e à de *bem* aparece a do conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a *situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta*¹¹⁴.

Prossegue o autor que a relação entre homem e o bem apto a satisfazer a sua necessidade constitui o interesse imediato, enquanto o interesse mediato corresponde às situações que servem de instrumento para a consecução desses bens, como, no caso, a relação jurídica processual, que seria uma situação intermediária, ou indireta, para a obtenção do bem da vida. *In verbis*:¹¹⁵

Existem situações que servem diretamente à satisfação de uma, enquanto que, pelo contrário, outras tão-somente indiretamente realizam esta finalidade, enquanto delas pode derivar outra situação (intermediária), da qual resulte depois a satisfação da necessidade. As primeiras correspondem aos interesses *imediatos*; as segundas, aos interesses *mediatos*.

¹¹² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book. Vol. I, p. 131-269

¹¹³ *Ibidem*. p. 55.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 60-61.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 55.

Para essa doutrina, amplamente difundida no Brasil, a **lide** é o pressuposto para a jurisdição, ou seja, a jurisdição é criada e organizada **pelo Estado** exatamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, sejam públicos ou privados, singulares ou coletivos, razão pela qual não haveria jurisdição sem lide.

O autor propunha uma classificação do processo jurisdicional entre **processo declaratório** e **processo dispositivo**: “conforme se produza uma ou outra, o processo servirá a duas finalidades distintas: o accertamento (accertamento) de um estado jurídico já existente ou a constituição de um estado jurídico que ainda não existe (estado conforme o Direito)”.¹¹⁶ No entanto, sendo a **lide** o paradigma da jurisdição o autor defende que o exercício da **jurisdição** não está adstrito ao **processo judicial**. Aliás, o autor dissocia expressamente a atividade jurisdicional do conceito de processo, quando afirma, *in verbis*:¹¹⁷

Uma exigência de ordem me aconselha considerar como rigorosamente distintas a função *jurisdicional* e a função *processual*. A segunda é *genus* e a primeira, *espécies*. Nem todo processo implica exercício de jurisdição (...) Especialmente, é processo, e não jurisdição, a execução forçada.

(...)

A realidade é que entre *jurisdição* e *processo* não apenas não se encontra uma relação de coincidência, mesmo nem sequer a continência e nem apenas a interferência. Se, por um lado, existe, com efeito, um processo *não jurisdicional* (...) por outro há que se admitir uma *jurisdição não processual*. À luz do bom sentido aparece indubitável que *ius dicit* não apenas o juiz quando e mediante a sentença decidir uma questão para compor o litígio, como também o legislador, quando formar uma lei e inclusive, por outro lado, os contratantes quando (...) façam do contrato lei entre eles. **Em resumo, esse poder corresponde, não apenas ao juiz, como a toda a pessoa cuja declaração possua caráter de fonte do Direito.** Historicamente, a *jurisdictio* foi exatamente a manifestação do *imperium* (ou seja, do poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano) que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguiu, tanto do poder militar, quanto da *coertio*; apenas devido a que essa fixação de regras acontecia por meio do processo, o mesmo nome serviu por sua vez para designar o fim e o meio, e por conseguinte, nem tanto a função jurídica, quanto a função processual. Assim explica-se que se tenha acabado por chamar jurisdição a esta última, inclusive quando é execução. (grifo nosso)

Nesse contexto, o autor conclui que a jurisdição não é monopólio dos órgãos judiciais, na medida em que o autor admite a existência de órgãos judiciais, mistos e **parajudiciais**, nos termos que seguem, *in verbis*:¹¹⁸

Geralmente, a função constitui, se não a missão *exclusiva*, de fato a missão *principal* do homem a que está atribuída. Então, fala-se exatamente em *órgãos judiciais*: tais são, por exemplo, os juízes conciliadores, os pretores, os *tribunali*, as

¹¹⁶ CARNELUTTI, *op. cit.* Vol. I, p. 223.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 221-223.

¹¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book. Vol. II, p. 264-265.

cortes de apelação e a corte de cassação. Isso não significa que pretores, *tribunali* e as cortes de apelação não exerçam também funções administrativas [...] mas o núcleo de sua missão é judicial.

Todavia, se produz, se bem que raramente, o fenômeno contrário, ou seja, de que funções judiciais sejam confiadas a homens cuja missão principal não é judicial. É a eles que damos o nome de *órgãos mistos*.

Para ilustrar o seu argumento o autor cita como exemplo **de órgãos mistos**, ou seja, órgãos que não são tipicamente judiciais no contexto italiano, mas que exercem excepcionalmente jurisdição, o Rei, o capitão do porto, o cônsul, o oficial colonial, o conservador das hipotecas e os oficiais da força pública e, quanto aos **órgãos parajudiciais**, dos quais seriam exemplos a conciliação (quando para o seu exercício não for instituído um órgão judicial) e a comissão para o patrocínio gratuito,¹¹⁹ o autor desenvolve, *in verbis*:¹²⁰

Existem missões afins ao judicial ou conexas com ele, aos quais estão descritos órgãos especiais, que têm que levar em consideração em uma sistematização completa dos elementos processo, mesmo quando não seja mais do que para diferenciá-los dos verdadeiros órgãos judiciais. Parece-me, por isso, oportuno dar-lhes o nome de *órgãos parajudiciais*.

Ressalte-se que Carnelutti somente admite a jurisdição praticada de modo excepcional pelos órgãos **mistos** e **parajudiciais** quando tais órgãos estão situados no âmbito do Estado, pois do contrário se estaria diante do que o autor denominou “**equivalentes jurisdicionais**”, ou seja, meios alternativos à jurisdição, mas igualmente aptos a alcançar a justa composição da lide entre as partes interessadas, dentre as quais se incluiria o processo estrangeiro, cuja sentença seja reconhecida no país; a autocomposição do litígio; a renúncia da parte ao interesse; a transação; e formas processuais como a composição processual, a conciliação e a arbitragem (referida pelo autor como “compromisso”).¹²¹ Segundo o autor, *in verbis*:¹²²

Por conseguinte, tanto a sentença estrangeira quanto a transação podem servir para a mesma finalidade que a jurisdição persegue; **mas nenhuma das duas implica exercício de jurisdição, posto que mediante elas não atua o interesse público quanto à composição dos conflitos**; a transação é o fruto de dois interesses privados, e a sentença estrangeira nasce exatamente de um interesse externo, mas tal interesse não é o que anima nossa ordem jurídica, e sim outro distinto. Temos, pois, aqui dois atos determinados por um interesse que não é o do Estado Italiano enquanto à composição dos conflitos, se bem se lhes reconhece, em determinadas

¹¹⁹ Órgão italiano que avalia a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita.

¹²⁰ CARNELUTTI, Vol. II, *op. cit.* p. 266.

¹²¹ Em relação à arbitragem, escreve o autor: “Na prática, acontece que quando as partes não consigam por si sós nem extinguir o litígio por meio de renúncia ou reconhecimento nem resolvê-lo por meio de transação, confiem, então, sua resolução, em lugar de leva-lo perante o juiz, a um ou vários particulares, que recebem o nome de *árbitros*, assim como se chama compromisso o ato mediante o qual se lhes atribui tal missão.” (CARNELUTTI, vol. I, *op. cit.*, p. 280)

¹²² *Ibidem.*, p. 253

condições, idoneidade para alcançar a mesma finalidade a que tende a jurisdição. Nisto Consiste o conceito de *equivalente jurisdicional*. (grifo nosso)

Conclui-se, portanto, que Carnelutti implicitamente defende o monopólio estatal da atividade jurisdicional, relegando à categoria de “equivalente jurisdicional” inclusive a sentença de país estrangeiro, no que parece concordar com Chiovenda quando aquele defendia que a jurisdição seria “função da soberania do Estado”,¹²³ pois aparentemente a soberania é a razão pela qual a sentença de país estrangeiro não é considerada autêntica jurisdição, embora o autor não tenha expressamente assim reconhecido.

Ovídio Baptista observa que o autor italiano posteriormente ampliou o seu conceito de lide para aceitar não apenas a pretensão resistida, mas também a pretensão insatisfeita, como pressupostos da jurisdição, passando, então, a admitir tal natureza aos processos de execução. Segundo o processualista gaúcho, *in verbis*:¹²⁴

Embora, em sua formulação originária, a doutrina de Carnelutti excluísse a execução forçada do âmbito da jurisdição, posteriormente o próprio jurista e seus seguidores passaram a distinguir a atividade jurisdicional para composição de um conflito de interesses (lide), representado por uma pretensão contestada (processo de conhecimento), da outra destinada a compor um litígio de interesses originado em uma pretensão insatisfeita (processo de execução).

O autor faz referência à defesa dessa doutrina, entre os autores brasileiros, por Galeno Lacerda em seus Comentários ao Código de Processo Civil, o qual, partindo do conceito de jurisdição proposto por Calamandrei (que, por sua vez, segue a linha de raciocínio de Chiovenda), assim dispõe, *in verbis*:¹²⁵

Uma interessante e radical manifestação da doutrina carneluttiana foi defendida por Galeno Lacerda, para quem o ato jurisdicional tem na lide sua *pedra de toque*, pois a jurisdição só existe por causa do conflito e para solucioná-lo. A lide, como realidade dialética, adquire feição polimórfica, extravasando-se em ambos os planos – o plano do direito material e o plano do processo – através das pretensões e razões das partes, decorrendo daí tantas questões controvertidas, a exigir decisão jurisdicional do magistrado. Exatamente porque as questões constituem projeção da lide é que a decisão delas, ainda das que sejam puramente processuais, como seria a proferida sobre a própria competência, passam a ser também jurisdicionais.

“Onde houver, portanto, julgamento de questão, aí estaremos em presença de ato jurisdicional”. Dessa asserção conclui Galeno Lacerda ser possível a ocorrência de autêntica jurisdição também em procedimento de natureza administrativa, toda vez que, nele, se suscite qualquer questão que requeira juízo.

¹²³ CHIOVENDA, Vol. 2, *op. cit.*, p. 12-13.

¹²⁴ SILVA, O. *Op. cit.*, p. 63.

¹²⁵ *Ibidem.* p. 64.

Outro processualista brasileiro que se filiou à doutrina de Carnelutti, segundo Ovídio Baptista, foi Celso Neves¹²⁶, professor da Universidade de São Paulo, para quem a verdadeira atividade jurisdicional apenas se daria no chamado processo de conhecimento, e exclusivamente através do processo de pura declaração, de modo que tudo que exceder a declaração em si já pertence ao plano da execução que pode ocorrer, ou imediatamente, ou de forma diferida, em ação executória posterior. Na visão desse autor, a jurisdição se esgota na fase de conhecimento, pois na fase de execução há somente atividade *jus satisfativa*, não jurisdicional, porque a sua finalidade é satisfazer o interesse do litigante, já reconhecido, nos limites da coisa julgada.

A respeito da tese de Celso Neves, o autor argumenta que, ao considerar a atividade de execução forçada como a única forma de tutela *jus satisfativa*, na pressuposição de que a tutela de pura declaração, representada pela sentença proferida em demanda declaratória, ou pelo componente declaratório das sentenças que o autor indica como **ações objetivamente complexas**, não seja igualmente satisfativa de uma pretensão da parte, a tese se torna insubsistente diante do exemplo da parte que demanda, através de ação declaratória, a eliminação de um estado de incerteza jurídica e obtém tal espécie de tutela estatal, mediante sentença, com o natural efeito de coisa julgada, caso em que teve satisfeita a sua pretensão legítima e, portanto, se pode identificar também no provimento declaratório a tutela *jus satisfativa*.

As críticas que, de maneira geral, se fazem à doutrina de Carnelutti podem ser sintetizadas nos argumentos de que, em primeiro lugar, essa doutrina procura definir o ato jurisdicional em função de sua finalidade, ou seja, se procura definir a jurisdição por aquilo a que serve, ao invés de defini-la pelo que é. Essa crítica, aliás, também se aplica, de certo modo, à teoria de Chiovenda, de quem Carnelutti foi contemporâneo.

Alega-se que a composição dos conflitos de interesses pode se dar de formas diversas, inclusive por outros agentes do estado que não sejam juízes, além do mais, formas alternativas de composição de litígio também são justas e conforme a lei, não se tratando, tanto num caso da resolução do litígio, quanto no caso da justa composição conforme a lei, de características exclusivas da jurisdição, razão pela qual estas seriam inadequadas para a definição do instituto da jurisdição.

¹²⁶ SILVA, O. *op. cit.*, *Passim*.

Por fim, acrescente-se, como observa Francisco Wildo Lacerda Dantas, a crítica formulada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, de que a jurisdição deve perseguir não apenas uma **composição justa da lide**, mas também a segurança jurídica no exercício da função. *In verbis*:¹²⁷

Por um lado, no sentido de que o julgador há de levar em conta não somente a justiça, como também a *segurança jurídica*, ainda que se deva recordar que isso também não passou inadvertido ao autor, quando, precisamente a respeito da coisa julgada, observou que ela responde à necessidade de *certeza* (desde o instante em que uma sentença de dito atributo poderia, não obstante se afaste da justiça) (tradução do autor)

Como doutrina que talvez tenha sido a mais difundida no Brasil, sobretudo dentre os processualistas provenientes da Região Sudeste do país, principalmente paulistas, a doutrina de Carnelutti influenciou de forma decisiva o Código de Processo Civil de 1973 e, ainda, o recente Código de Processo Civil de 2015, destacando-se, dentre os seus adeptos, conforme indicam Francisco Wildo¹²⁸ e Ovídio Baptista¹²⁹, Leibman, Clóvis Beviláqua, Galeno Lacerda, Celso Neves, J. I. Botelho de Mesquita e o Min. Luiz Fux.

2.5. A doutrina de Allorio.

A tese de **Enrico Allorio (1914 – 1994)** se fundamenta na ideia de que a função jurisdicional se caracteriza pela **aptidão para produzir a coisa julgada**. Segundo o autor “o efeito declaratório, ou seja, a coisa julgada é o sinal inequívoco da verdadeira e própria jurisdição”,¹³⁰ donde se se infere que o autor se refere claramente à coisa julgada material. Em consequência, a atividade administrativa não se confundiria com a atividade jurisdicional porque na primeira as decisões não produzem coisa julgada, já que seriam sempre passíveis de revisão pela segunda.

Em outras palavras, para o autor italiano a característica que distingue o ato administrativo do jurisdicional se encontra na eficácia declarativa do primeiro, suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada, daí por que apenas a jurisdição tem a prerrogativa excepcional de conformar ao seu próprio conteúdo a situação de direito.

¹²⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Teoria geral do processo (jurisdição, ação (defesa), processo. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007. p. 112.

¹²⁸ *Ibidem. Passim.*

¹²⁹ SILVA, O. *op. cit. passim*

¹³⁰ ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: **Rivista Trimestrale di Diritto processuale**. Milano: Ed. Giuffrè, 1957. p. 61.

Para o autor, que adotou conceitos kelsenianos atinentes à distinção entre as atividades do Estado, segundo as formas empregadas e a conseqüente eficácia de cada ato, a jurisdição voluntária tinha natureza estritamente administrativa, e, portanto, entre a atividade administrativa e a jurisdicional haveria uma diferença não de fim, mas de efeitos, pois na segunda tal efeito é declarativo e identificado com a coisa julgada, o que não correria na primeira. Nesse sentido Ovídio Baptista observa, *in verbis*:¹³¹

Allorio parte de uma premissa devida a Kelsen e aos demais filósofos normativistas, segundo a qual as funções do Estado não podem ser catalogadas e definidas por seus fins, e sim por suas formas. De nada valerá, segundo ele, afirmar que a jurisdição, como afirmam os partidários das teorias objetivas sobre a jurisdição, tem por finalidade a realização do direito objetivo. Tal proposição, em verdade nada define. O ordenamento jurídico pode ser atuado ou realizado pelas mais diversas formas, seja através dos particulares quando estes se comportem em conformidade com a norma, realizando atos e negócios jurídicos, seja através dos órgãos do Poder Executivo, ou seja, dos administradores que igualmente realizam a ordem jurídica estatal.

Ovídio Baptista observa que Calamandrei já havia defendido, antes da publicação da tese de Allorio, a coisa julgada como a pedra de toque do ato jurisdicional, quando defendia que apenas a função declarativa seria verdadeira jurisdição, de modo que nem mesmo a sentença constitutiva seria totalmente jurisdicional, mas, ao contrário, compreenderia um ato complexo formado por um elemento jurisdicional (declaração) e um elemento administrativo (efeito constitutivo).

Dentre as objeções à doutrina de Allorio, se argumenta que a restrição do conceito de jurisdição à atividade declaratória excluiria o caráter jurisdicional do processo executivo e da jurisdição voluntária e que, além disso, mesmo em processos de conhecimento em ações declaratórias, há inúmeros exemplos de processo em que a sentença não tem aptidão para produzir coisa julgada.

Com efeito, a doutrina do autor italiano enfrentou dificuldades no que se refere ao reconhecimento da natureza jurisdicional do processo executivo, tendo o próprio autor reconhecido que, “a rigor, nada impediria classificar o resultado da execução (a ‘restituição forçada’) entre os efeitos jurídicos administrativos.”¹³²

Às críticas de que tal raciocínio se poderia aplicar igualmente aos atos administrativos, em especial quanto às decisões de tribunais administrativos (instâncias de impugnação e

¹³¹ SILVA, O. *Op cit.*, p. 61

¹³² ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, t. 2. 1963 .pg. 15.

recursos administrativos), o autor sustentou que a sentença “emana como objeto da disposição contida nos atos mesmos, de conformidade com seu destino causal.”¹³³.

Com essas palavras, Enrico Allorio quis significar que a coisa julgada tem como fim dispor sobre uma relação jurídica controvertida, nos termos da sentença, o que não ocorre com as decisões dos tribunais administrativos **somente porque a lei assim dispõe**. Parte da crítica à sua doutrina então argumenta que o autor ignora que a autoridade do pronunciamento jurisdicional se denomina coisa julgada porque é insuscetível de revisão enquanto assim também dispõe a lei.

Ademais, se a finalidade da jurisdição é a resolução de controvérsias, sob a forma de sentença produtora de coisa julgada, então a sentença terminativa do juiz que extingue o processo por questão processual não seria jurisdicional, além do que seria impróprio e tautológico definir a jurisdição pelo seu efeito.

Às referidas críticas, Francisco Wildo acrescenta que a teoria de Allorio também não reconheceria a natureza jurisdicional de decisões proferidas em sede de processo coletivo, no qual se observa a chamada “coisa julgada *secundum eventum litis*”, e ainda, *in verbis*.¹³⁴

Não procede o argumento de que somente o processo declaratório – único apto a produzir coisa julgada – expressa a essência da jurisdição, pois a *ratio essendi* dessa função é remover as situações-obstáculos postas à realização do direito, quer advindas de fato do homem, quer de fato da lei, por meio de uma atividade substitutiva, por um terceiro imparcial. Admitindo-se essa posição e considerando-se que a coisa julgada resulta de uma opção do legislador que considera recomendável não mais se admitir que as decisões judiciais – sentenças – não possam mais ser modificadas a partir de determinado momento – exaustão dos recursos cabíveis, por exemplo -, torna-se evidente que onde houver essas características: atuação estatal e *terzietà* ou, como prefere OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, atuação do juiz com independência e estraneidade, haverá jurisdição.

Pelo mesmo motivo, a teoria de Allorio também não alberga os processos de controle de constitucionalidade, pois igualmente em relação a estes não há coisa julgada entre as partes, ao que Allorio respondeu que assim se dá porque nesse tipo de processo não há partes, e mesmo quanto ao suposto processo constitucional, apesar de nascer de um processo ordinário, se desenvolve mais como incidente que pode prosseguir com finalidade objetiva, sem consideração a uma controvérsia a resolver, ou seja, se continua o procedimento constitucional mesmo se o processo ordinário tiver sido extinto. Assim, pois, o autor argumenta que não haveria possibilidade de formar coisa julgada constitucional (o que se aproxima da conclusão a que chegou Calamandrei, de que se trata de uma função de caráter legislativo, apesar de o autor não ter adotado expressamente esse entendimento).

¹³³ ALLORIO, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁴ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 111.

Dentre outros defensores da doutrina de Allorio se destacam, segundo Ovídio Baptista¹³⁵, Couture, Frederico Marques, Arruda Alvim, A. A. Lopes da Costa, Grinover, Dinamarco, Cintra e Watanabe.

2.6. Autores ecléticos.

As doutrinas italianas até aqui referidas, em que pese tenham dado significativas contribuições para o estudo das grandes questões teóricas da matéria, a rigor relegaram o conceito de jurisdição para segundo plano, definindo-o como um mero pressuposto processual, já que a ciência processual se estabeleceu, como o próprio nome já sugere, em torno do conceito de processo. Nesse sentido, Juan Aroca, *in verbis*:¹³⁶

O sistema se concentra em torno do processo, que é o conceito base. O processo se concebe normalmente como relação jurídica, estudando-se os seus sujeitos, os atos processuais, seus princípios configuradores, suas fases: alegações, prova, conclusão, e seus efeitos. Este é o esquema fundamental e daí que o processo seja a noção inicial, a que dá unidade ao sistema. Os demais conceitos permanecem subordinados ao de processo. A jurisdição é considerada a partir do ponto de vista do processo, e por isso se resume a um pressuposto processual, o primeiro de todos. Até a ação se estuda tomando em consideração o seu valor sistemático para o estudo e manuseio do processo. (tradução nossa)

Segundo Juan Aroca o conceito de processo foi o ponto de partida em torno do qual se construiu todo o sistema, uma vez que a doutrina alemã (escola pandectista) havia desenvolvido a disciplina científica que passou do mero estudo do procedimento, isto é, da técnica artesanal, para desenvolver a nível de Direito Processual, e o processo foi reconhecido como objeto dessa ciência, daí por que na, primeira metade do séc. XX, os autores alemães e italianos se preocuparam com os conceitos de direito de ação, de relação jurídica processual, de situação processual, de ato processual, de pressupostos processuais, de sujeitos e objeto do processo e de efeitos da coisa julgada.¹³⁷ Para o autor, o estudo da jurisdição resultou em grave negligência por parte dos acadêmicos, no seguinte contexto, *in verbis*:¹³⁸

Por outro lado, muito mais grave foi que os processualistas abandonaram voluntariamente este campo. Como temos visto os alemães haviam se “libertado” já no final do séc. XIX de considerar em seus manuais tudo relativo à jurisdição, e os italianos o fizeram desde que Chiovenda se concentrou no processo e definiu a jurisdição simplesmente como pressuposto processual; a doutrina ibero-americana insistiu em que pertencem ao Direito político ou constitucional as normas básicas da função jurisdicional como função ou poder do Estado, e ao Direito administrativo os preceitos sobre o estatuto jurídico dos juízes, em sua qualidade de servidores públicos, daí por que Couture, na primeira edição de seus *Fundamentos* nem sequer se referia à jurisdição. (tradução nossa)

¹³⁵ SILVA, O. *op. cit.*, p. 63.

¹³⁶ AROCA, *op. cit.* p. 31-32.

¹³⁷ *Ibidem.* p. 59-60.

¹³⁸ *Ibidem.* p. 35-36.

Partindo dessa crítica Juan Aroca defende uma mudança no eixo epistemológico da disciplina, superando a noção de processo como paradigma, para eleger a jurisdição como conceito determinante para esse ramo da ciência jurídica, daí por que propõe que este passe a se denominar “Direito Jurisdicional”. Segundo o autor essa proposta já estava implícita nas obras de Calamandrei, Allorio e Alsina, no que o autor descreve como um “movimento centrípeto na doutrina”, seguinte contexto, *in verbis*:¹³⁹

Este passo está implícito já em alguns autores de um e outro lado do oceano. Quando Calamandrei empreendeu o estudo do Direito processual desde o ponto de vista do Estado que administra justiça, desde a potestade ou função jurisdicional, ou quando Allorio previa que a teoria no futuro buscaria apoio nos conceitos de potestade jurisdicional ou jurisdição, ou quando a doutrina espanhola está dizendo que o conceito central do Direito Processual é a jurisdição, ou quando Alsina iniciou sua exposição pela função jurisdicional do Estado e disse que o Direito processual compreende a organização do Poder Judiciário, a competência e a atuação do juiz e das partes no processo, em todos esses casos, e em muitos outros que se poderia citar, estava implícito o passo que pretende dar-se quando se quer que a denominação da ciência e da matéria universitária seja Direito jurisdicional.

O que temos dito antes da evolução tem que haver servido para demonstrar que esta seguiu um movimento centrípeto, da periferia ao centro, da aparência à essência, mas o núcleo da essência não é o processo, mas a jurisdição; este é o conceito principal, enquanto aquele é só um conceito subordinado, enquanto instrumento utilizado pelos tribunais para cumprir com a função que lhes está assinalada constitucionalmente. (tradução nossa)

Ao defender sua tese, Juan Montero Aroca argumenta que a crise do paradigma processual já teria sido antecipada na obra de Couture, senão vejamos, *in verbis*:¹⁴⁰

Faz já alguns anos dizia Couture que o Direito processual se encontrava em uma crise de fecundidade, movendo a doutrina em três tendências: uma de caráter filosófico, outra de caráter político, e outra de caráter técnico. Não discutimos a primeira e a terceira, senão antes ao contrário propomos seu aprofundamento, mas estimamos que é na segunda que se encontra o futuro do Direito processual, e nela está porque só se vislumbra verdadeiro progresso desde o reconhecimento de que esse ramo da ciência jurídica há de se converter em Direito do Poder Judicial e dos direitos dos cidadãos frente ao mesmo. (tradução nossa)

O aumento expressivo da importância do conceito de jurisdição para a ciência jurídica não passou despercebido pelos autores mais recentes que abordaram com propriedade as questões teóricas mais relevantes para a teoria do processo no contexto atual. Para além das doutrinas difundidas pelos processualistas italianos supracitados, aos quais se acrescentam as posições de seus respectivos seguidores, com as devidas particularidades, adaptações e considerações, esses autores mais atuais também desenvolveram visões distintas do conceito e da natureza da função jurisdicional, ora partindo das premissas adotadas por pelo menos uma das doutrinas mais conhecidas, ora desenvolvendo visões mais ou menos autênticas ou inovadoras acerca do instituto.

¹³⁹ AROCA, *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 41.

Seguindo a classificação proposta por José da Silva Pacheco, referida por Francisco Wildo¹⁴¹, optamos por reunir as posições doutrinárias desses autores dentre as “doutrinas ecléticas”, para assim destacarmos que esses autores se servem tanto de elementos subjetivos quanto objetivos no intuito de propor um conceito de jurisdição em suas respectivas concepções.

Por não se destinar a presente dissertação à apreciação exaustiva de cada teoria, consideramos suficiente expor as opiniões que consideramos mais relevantes, quais sejam, as difundidas por Ovídio Araújo Baptista da Silva, Francisco Wildo Lacerda Dantas e Fredie Didier Jr., os quais serão expostos de forma sucinta, e estudados nesta ordem, sem detrimento de outras posturas acadêmicas igualmente relevantes.

Apesar de não se posicionar de forma expressa dentre os seguidores da doutrina de Chiovenda, entendo que Ovídio Baptista dela se aproxima pelo conceito que propõe da função jurisdicional, segundo a qual a jurisdição teria dois pressupostos básicos, a saber, a autoridade estatal que atua com a finalidade específica de aplicação da lei e a condição de terceiro imparcial, ou **estraniedade**. *In verbis*:¹⁴²

(...) cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso, pelo juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz se mantém numa posição de independência e estraniedade relativamente ao interesse tutelado. Como observa Micheli, não é tanto o caráter de substitutividade, como afirmava Chiovenda, que define jurisdição, mas o seu caráter de imparcialidade.

A aproximação que identificamos entre a posição de Ovídio Baptista com a doutrina de Chiovenda, como já destacado anteriormente, encontra ainda mais respaldo quando em sua obra o autor gaúcho refuta as críticas formuladas à teoria chiovendiana, ao defender que a **estraniedade** deve ser entendida como uma forma qualificada da atividade substitutiva proposta por Chiovenda, como se depreende do argumento que segue, *in verbis*:¹⁴³

¹⁴¹ PACHECO, José da Silva. **Curso de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 115.

¹⁴² SILVA, O. *op. cit.* p. 68-69.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 69.

Em verdade, como observa Calmon de Passos, reproduzindo lição de Zanucchi, as críticas dirigidas à doutrina de Chiovenda quanto ao caráter de substitutividade da jurisdição não chegam a invalidá-la, se pudermos compreender bem o sentido correto de tal natureza substitutiva do ato jurisdicional. Quando Chiovenda definia a jurisdição como atividade secundária e substitutiva, ele apenas queria significar a imparcialidade do juiz, sempre estranho aos interesses sobre os quais incidia a sua atividade, mantendo-se numa posição equidistante das partes.

Observo, porém, que apesar de considerá-lo próximo a essa corrente doutrinária, o autor admitia, ao contrário de Chiovenda, a natureza jurisdicional da chamada jurisdição voluntária, conforme se depreende, *in verbis*:¹⁴⁴

(...) há, também na jurisdição voluntária, uma forma especial de *atuação de direito* objetivo, realizada por órgão público que sobrepassa aos interessados, como terceiro imparcial, e que tem, como o juiz da jurisdição contenciosa, essa mesma atuação como objetivo final de sua atividade.

Por tal motivo, não consideramos correta a conclusão a que chegam Cintra-Grinover-Dinamarco, ao escreverem “Na jurisdição voluntária, o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente”. O juiz do processo contencioso também age para preservar o interesse do litigante que tenha razão, pois sua função, lá como aqui, tem por objetivo a realização da lei no caso concreto. Se o juiz verdadeiramente agisse sempre no interesse do requerente da providência de jurisdição voluntária, não se poderia imaginar a decisão de improcedência, através da qual o juiz nega o pedido por considerá-lo não tutelado pelo direito objetivo. O juiz, nos processos de jurisdição voluntária, é tão imparcial quanto o seria se o processo fosse de jurisdição contenciosa. Agirá no interesse do titular apenas se ele tiver razão, como o fará em qualquer processo contencioso.

Ovídio Baptista defende que a jurisdição voluntária se distingue da contenciosa na medida em que na primeira não há jurisdição declarativa de direitos, o que é responsável pela ausência de coisa julgada, determinada pela maior relevância da eficácia constitutiva da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, justamente em detrimento da eficácia declaratória. Para o autor, na jurisdição voluntária o juiz nada declara, com eficácia suficientemente relevante para a produção da coisa julgada, pois, se o caso exige uma declaração sobre a existência de um determinado direito de um sujeito contra outro, a via apropriada será o processo de jurisdição contenciosa.¹⁴⁵

Essa diferença, que traz grandes repercussões para o debate proposto, justifica que se classifique Ovídio Baptista como um autor eclético em relação à natureza da jurisdição, apesar de ser, dentre todos os autores ora considerados ecléticos, o que mais se aproxima da doutrina de Chiovenda.

¹⁴⁴ SILVA, O. *op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 76.

O conceito elaborado por Francisco Wildo, por sua vez, adota como premissa a teoria da trilogia estruturalista proposta por **José Ramiro Podetti**, para quem a jurisdição, a ação e o processo devem ser entendidos sob uma perspectiva unitária e subordinada. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁴⁶

(...) a trilogia estrutural do processo consiste na concepção de que esses três conceitos angulares, jurisdição, ação e processo, deveriam servir de base metodológica e científica do estudo da teoria (...)

Considero importante destacar que o referido autor argentino pôs em resalto que o estudo dessa base haveria de fundar-se numa consideração *unitária* e *subordinada* destes três conceitos. *Unitária*, porque nenhum dos três conceitos pode ter existência independente (...). *Subordinada* porque “sem a dilucidação prévia da ideia de *jurisdição*, não se pode conseguir uma acepção lógica de *ação*. E, sem assentar devidamente estes dois conceitos prévios, é ilusória toda tentativa de entender o que é processo”.

Desenvolvendo as premissas da teoria estruturalista, o autor defende que a jurisdição, a ação (nela incluída a noção de defesa) e o processo são aspectos do mesmo fenômeno jurídico, daí por que concluiu pelo seguinte conceito de jurisdição, *in verbis*: “A jurisdição vem a ser, pois, a realização autoritativa do direito, pela remoção, por meio a atuação estatal, provocada, das situações-obstáculos existentes, por intermédio de uma atividade plenamente vinculada.”¹⁴⁷. O seu conceito de jurisdição, pois, contém as noções de ação (atividade provocada) e de processo (atividade plenamente vinculada), aperfeiçoando assim o instituto pela relação entre os três elementos estruturais, ou dimensões, do Processo.

Francisco Wildo expressamente acompanha a posição de Ovídio Baptista no que se refere à identificação da **estranheidade** como um pressuposto básico da jurisdição, já que ambos defendem que a atividade substitutiva de que trata a teoria chiovendiana deveria ser entendida num contexto mais amplo que o de mera atividade intermediária em relação às partes, ou seja, no sentido de imparcialidade do juiz, pois este deveria estar alheio aos interesses em conflito na causa. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁴⁸

Em primeiro lugar (...) o ato deve ser praticado por autoridade estatal, mais precisamente pelo juiz – daí a denominação Estado-juiz – que o realiza por dever de função, pois o juiz ao aplicar a lei ao caso concreto pratica essa atividade como a finalidade mesma do seu agir, ao passo que o administrador desenvolve a atividade específica da sua função tendo a lei por limite de sua atuação, cujo objetivo não é a mera aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo. Em segundo lugar, o pressuposto básico da atuação jurisdicional é a posição do juiz como terceiro imparcial, mais do que alguém que atua em substituição às partes envolvidas.

¹⁴⁶ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 85.

¹⁴⁸ *Ibidem*. p. 113-114.

Daí porque se considera como característica fundamental que o juiz ocupe, na atividade jurisdicional, uma postura já definida como *telzietà* (terceiridade) ou *estraneidade* também denominada *alheabilidade* do juiz.

Outras características que se sobressaem do conceito são o monopólio estatal da função jurisdicional (“atuação estatal”, “Estado-juíz”) e a sua **autoritatividade**, ou seja, a coercitividade, sendo ambas essenciais à jurisdição, porque decorrentes da soberania do Estado, de modo que o autor rejeita a possibilidade de jurisdição privada defendida por alguns autores em relação à arbitragem, com o advento da Lei nº 9.307/1996. O autor defende, então, que essa autoritatividade é da essência da função jurisdicional e exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, senão vejamos, *in verbis*:¹⁴⁹

(...) o parecer não expressa a vontade estatal porque, por mais bem fundamentado que ele seja, resulta ser apenas a abalizada opinião de um operador do direito, mas não é jurisdição. **Somente será se a decisão puder ser cumprida autoritativamente.** Nesse sentido, tem-se acentuado, como fez J. E. CARREIRA ALVIM, ao reconhecer que:

Notio – é a faculdade de conhecer de certa causa, ou de ser regularmente investido da faculdade de decidir uma controvérsia, assim como ordenar os atos respectivos, salvo a aplicação das leis de acordo com os diversos graus de jurisdição e da competência;

Vocatio – é a faculdade [prefiro poder] de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao conhecimento da verdade.

Coertio (ou *coertitio*) – é o direito (novamente prefiro poder) de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas feitas ao magistrado no exercício de suas funções: *Jurisdiction sine coertio nulla est.*

Iudicium – é o direito (ainda uma vez prefiro poder) de em nome do poder soberano, tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões.

Para o autor, a jurisdição advém da própria soberania do Estado, e surgiu a partir de quando este assumiu o monopólio da pacificação social e da resolução de conflitos, razão pela qual o seu exercício, dentro do modelo de tripartição de Poderes encontrado nos Estados contemporâneos, constitui uma exclusividade do Poder Judiciário, donde partem e se justificam os princípios da unicidade e da inafastabilidade da jurisdição, assim também a imutabilidade da coisa julgada. Segundo o autor, *in verbis*:¹⁵⁰

Há muito tempo, as obras escritas no país assinalavam o conceito de jurisdição relacionando-a com a atuação estatal – que deve ser o ponto de arranque – por considera-la como uma função desempenhada pelo Estado, como o fez GABRIEL JOSÉ RODRIGUES REZENDE FILHO, em obra de grande aceitação, ao firmar: “Jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o direito aplicável ao fato”, muito embora o conceito não se revele completo, como já observado.

Mais modernamente, MOACYR AMARAL SANTOS voltou a ressaltar a observação do autor mexicano, anteriormente transcrita, que nos orientou, juntamente com a postura de ENRICO PODETTI, na elaboração do nosso conceito, ao escrever que a jurisdição é uma função própria e exclusiva do Estado, destinada a fazer atuar o direito objetivo na composição dos conflitos de interesse ocorrentes.

¹⁴⁹ DANTAS, F., *op. cit.*, p. 85-86.

¹⁵⁰ *Ibidem.* p. 89.

A doutrina de Francisco Wildo também é influenciada pela obra de Alcalá-Zamora y Castillo, para quem as duas características referidas seriam ínsitas à atividade jurisdicional. Com efeito, o autor espanhol propõe que o Estado é o ponto de partida (*punto de arranque*) para o estudo da jurisdição, no sentido de que, embora essa função nem sempre tenha sido monopolizada pelo Estado, este a assumiu para garantir a pacificação social, nos termos que seguem, *in verbis*:¹⁵¹

O Estado como ponto de arranque da jurisdição – sem ignorar que nem sempre tenha monopolizado o seu exercício, nem que as suas finalidades possam ser satisfeitas mediante equivalentes jurisdicionais, atualmente devemos partir da existência do Estado para explicar a causa da jurisdição. Proibida, em regra, por aquele a autotutela, pelos gravíssimos perigos que para a paz e a ordem implica, e não cabendo impor de maneira coativa aos litigantes o uso da autocomposição, sob pena de desnaturalizá-la e de exceder os limites que lhe são próprios, o Estado assume, em consequência, a missão distribuir justiça mediante um terceiro imparcial, ou seja, o julgador. Essa vinculação com o Estado, intuída em algum texto medieval e acentuada sob influência das ideias igualitárias da Revolução Francesa e o desaparecimento das jurisdições senhoriais, determina que conforme a mais ou menos discutível doutrina da divisão dos Poderes, acolhida, sem embargo, em numerosas Constituições, o conceito de que me ocupo se relacione intimamente com o funcionamento do Poder Judiciário, ao tempo em que o afasta dos outros dois mencionados por Montesquieu. (tradução nossa)

Assim, pois, o autor espanhol enfatiza a jurisdição como poder do Estado, como se verifica também em outra obra, *in verbis*:¹⁵²

Entendo por jurisdição o poder público, que um Poder do Estado exerce, por provocação da parte (competência civil), ou de ofício (competência penal), para esclarecer a verdade dos feitos controvertidos, atuando a lei na sentença e fazendo esta ser cumprida. (tradução nossa)

E ainda, a respeito da imperatividade da jurisdição:¹⁵³

A função desenvolva pelo Estado para (a) conhecer, (b) então decidir (c), e, se for o caso, (c) executar a sentença “firme” emitida com caráter imperativo por um terceiro imparcial, instituído por este e situado “supra partes”, acerca de um ou mais pretensões litigiosas deduzidas pelas partes e canalizadas ante o julgador através do correspondente processo, no qual também pode haver atos preliminares ou assegurativas. (tradução nossa)

Ao discorrer sobre a exclusividade do exercício da jurisdição, Francisco Wildo acrescenta que a jurisdição é exclusiva tanto do ponto de vista interno, no sentido de ser exercido apenas por órgãos do Poder Judiciário, quanto externo, no sentido de que somente pode existir em um Estado soberano que não admita a interferência de outro Estado ou entidade de Direito Internacional.

¹⁵¹ CASTILLO, Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 32-33.

¹⁵² CASTILLO, Alcalá-Zamora y. **Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**, México: Editora - Ediar, 1963. p. 155.

¹⁵³ *Idem*, 1992, p. 57-58.

A obra de Castillo, várias vezes referida por Francisco Wildo, foi igualmente influenciada pela teoria da trilogia estrutural do processo desenvolvida por Podetti, conforme se depreende das transcrições acima, já que o seu conceito de jurisdição também compreende as noções de ação (“pretensões litigiosas deduzidas pelas partes”) e de processo (“canalizadas ante o julgador”). Neste contexto, entendo que os referidos autores partilham do mesmo conceito de jurisdição, pois os elementos essenciais do instituto lhes são comuns, razão pela qual optamos por nos referir aos três na visão defendida por Francisco Wildo.

Por fim, o conceito apresentado por Fredie Didier Jr. se destaca por nos parecer o mais amplo proposto na doutrina nacional recente, sendo tão abrangente a ponto de possuir como elementos a imparcialidade; a imperatividade; a criatividade, ou ao menos possibilidade de criar direito (ou das normas jurídicas); a provocação da parte; a insuscetibilidade de controle externo (ou a inafastabilidade da jurisdição) e, por fim, a aptidão para a produção da coisa julgada, como elementos essenciais do ato jurisdicional. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁵⁴

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

A quantidade de aspectos que considerados relevantes, ou necessários, a fim de caracterizar a função jurisdicional bem justifica a nossa classificação do autor dentre os “autores ecléticos”, até porque nos parece que o autor teve o intuito de sintetizar ou unificar todos os critérios significativos adotados nas demais doutrinas já apresentadas.

Ainda que a aptidão para produzir a coisa julgada e a insuscetibilidade de controle externo não sejam os critérios exclusivos utilizados por Didier, entendo que a sua posição se assemelha, no contexto do debate proposto, à posição de Allorio, já que é precisamente o argumento da impossibilidade de produzir coisa julgada que aquele autor italiano utilizava ao enfrentar a questão da distinção entre a jurisdição e a atividade administrativa, embora, como visto, ele próprio tenha posteriormente admitido que a imutabilidade das decisões jurisdicionais decorra de uma opção do legislador.

Por outro lado o autor baiano também elencou como elementos exclusivos da jurisdição a **imperatividade e a impossibilidade de controle externo** (ou seja, a não susceptibilidade a controle por órgão estranho ao próprio Poder Judiciário), no que abarcou, na nossa opinião, o conceito de Francisco Wildo e dos autores que optamos por agrupar em sua doutrina.

¹⁵⁴ DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 153.

Em relação ao conceito de proposto por Didier, porém, observamos algumas questões que merecem ressaltadas.

Em primeiro lugar, o conceito de jurisdição proposto considera que a jurisdição atua perante situações concretamente deduzidas, ou seja, a inércia seria pressuposto para a atividade jurisdicional, por necessidade de provocação das partes. Entretanto, no ordenamento pátrio se verificam várias situações, ainda que excepcionais, em que a jurisdição se exerce de ofício, a exemplo da execução *ex officio* no processo do trabalho, previsto no art. 878 da CLT,¹⁵⁵ o *Habeas corpus* de ofício, previsto no art. 654, §2º, do Código de Processo Penal,¹⁵⁶ e a exclusão de eleitor por ato de juiz eleitoral, disciplinado nos artigos 71, §1º e 74, da Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral).¹⁵⁷

Citamos ainda alguns exemplos previstos no Novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, como medidas coercitivas para efetivação do cumprimento de sentença de tutela específica (art. 536); a possibilidade de alienação judicial de coisa depositada, independentemente de requerimento das partes (art. 730); a arrecadação de bens do *de cuius* em caso de herança jacente (art. 738); e a revisão de ofício de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 977, I, c/c art. 986)

Outra objeção que podemos apontar é o fato de que, ao considerar a aptidão para tornar-se coisa julgada como elemento da jurisdição, o autor, como visto, adotou também a premissa de Allorio, sendo-lhe aplicável, por este motivo, parte das críticas feitas àquela doutrina, no sentido de que seria inadequado conceituar uma atividade pela sua finalidade, já que a coisa julgada é uma consequência, e não a causa, da natureza jurisdicional da decisão, até porque, como aliás o próprio o autor italiano reconheceu, a aptidão para tornar o julgamento definitivo, ou imutável, é uma opção do legislador.

¹⁵⁵ CLT: “Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, **ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente**, nos termos do artigo anterior”. (grifo nosso)

¹⁵⁶ CPP: “Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

(...)

§2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

¹⁵⁷Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral): “Art. 71. São causas de cancelamento:

I – a infração dos arts. 5º e 42; II – a suspensão ou perda dos direitos políticos; III – a pluralidade de inscrição; IV – o falecimento do eleitor; V – deixar de votar em 3 (três) eleições consecutivas.

§1º A ocorrência de qualquer das causas enumeradas neste artigo acarretará a exclusão do eleitor, que **poderá ser promovida ex officio**, a requerimento de Delegado de partido ou de qualquer eleitor.

(...)

Art. 74. A exclusão será mandada processar **ex officio pelo Juiz Eleitoral**, sempre que tiver conhecimento de alguma das causas do cancelamento”.

Ademais, o próprio Fredie Didier Jr. também ressaltou que, se por um lado só a decisão jurisdicional pode tornar-se indiscutível e imutável, por outro lado nem todo ato jurisdicional possui tal característica, daí por que a manutenção desse elemento no conceito se revela inconsistente e inadequado. Por fim, entendemos que a doutrina proposta por Didier se contradiz em relação à insuscetibilidade do ato jurisdicional a controle externo, na medida em que ele mesmo reconhece o juízo de arbitragem como jurisdição estranha ao Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, admite que a sentença arbitral possa ser revista, ou controlada, ainda que de forma limitada, pelos órgãos do Poder Judiciário. Segundo o autor, *in verbis*:¹⁵⁸

Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Lei n. 9.307/1996). **Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão para pedir a sua anulação por vícios formais.** Trata-se de uma espécie de “ação rescisória” de sentença arbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, §1º, Lei n. 9.307/1996). Note que esta ação rescisória apenas se funda no *error in procedendo*, não permitindo discussão do quanto foi decidido.

A **decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material.** Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada). (destacamos)

Ora, ainda que a apreciação do órgão judicial esteja adstrita à lisura do processo, ou seja, ao atendimento do devido processo legal, sem apreciar o mérito nem as provas produzidas perante o árbitro, tal atividade é evidente “controle externo” da atividade do árbitro¹⁵⁹, razão pela qual, pela própria definição de Didier Jr., a sentença arbitral não seria jurisdicional, porque suscetível a esse controle externo pelo Poder Judiciário.

Apesar de, repita-se, não ser o propósito da presente dissertação a formulação de um conceito definitivo de jurisdição, muito menos a apreciação exaustiva da matéria, entendemos que se faz oportuno estabelecer o conceito de jurisdição adotado como premissa no presente trabalho, até porque o eventual reconhecimento de natureza jurisdicional das decisões dos Tribunais de Contas teria como reflexo a aplicação do mesmo raciocínio desenvolvido por Didier Jr. em relação ao controle judicial das sentenças arbitrais, ou seja, a cognição do órgão judiciário seria bastante limitada, restringindo-se ao *error in procedendo* e à preservação do devido processo legal.

¹⁵⁸ DIDIER Jr. *op. cit.*, p. 171-172.

¹⁵⁹ Ressalte-se que, neste contexto, nos referimos ao controle externo em sentido estrito, tal como proposto por Odete Medauar (*op. cit.* p. 32), já que, neste caso, o Poder Judiciário, quando provocado a revisar o processo **extrajudicial** que tramitou perante o árbitro, é capaz de interferir na conduta do agente controlado, através de atos jurídicos diretos que influenciam o seu comportamento, podendo, inclusive, declarar a nulidade de todo o processo, desconstituindo a sentença arbitral.

Neste contexto, temos que nos parece um consenso irrefutável dentre todos os autores estudados, sobretudo os mais recentes, que a primeira característica da jurisdição é a imparcialidade. Em outras palavras, a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial, não apenas uma atividade intermediária substitutiva, como às vezes se referem à doutrina de Chiovenda, mas no sentido de **estranidade**, ou **terceiridade**, ou seja, o órgão jurisdicional não age em interesse próprio, mas atua com a finalidade de aplicar o direito no caso concreto.

Outra característica que nos parece essencial e aceita pela unanimidade dos autores é que o exercício dessa função se dá, necessariamente, **através de um processo**, mesmo quando se admite a natureza jurisdicional à arbitragem, como se tem destacado o Código de Processo Civil de 2015, sendo certo que, em todo caso, é imprescindível a obediência ao princípio do devido processo legal. Neste contexto acompanhamos a teoria da trilogia estrutural do processo desenvolvida por Podetti e entre nós difundida por Francisco Wildo, com a ressalva de que, apesar de, em regra, a jurisdição ser provocada pela parte interessada (através da ação), existem algumas exceções que se justificam em razão de excepcional interesse público, como já citamos.

Consideramos, ainda, que a jurisdição é **atividade imperativa**, ou, como propõem alguns autores, autoritativa, ou coercitiva, no sentido de ter autoridade para se fazer respeitar e cumprir coativamente, mesmo que o seu cumprimento ocorra perante órgão diferente daquele que proferiu a decisão, assimilando assim o conceito de *iudicium* referido por Francisco Wildo¹⁶⁰; isto é, o poder de tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões.

Essa característica explica porque tantos autores incluem a aptidão para produzir eficácia de coisa julgada material como elemento da jurisdição. Entretanto, entendemos que a função jurisdicional prescinde dessa eficácia específica, embora seja uma de suas possíveis consequências, na hipótese de quando há julgamento do mérito de uma causa, ou seja, resolução de lide. Essa imperatividade, porém, não importa necessariamente em inafastabilidade ou inevitabilidade do Poder Judiciário, nem em monopólio estatal da função jurisdicional, pois já considerávamos a sentença arbitral como jurisdicional mesmo antes de entrar em vigor o Novo Código de Processo Civil.

Assim, pois, diante das diversas doutrinas analisadas, bem como, levando em consideração as significativas contribuições dos autores ecléticos reputados mais relevantes, adotamos, para efeito da discussão sobre a natureza jurídica das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, o seguinte conceito de jurisdição:

¹⁶⁰ DANTAS, F., *op. cit.* p. 85-86.

Jurisdição é função atribuída ou autorizada por lei a terceiro dotado de prerrogativas de imparcialidade que consiste em realizar, através de um processo, o direito de forma imperativa, com a remoção das situações-obstáculos existentes à satisfação de um interesse juridicamente tutelado.

As “situações obstáculos” às quais nos referimos devem ser entendidas no contexto empregado por Francisco Wildo, no sentido de que a jurisdição e o processo estão inter-relacionados com a ação, ainda que excepcionalmente seja provocada de ofício, porque a sua finalidade precípua é a remoção de obstáculos existentes à satisfação de um interesse juridicamente tutelado, quer sejam provocados por alguém que resiste à realização do direito (jurisdição contenciosa), quer sejam criados pela própria lei para salvaguardar certos bens jurídicos considerados mais relevantes (jurisdição voluntária). Nesse sentido, defende o autor, *in verbis*:¹⁶¹

Ambas as formas de jurisdição buscam tornar efetiva a tutela de um interesse insatisfeito. Na jurisdição contenciosa, isso se dá por um obstáculo posto pelo homem à realização do direito, no caso a resistência à pretensão. Na jurisdição voluntária, por um obstáculo posto pela lei a essa mesma realização, o comando legislativo estabelece que determinados direitos, por serem considerados indisponíveis, só possam ser satisfeitos mediante um controle prévio realizado pelo Poder Judiciário.

Isso resulta da constatação de que o ordenamento jurídico considera tão relevantes certas categorias de interesses que os retira da livre disponibilidade de seus titulares, submetendo-os a um controle prévio exercido pelos órgãos jurisdicionais. Desse modo, somente a jurisdição pode afastar esse obstáculo posto pela lei.

Esse conceito será trabalhado ao longo da dissertação, na medida em que se desenvolver a discussão que nos interessa, acerca da natureza jurídica das decisões (singulares ou colegiadas) proferidas pelos Tribunais de Contas.

Estabelecidas as premissas quanto aos conceitos de **ato administrativo** (adaptando o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello) e **jurisdição** ora adotados, e, em relação a este último, observadas as diversas concepções que nos parece mais importantes, procederemos a uma análise comparativa dos diversos argumentos utilizados no debate acadêmico acerca da **natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas**.

¹⁶¹ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 175.

CAPÍTULO 3 – A controvérsia acerca da natureza jurídica do controle externo.

3.1 Considerações preliminares.

A discussão acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas é conhecida de longa data, e pode-se dizer que sempre esteve presente em nosso país desde a própria criação das Cortes de Contas, no contexto do governo militar provisório que suplantou a monarquia brasileira e instaurou o regime republicano.

À margem do debate que naturalmente se espera do processo de criação de um órgão tão complexo, observamos na doutrina nacional importantes discussões sobre essa questão ao longo de todo o período republicano até os dias de hoje. Esse conflito, que nasceu com a própria instituição, foi alimentado e reacendido pelas sucessivas modificações pelas quais o passou o órgão, dentre as quais se destaca a inovação inaugurada com a Constituição de 1937, durante a qual o Tribunal de Contas chegou a fazer parte do Poder Judiciário,¹⁶² até que enfim novamente veio à tona com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988.

Para fins didáticos optamos por estudar a discussão a partir de **três períodos históricos distintos**, a saber: o **primeiro**, considerado desde a criação da instituição em nosso país até o golpe militar de 1964, compreendendo cronologicamente o maior período considerado (mais da metade do tempo de existência no país), durante o qual a discussão surpreendentemente persistiu mesmo enquanto o Tribunal de Contas fez parte do Poder Judiciário; o **segundo**, correspondendo ao período do Regime Militar, que durou aproximadamente 20 (vinte) anos, entrando em vigor a Constituição de 1967, com a reforma promovida pela EC nº 1/69, no qual se observou uma expansão das atribuições constitucionais do órgão; e, por fim, o **terceiro**, a partir da promulgação da Constituição cidadã de 1988, que já dura aproximadamente 30 (trinta) anos, no qual sem dúvida encontramos um maior número de trabalhos acadêmicos sobre a matéria.

Conforme observado,¹⁶³ o Tribunal de Contas no Brasil foi criado em novembro de 1890, pelo Decreto nº 966-A, imediatamente recepcionado pela primeira Constituição Republicana, de 1891. A sua criação se deve em grande parte aos esforços do jurista baiano Ruy Barbosa, Ministro da Fazenda, que na exposição de motivos do referido diploma legal declarou expressamente que o desenho institucional do órgão de controle externo foi inspirado no modelo italiano. Já em outubro de 1892, a Corte de Contas foi organizada através do Decreto nº 1.166.

¹⁶² Remete-se o leitor ao Capítulo 1, p. 44, do presente trabalho.

¹⁶³ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 40.

Ocorre que a Itália, apesar de ter abolido formalmente o sistema dual de jurisdição (no qual havia contencioso administrativo) durante o processo de unificação do país, manteve a Corte de Contas italiana como **órgão de jurisdição especial**, o que talvez explique a sua maior eficácia que tão claramente impressionou Ruy Barbosa à época em que propunha a criação do órgão congênere brasileiro.

A polêmica acerca da natureza jurídica do controle externo se instaurou a princípio porque a primeira Constituição da República recepcionou o Tribunal de Contas recém criado, dispondo sobre a instituição em suas disposições gerais, sem especificar, contudo, a qual Poder da República pertencia, mas, ao mesmo tempo, concentrou a função jurisdicional nos órgãos do Poder Judiciário, quando dispôs, em seu art. 79, que “O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes Federais não poderá exercer as de outro.”. Vale lembrar que a monarquia suplantada adotara, ao menos formalmente, o contencioso administrativo.¹⁶⁴

Após a promulgação do texto constitucional de 1891, quando da regulamentação da organização e das funções do Tribunal de Contas, através do já mencionado Decreto nº 1.166 de outubro de 1892, o legislador dispôs sobre a “jurisdição própria e privativa” dos Tribunais de Contas, expressamente atribuindo ao órgão o caráter de “Tribunal de Justiça Administrativo” e às suas decisões a natureza de sentença “com execução aparelhada”, prevendo, inclusive, o processamento da execução e respectivos embargos no âmbito da própria Corte de Contas. Assim dispunha o referido diploma:

Art. 28. O Tribunal de Contas **tem jurisdição própria e privativa** sobre as pessoas e as materias sujeitas á sua competencia; funciona como Tribunal de Justiça, e as **suas decisões definitivas tem força de sentença com execução aparelhada.**

Art. 29. Compete ao Tribunal de Contas, como **Tribunal de Justiça Administrativo:(...)** (Destacamos) (sic)

Estas disposições foram reforçadas e ampliadas com a reforma do Decreto nº 392/1896, o qual dispõe, em seu art. 2º, que as decisões da Corte de Contas tinham “força de sentença judicial”:

Art. 2º O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e as materias sujeitas á sua competencia; abrange todos os responsaveis por dinheiros, valores e material pertencentes á Republica, ainda mesmo que residam fóra do paiz.

Agindo, como Tribunal da Justiça, as suas decisões definitivas tem força de sentença judicial.(...) (Destacamos) (sic)

¹⁶⁴ Acerca do contencioso administrativo na experiência brasileira, Francisco Wildo observa que o Brasil seguiu o modelo de jurisdição inglês, em que a função jurisdicional se concentra nos órgãos judiciais, mantendo-se às raízes portuguesas, apesar de Portugal posteriormente adotar o modelo de dupla jurisdição por influência do modelo francês. Não obstante, chegamos a ter no Brasil um Conselho de Estado, criado em 1823 e mantido na Constituição do Império de 1824, o qual foi suprimido em 1834 para ser restabelecido em 1841 pela Lei nº 234, de 23.11.1834, mas o órgão tinha funções apenas consultivas, e não decisórias. Conforme DANTAS, F. *op. cit.*, p. 142, 143.

Esta incoerência gerou uma forte reação por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal, o qual, aliás, assim como o Tribunal de Contas também tinha sido criado pouco antes da promulgação da Constituição de 1891¹⁶⁵, de modo que os juristas da época se dividiram entre os que reconheciam o princípio da unicidade da jurisdição, e o seu consequente monopólio pelos órgãos do Poder Judiciário, e os que defendiam que as funções dos Tribunais de Contas caracterizavam uma espécie de jurisdição administrativa, ou seja, uma jurisdição paralela exercida por órgão autônomo e com competência própria e privativa.

Ainda sob a égide da primeira Constituição Republicana, um exemplo dessa polêmica nos traz Eduardo Gualazzi, a respeito da posição defendida em favor de uma jurisdição contenciosa administrativa de contas, *in verbis*:¹⁶⁶

Em 1893, Manuel Pedro Villaboim, ao considerar o instituto do contencioso administrativo, em face da Constituição do Brasil, de 1891, concluiu que o Tribunal de Contas “conquanto de natureza administrativa, oferece, pelas garantias de independência que se lhe asseguraram, e pelos requisitos que devem presidir a sua composição, todas as garantias dos Tribunais do Poder Judiciário. É um verdadeiro tribunal judiciário”

Ao comentar os primeiros passos do Tribunal de Contas nacional e a reação dos membros do Poder Judiciário em defesa do monopólio judicial da função jurisdicional, e, por consequência, a rejeição de uma suposta **jurisdição administrativa de contas** prevista na reforma do supracitado Decreto nº 392/1896, Carlos Leite Costa, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, referindo-se, por sua vez, ao escólio do Min. do Supremo Tribunal Federal José de Castro Nunes, afirmou, *in verbis*:¹⁶⁷

Até a promulgação da Carta Republicana de 91 houve a concentração jurisdicional nas vias judiciárias, e esse monopólio sempre foi acerbamente defendido pelo Supremo Tribunal, sobretudo ante as disposições do Decreto nº 392/96, que em processo de desenvolvimento sistemático daquela Constituição assegurou também ao Tribunal de Contas a função de tutela do direito, inclusive de sua execução.

Castro Nunes, referindo-se aos acontecimentos da época, recorda que a “reação encabeçada por Pedro Lessa, no Supremo Tribunal foi além, **extremou-se ao ponto de negar qualquer caráter decisório às sentenças do Tribunal na tomada de contas**, desconhecendo-lhe deste modo uma função que lhe é inerente e por isso mesmo implícita no dispositivo constitucional”.

Pedro Lessa, possivelmente objetivando resguardar o centralismo da jurisdição do Estado no Poder Judiciário, negou às decisões do Tribunal de Contas a mínima coloração jurisdicional, decidindo que elas “**só tem valor jurídico de informações**”, **ao que não deixou de acrescentar um irônico complemento, enaltecendo a estima de tais informes e adjetivando-os de valiosos**. Referia-se, é bem verdade, à inexplícita jurisdição do Tribunal de Contas na Carta de 91 e ao que lhe pareceu extrapolação do Decreto nº 392 de 1896. (grifo nosso)

¹⁶⁵ Decreto nº 510/1890, artigos 54 e seguintes.

¹⁶⁶ VILLABOIM, Manuel Pedro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, 1893, p. 84 *Apud*. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 176.

¹⁶⁷ COSTA, C. *op. cit.* p. 04-05.

Com a promulgação da primeira Constituição republicana muitas questões acerca do modelo federativo, do poder constituinte derivado e, inclusive, do monopólio judicial da **função jurisdicional** foram levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, de modo que o Min. Pedro Lessa por diversas vezes defendeu perante os seus pares, às vezes sem sucesso, a inadmissibilidade de contencioso administrativo no país, seja em âmbito federal, seja no âmbito das constituições estaduais.

A questão da natureza jurídica das decisões proferidas pelos órgãos de contas envolve conceitos e institutos comuns a várias disciplinas, dentre as quais se destacam o Direito Constitucional, o Direito Processual (e, no contexto do tema proposto, interessa em especial o Direito Processual Civil) e o Direito Administrativo, cabendo destacar e que o próprio controle externo é considerado em algumas circunstâncias como uma disciplina específica, tamanha a quantidade de regras e princípios que lhe são característicos, bem como as peculiaridades dos Tribunais de Contas.

Esta fragmentariedade faz com que os autores normalmente dedicados a cada disciplina acabem influenciando uns aos outros e adotando premissas semelhantes, o que resulta em que as abordagens ao tema acabem se polarizando.

Em razão da diversidade de autores e de critérios adotados, e com o propósito de viabilizar a discussão, nos propomos a destacar, de forma sucinta, os principais argumentos utilizados pelos autores que consideram que as decisões dos Tribunais de Contas têm natureza jurídica exclusivamente administrativa, os quais agruparemos na denominada “**corrente administrativista**”, e, por outro lado, os autores que defendem que as decisões proferidas pelas Cortes de Contas têm natureza jurisdicional, aqui agrupados na denominada “**corrente jurisdicionalista**”. Optamos por destacar dentro da corrente administrativista uma subcorrente que consideramos “**dissidente**”, pelas razões que serão demonstradas.

Estas correntes, contudo, servem apenas como um artifício metodológico para classificar a posição de cada autor, e expor de maneira mais organizada as ideias mais importantes, mas de maneira nenhuma sugerem que os vários autores compartilham todas as suas respectivas premissas e argumentos, muito menos que cada autor classificado concorde necessariamente com todos os argumentos comuns à corrente em que esteja classificado, mas refletem, apenas, a soma das opiniões de vários autores que chegaram a uma mesma conclusão a partir de premissas diversas.

Antes, porém, de expor cada corrente, observamos que muitos dos principais doutrinadores estrangeiros, sobretudo processualistas, que influenciaram direta ou indiretamente os juristas brasileiros, não se preocuparam com o problema da natureza

jurisdicional dos Tribunais de Contas, por um motivo muito simples: conforme observamos no capítulo primeiro, em alguns países europeus, como a Itália, a França, a Espanha e Portugal, os Tribunais de Contas ora são órgãos do Poder Judiciário, ou seja, compostos por juízes togados, ora exercem jurisdição administrativa, de modo que não há qualquer dúvida acerca da natureza jurisdicional das decisões das Cortes de Contas nos referidos países.

Assim sendo, essa peculiaridade deve ser levada em consideração quando da análise dos autores que adotam premissas e critérios propostos pela doutrina proveniente dos referidos países, já que as objeções que se destacam nem sempre podem ser contextualizadas com o caso do Tribunal de Contas do Brasil.

3.2. Corrente Administrativista.

A corrente administrativista, como antecipado, foi inaugurada e fortemente influenciada pela reação dos membros do Supremo Tribunal Federal em defesa do monopólio judicial da função jurisdicional, de modo que, por muito tempo, a discussão se concentrou no princípio da unicidade da jurisdição, ou seja, no argumento de que, a partir da Constituição Federal de 1891, o Brasil rejeitou qualquer forma de contencioso administrativo ou de atividade jurisdicional paralela àquela exercida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Este princípio, apesar da previsão constitucional, precisou ser cuidadosamente construído e reafirmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque a legislação do próprio governo federal e a manifestação do Poder Constituinte Derivado nos Estados da nova República Federativa instituíram em alguns casos hipóteses de jurisdição administrativa.

Especificamente em relação aos órgãos especiais de controle externo, temos como exemplos o caso dos mencionados Decreto nº 1.166/1892 (arts. 28 e 29), que atribui ao Tribunal de Contas da União “jurisdição própria e privativa”, caráter de “Tribunal de Justiça Administrativo” e decisões com natureza de sentença “com execução aparelhada”, prevendo, inclusive, o processamento da execução e respectivos embargos no âmbito da própria Corte de Contas.

No mesmo sentido se destaca o Decreto nº 392/1896 (art. 2º), que foi além e estabeleceu, ainda com referência ao Tribunal de Contas da União, que “as suas decisões definitivas têm força de sentença judicial”, reforçando assim a ideia do legislador de prestigiar a eficácia do controle externo, cuja criação era então recente no ordenamento jurídico pátrio.

Outro caso paradigmático foi a Constituição do Estado da Bahia, de 1891, que instituiu à época um Tribunal de Contas estadual de natureza jurisdicional, dando origem ao Recurso Extraordinário n. 907, relatado pelo Min. Sebastião de Lacerda, e julgado em 25 de maio de 1918, que encontramos na compilação de Carlos Bastide Horbach, *in verbis*:¹⁶⁸

A Constituição do Estado da Bahia, de 2 de julho de 1891, criara, além dos tribunais judiciários comuns, um Tribunal Administrativo e de Contas, com membros eletivos e temporários, e um Tribunal de Conflitos, **consagrando no âmbito estadual o sistema do contencioso administrativo no modelo francês, tal como vigorara no Império**. Pois bem, tendo sido esse sistema extinto em 1915 por emenda constitucional estadual, buscava a viúva de um dos membros do Tribunal Administrativo e de Contas que não fora reeleito para o cargo e o deixara em 1906, antes da morte, pensão como dependente de magistrado. Para tanto, sustentava que nos termos da Constituição Federal os magistrados eram vitalícios e a investidura temporária era, portanto, inconstitucional. A maioria deu provimento ao recurso, determinando o pagamento das pensões e dos salários devidos entre 1906 e a data da morte. (grifo nosso)

Na ocasião, o Min. Pedro Lessa ficou vencido, ao sustentar que a criação do Tribunal Administrativo e de Contas e do Tribunal de Conflitos da Bahia, inspirado nos moldes franceses, era contrária ao regime constitucional inaugurado com a Constituição de 1891, que garantia a jurisdição una, razão pela qual os órgãos criados na Constituição do Estado da Bahia seriam inconstitucionais, e, conseqüentemente, seus membros não eram magistrados e a eles não se aplicavam as garantias constitucionais da magistratura. No voto que consignou a sua irresignação, assim se pronunciou o Ministro, *in verbis*:¹⁶⁹

Executa-se e aplica-se o regime federativo e o presidencialista com o espírito imbuído nas lições do Marquês de S. Vicente e do Visconde do Uruguay. Daí essa desgraça imensa que tem pesado sobre o País. Instituições maravilhosas têm dado em nosso País resultados péssimos.

E ainda:

Os Estados não podem absolutamente criar tribunais incumbidos de julgar “pendências do contencioso administrativo” como fez o da Bahia. Nem à justiça federal é facultado declarar constitucionais e validamente estatuídos tribunais que assim infringem o princípio cardeal da separação dos Poderes, tal como definido pela Constituição Federal.

Os autores que escreveram sobre a questão no **primeiro período histórico** a que nos referimos, ou seja, desde 1891 até 1964, ou mesmo antes, são de difícil acesso, mas sobre eles pudemos encontrar referências na obra de Carlos Costa, publicada em 1982, além do estudo bastante aprofundado e abrangente empreendido por Eduardo Gualazzi, na obra “Regime Jurídico dos Tribunais de Contas”, publicada em 1992.

¹⁶⁸ HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 123 – 124.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 124.

O primeiro autor encontrado que se posicionou doutrinariamente sobre a matéria, adotando a postura da corrente administrativista, foi Mário Masagão,¹⁷⁰ o qual escreveu em 1927 (ainda sob a égide da primeira Constituição republicana) que “o Tribunal de Contas, no Brasil, é um órgão de administração, preposto do Poder Legislativo, com função de fiscal da administração financeira.”.

Observamos, aliás, que curiosamente o próprio título do trabalho já era bastante explícito, e bem sintetizou o argumento principal considerado pelos primeiros autores da corrente: “Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo.”.

Além desse autor, podemos citar de passagem a contribuição de Aliomar Baleeiro¹⁷¹, que em 1953, escrevendo, portanto, sob a égide a Constituição Republicana de 1946, defendeu que “O Tribunal de Contas poderá parecer **simples órgão administrativo**, colegiado, com funções jurisdicionais sobre ordenadores e pagadores de dinheiro público” (destacamos), embora no contexto em que o autor escreveu é fácil perceber que este não tratava de funções jurisdicionais propriamente dita.

Entretanto, apesar de se observar algum esforço para rejeitar natureza jurisdicional às Cortes de Contas neste **primeiro período histórico**, mesmo com o lapso de 09 (nove) anos de vigência da Constituição de 1937, quando a instituição fez parte do próprio Poder Judiciário, nota-se que a maioria dos autores do período (aproximadamente dois terços das obras encontradas) se posicionaram em favor pela corrente jurisdicionalista, como será demonstrado, ressaltando-se, entretanto, que em geral a literatura da época neste sentido é escassa, destacando-se, dentre os primeiros administrativistas, o Min. do STF Pedro Lessa.

O **segundo período histórico** considerado, isto é, o período do Regime Militar compreendido entre 1964 e 1988, foi marcado pela expansão do controle externo na Constituição de 1967 e a reforma da EC nº 1/69, destacando-se dentre as inovações uma das mais importantes modificações da competência das Cortes de Contas, as quais passaram a apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, além da previsão constitucional das auditorias e inspeções *in loco* para fiscalizar obras e contratos públicos.

¹⁷⁰ MASAGÃO, Mário. **Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo. 1927**, p. 153. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 176.

¹⁷¹ BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *In: Revista de Direito Administrativo*, [s/n], jan./mar. 1953. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 179.

Um ano antes da publicação da Constituição de 1967, Fued Miguel Temer argumentava que “o Tribunal de Contas somente pratica atos administrativos, como órgão auxiliar do Poder Legislativo”; e que “a conclusão a que se chega, por via do exame da estrutura do estado democrático e constitucional e do texto expresso da Constituição Federal é que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Congresso Nacional e pratica somente atos de natureza meramente administrativa”.¹⁷² Vale recordar que desde a Constituição de 1946 em diante o Tribunal de Contas já vinha sendo disciplinado dentro do âmbito do Poder Legislativo, o que bem se reflete na opinião do autor.

Sem dúvida, as contribuições mais importantes desse segundo período foram as de Alfredo Buzaid, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior. O primeiro publicou em 1967 uma obra primorosa, cujo teor reputamos relevante reproduzir, como o fez Eduardo Gualazzi, *in verbis*:¹⁷³

Em 1967, Alfredo Buzaid, em monumental ensaio sobre o Tribunal de Contas no Brasil, exarava o magistério, em síntese, no seguinte sentido: a) “nos vários países e através dos tempos surgiram diferentes modos de exercer a fiscalização do orçamento; a experiência universal assinala, contudo, três tipos fundamentais: o francês, o italiano e o belga; no sistema francês, o exame de contas é feito *a posteriori*; no italiano, as despesas estão sujeitas a exame *prévio*; sendo vetada, não pode realizar-se; no belga, procede-se a *exame prévio*, com veto relativo e registro sob reserva”; b) “os autores, que adotam a primeira opinião, partem da ideia de que o Tribunal de Contas, tendo função de *judgar*, exerce por isso mesmo atividade jurisdicional, que é própria e específica dos tribunais; mas esta teoria não se compadece com o sistema jurídico vigente; na verdade, a atribuição de *judgar* não é sempre e necessariamente atividade jurisdicional; alguns órgãos administrativos e legislativos também julgam, *sem ter função jurisdicional*, que na discriminação das competências cabe ao Poder Judiciário”; c) “o característico da função jurisdicional está em ser uma atividade de substituição; este é precisamente o ponto em que a jurisdição se distingue da administração”; d) assim, pois, a administração exerce atividade primária e originária; a jurisdição é, diversamente, atividade secundária ou coordenada”; e) **quanto ao Tribunal de Contas, “Tribunal o é, mas de índole especial; tribunal administrativo; tribunal com funções limitadas à liquidação de despesas, verificação da legalidade dos contratos e julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos”**; f) o Tribunal de Contas tem, na forma do art. 77, II e III, da CF, o poder de *judgar*; julga, como órgão administrativo, as contas dos administradores das entidades autárquicas; aprecia, outrossim, a legalidade dos contratos, bem como as aposentadorias, reformas e pensões; **sob este aspecto, a sua função não se assemelha nem se equipara à atividade jurisdicional do Poder Judiciário**; o campo, que a Constituição Federal lhe reservou, está limitado à fiscalização da administração financeira e execução da lei orçamentária; o seu exame precede ao conhecimento que nesta matéria compete ao Poder Legislativo; o Tribunal de Contas é uma espécie de primeira instância do Poder Legislativo, de que é auxiliar; o Poder Legislativo, quanto á despesa e a receita, provê como segunda e derradeira instância; as contas liquidadas por esse Tribunal, sem impugnação, considerar-se-ão aprovadas, não sendo mais suscetível de reexame”; g) em suma, o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente

¹⁷² TEMER, Fued Miguel. Natureza das Funções do Tribunal de Contas *In Revista do Instituto de Direito Público*. Vol. I, p. 77 e 79, Ano I, out./dez. de 1966. p. 75.

¹⁷³ BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LXII, p. 43, 48, 49 e 62, fasc. II, 1967. *Apud* GUALAZZI, *op. cit.* p. 180-181.

ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões – é órgão auxiliar do Congresso; mas **quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores de entes autárquicos – é corporação administrativa autônoma; suas decisões, transitadas em julgado, podem ser revistas pelo Poder Judiciário, que as acatará, não como se imanassem dos próprios juízes deste, mas enquanto forem conformes à lei**". (grifo nosso)

Com efeito, Alfredo Buzaid foi o único autor desse primeiro período que abordou a questão para além da estrutura constitucional do órgão e analisando a própria atividade de controle externo, ao fundamentar a sua posição na doutrina chiovendiana que parte do pressuposto, como vimos, de que a jurisdição se caracteriza como atividade substitutiva. Por não identificar essa característica em relação às Cortes de Contas e, ainda, por considerar a jurisdição como função exclusiva do Poder Judiciário, o autor sustentou a corrente administrativista com esmero.

Outra grande influencia para a doutrina nacional que escreveu já a partir dessa época, Celso Antônio Bandeira de Mello sustentou, em 1968, que “poder-se-ia citar, ainda, o caso do Tribunal de Contas. É órgão do Legislativo e desempenha funções administrativas de controle como instrumento auxiliar daquele Poder.”¹⁷⁴ O autor manteve o posicionamento administrativista na sua obra mais recente,¹⁷⁵ *in verbis*: “O Tribunal de Contas, órgão cujo poder de administração é próprio e análogo ao dos Tribunais...”.

Ainda no final do **segundo período histórico** considerado, José Cretella Júnior tornou pública a sua posição sobre a questão, em 1986, já bem próximo da promulgação da atual Carta Política, e, partindo do mesmo argumento da unidade de jurisdição que desde o princípio fundamentou a corrente administrativista, defendeu nos seguintes termos, *in verbis*:¹⁷⁶

(...) 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.

José Cretella Júnior criticou a expressão “atos jurisdicionais da administração” utilizada pelo jurisdicionalista Castro Nunes, que será em breve comentado, argumentando que esta seria uma *contradictio in terminis*, pois “jurisdição” não só não se confundiria com

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 431. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

¹⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Malheiros. 28ª ed. 2011. p. 951.

¹⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 166, [s/a], out./dez, 1986 p. 3, 4, 13, 14 e 16.

administração, como teria o sentido exato oposto, ou seja, seria expressão “antitética à expressa por este último vocábulo”, de modo que, para ele, quem “administra” não “julga” e quem “julga” não “administra”. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁷⁷

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 reformas, a apreciação das pensões, a apreciação das contas do chefe do Executivo, na respectiva esfera, o “julgamento”, aliás, *verificações* das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (...)

E ainda:

A atribuição de *atividade judicante* ou *jurisdicional* ao Tribunal de Contas parte de duas falsas premissas, uma *aparente*, ou *técnica*. “Aparente” é a que examina conotações externas, traços terminológicos que, realmente, induzem àquela colocação. “Técnica” é a que não leva em conta diferença entre *jurisdição* e *administração*, entre “julgar” e “administrar”, ou seja, entre “aplicar a lei contenciosamente” e “aplicar a lei de ofício, espontaneamente”. (...) Em síntese, toda uma série de traços externos, de “aparência”, epidérmicos, é que têm levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional quando esta, no Brasil, em que não há contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da *uma lex, uma jurisdictio*, é privativo do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre as partes, dando, a final, a razão a quem a tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida.

A posição do autor se repete em outra obra publicada no mesmo ano, onde ele diz: “As decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciárias, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade.”¹⁷⁸

Conforme se depreende das obras referidas, José Cretella Júnior adotou claramente o conceito de jurisdição proposto na doutrina de Carnelutti, quando define expressamente a jurisdição como “aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre as partes”, pois a lide sobressai como elemento do próprio conceito de jurisdição.

Se por um lado, no primeiro período histórico considerado, a maioria da doutrina encontrada claramente sustentava a corrente jurisdicionalista, sem dúvida foi no segundo período histórico que a doutrina começou a ficar claramente dividida. Com efeito, é no segundo período que se lançaram as bases doutrinárias que mais influenciaram os principais

¹⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 184-185.

¹⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 49.

autores do Direito Administrativo nacional que enfrentaram a questão, os quais de uma forma ou de outra citam sobretudo por Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior quando se posicionam no sentido de rejeitar função jurisdicional aos Tribunais de Contas.

No **terceiro período histórico** considerado, mais especificamente entre o **final da década de 1980 e meados da década de 1990**, os principais autores que se destacaram da corrente administrativista não por acaso são atualmente consagrados doutrinadores do Direito Administrativo, os quais se somam aos autores já mencionados do segundo período histórico, a saber: Hely Lopes Meirelles, Maria Silvia Zanella di Pietro e Odete Medauar.

Nesse período, a matéria voltou a despertar interesse certamente por influência das circunstâncias que antecederam a promulgação da atual Constituição Federal de 1988 e das suas consequentes inovações, além, é claro, da publicação, em julho de 1992, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União atualmente em vigor (Lei federal nº 8.443/1992), a qual disciplinou os processos e as atividades a cargo do Tribunal de Conta da União e serviu de referência para todas as demais Cortes de Contas nacionais.

No começo do período, em 1990, Hely Lopes Meirelles, apesar de não ter se aprofundado sobre a matéria, concluiu, por exclusão, que a atividade dos Tribunais de Contas é de natureza administrativa, nos seguintes termos: “não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como órgão administrativo independente, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, consoante suas atribuições constitucionais.”.¹⁷⁹ Numa edição mais recente da mesma obra, os seus atualizadores acrescentam, *in verbis*:¹⁸⁰

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. É, por excelência, um *controle político de legalidade contábil e financeira*, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo do Tribunal de Contas.

E ainda:

As atividades dos Tribunais de Contas do Brasil expressam-se fundamentalmente em *funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas*, desempenhadas simetricamente tanto pelo TCU quanto pelos dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios que os tiverem (presentemente, só o Município de São Paulo e do Rio de Janeiro os têm). (grifo nosso)

¹⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo, ed. RT, 1987, p. 664.

¹⁸⁰ *Idem*. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo, ed. RT, 2009, p. 714

Apesar de empregar o termo “jurisdição administrativa”, Meirelles, na mesma obra, defende inequivocamente que a jurisdição é atividade exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, razão pela qual entendemos que o autor deve ser classificado na corrente administrativista.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro publicou a primeira edição de sua obra “Direito Administrativo” em 1990, já, portanto, sob a égide da atual Constituição Federal de 1988. Desde o começo a autora defendia a natureza exclusivamente administrativa das Cortes de Contas, conforme se depreende da mesma obra, em edição mais recente, *in verbis*:¹⁸¹

(...) **como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada**, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. (grifo nosso)

Essa opinião foi acompanhada, integralmente, por Odete Medauar no livro “Controle da Administração Pública”, cuja edição original foi publicada em 1993, *in verbis*:¹⁸²

Com efeito, nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas apresenta-se como jurisdicional. Uma das bases significativas deste entendimento se encontra no seguinte: conforme o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, nenhuma lesão de direito poderá ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário; e qualquer decisão dos Tribunais de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário, se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; assim, ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, **o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerente aos atos jurisdicionais**. (grifo nosso)

Conforme se depreende das obras de Di Pietro e Medauar, as autoras adotaram, implicitamente, a doutrina de Allorio, para quem a aptidão para produzir coisa julgada, ou seja, para tornar-se imutável, seria o critério fundamental para definir a jurisdição, razão pela qual o princípio da unicidade de jurisdição excluiria das Cortes de Contas esse caráter.

Em 1992, depois de proceder com valiosa revisão bibliográfica sobre a matéria, Eduardo Gualazzi endossa a corrente administrativista, no seguinte sentido, *in verbis*:¹⁸³

Sob aspecto jurídico, não há como supor ou imaginar que o Tribunal de Contas seja órgão com natureza, substância, essência material intrínseca de órgão jurisdicional, judicante, cujas decisões produzam a coisa julgada, com definitividade. Em matéria de *Direito*, as decisões finais do Tribunal de Contas são *sempre* suscetíveis de eventual contrasteamento no âmbito cognitivo do Poder Judiciário do Brasil, precisamente como o são as decisões finais do Tribunal Marítimo, do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e de outros órgãos, análogos, da Administração Pública Federal, dos Estados e dos Municípios, no Brasil.

E ainda:

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 687-688.

¹⁸² MEDAUAR, *op. cit.* p. 154.

¹⁸³ GUALAZZI, *op. cit.* p. 186-187.

Assim, pode-se definir *Tribunal de Contas, no Brasil*, como o órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional. Esta definição é cabalmente aplicável ao Direito Brasileiro, mas discrepa da concepção comparatística de Tribunal de Contas.

Por fim, mais recentemente, a partir de 2005 até os dias atuais, a discussão ganhou novo fôlego, seja em razão do amadurecimento institucional dos Tribunais de Contas, seja em razão das reformas pelas quais passaram o Poder Judiciário e as legislações processuais judiciais, inclusive com o advento da Lei de Arbitragem (e a previsão de um título executivo judicial constituído fora do âmbito dos órgãos do Poder Judiciário) e, principalmente, do **Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)** que entrou em vigor em 18 de março de 2016, e que recepcionou essa forma de jurisdição privada (art. 3º, §1º, e art. 42, dentre outros, do novo diploma legal).

Dentre os autores mais recentes cuja opinião classificamos como administrativista, em geral publicados a partir de 2005, se destacam Freddie Didier, Francisco Eduardo Carrilho Chaves e José dos Santos Carvalho Filho.

Didier, estudando as hipóteses de julgamento de conflitos por tribunais administrativos, também propõe uma analogia entre os Tribunais de Contas e o Tribunal Marítimo previsto na Lei Federal nº 2.180/1954, cujas decisões constituem somente elementos de prova em ação judicial, com presunção relativa (*iuris tantum*) de certeza, por expressa disposição legal (art. 18 do referido diploma), no seguinte contexto, *in verbis*.¹⁸⁴

Raciocínio análogo pode ser aplicado às decisões do Tribunal de Contas, que, do mesmo modo, não exerce função jurisdicional, nem mesmo quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 71, II, CF/88). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória.

Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Prova disso está no art. 71, §3º da Constituição Federal, que afirma que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte a imputação de débito ou multa têm eficácia de *título executivo extrajudicial*.

Curiosamente, Didier parte de premissas diferentes para chegar à mesma conclusão a que chegou Eduardo Gualazzi, o qual, por sua vez, provavelmente sequer foi consultado pelo primeiro (não consta da bibliografia da obra), o que demonstra, como dissemos, que as correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas é composta por vários autores que não necessariamente compartilham as mesmas influências ou adotam as mesmas premissas.

¹⁸⁴ DIDIER Jr. *op. cit.* p. 79-80.

Por sua vez, Francisco Eduardo Carrilho Chaves, também implicitamente filiando-se à posição de Alfredo Buzaid, para quem o “Tribunal de Contas é uma espécie de primeira instância do Poder Legislativo”, como vimos, assim assevera, *in verbis*:¹⁸⁵

Tribunais de Contas são órgãos autônomos, de natureza administrativa, que funcionam junto aos titulares do Controle Externo, prestando-lhes auxílio no desempenho dessa função. Essa vinculação administrativa não significa necessária submissão dos tribunais ou conselhos de contas ao titular do Controle Externo, que, normalmente, é o Poder Legislativo. A medida da autonomia dos tribunais de contas varia de país para país, mas é uma característica marcante. Como regra, compete aos tribunais de contas julgar as contas de todos os administradores públicos (julgamentos técnicos). Apenas julgamentos de caráter predominantemente político, como no caso de nossas Contas do Governo da República, são realizados pelo próprio titular do Controle Externo (leia-se parlamento no caso brasileiro).

Concluiu o autor que “O TCU, portanto, é órgão administrativo vinculado ao Poder Legislativo federal, sem, porém, lhe ser subordinado. É dotado, inclusive, de independência administrativa e orçamentária”.¹⁸⁶

José dos Santos Carvalho Filho em edição mais recente de sua obra originalmente publicada em 2009, partindo das observações de Cretella Júnior, assim dispõe, *in verbis*:¹⁸⁷

O termo *julgar* no texto constitucional não tem o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de *apreciar, examinar, analisar* as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de *caráter eminentemente administrativa*.

Ao comentar quais seriam, no seu entendimento, os limite de competência dos Tribunais de Contas, Carvalho Filho se aproxima do posicionamento de Odete Medauar, no sentido de corroborar a corrente administrativista partindo da ideia de que a possibilidade de imutabilidade das suas decisões (coisa julgada material), seria uma exclusividade do Poder Judiciário. Nas palavras do autor, *in verbis*:¹⁸⁸

Outra ilegalidade praticada por Tribunal de Contas é a afronta à decisão judicial. Se o Judiciário, como Poder definidor de controvérsias, define posição e a reveste com o manto da *res iudicata*, nenhuma alternativa remanesce para a Corte de Contas: cabe-lhe apenas respeitá-la e cumpri-la.

¹⁸⁵CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (teoria e jurisprudência)**. Niterói: Impetus, 2007. p. 12 e 17.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 80.

¹⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1007.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 1010.

Aos autores até aqui referidos, integrantes da corrente administrativista, acrescentamos as contribuições publicadas, no segundo período, por José Luiz de Anhaia Mello,¹⁸⁹ no terceiro período, por José Afonso da Silva,¹⁹⁰ e Vitor Rolf Laubé,¹⁹¹ e, mais recentemente, por Marília Soares de Avelar Monteiro,¹⁹² Paulo Sergio Ferreira Melo,¹⁹³ Edson Simões,¹⁹⁴ Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹⁹⁵ e Luis Bernardo Dias Costa.¹⁹⁶

Os autores até aqui comentados defendem que a atividade de controle externo é exclusivamente administrativa (observando-se que Hely Lopes Meirelles chega a empregar o termo “jurisdição administrativa”, mas numa conotação destituída de qualquer semelhança com a **jurisdição judicial**). Neste sentido, direta ou indiretamente, não fazem distinção entre as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas e aquelas proferidas por qualquer forma de instância recursal administrativa, ou **tribunal administrativo**.

Nesse contexto, as Cortes de Contas não seriam muito diferentes, por exemplo, dos órgãos de “contencioso administrativo tributário” como Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF¹⁹⁷, do Ministério da Fazenda, em âmbito federal; ou, no contexto dos estados, as instâncias recursais administrativas de trânsito, como as Juntas Administrativas de

¹⁸⁹ MELLO, José Luiz de Anhaia. O Tribunal de Contas: pesquisa e atuação. São Paulo: Gráfica do TC/SP. 1984, p. 33 e 143-144. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 182-183.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36ª ed. 2013, p. 759.

¹⁹¹ LAUBÉ. *op. cit.* 1992. *Passim*.

¹⁹² MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. A Natureza Jurídica dos Julgamentos proferidos pelos Tribunais de Contas no Brasil. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, ano 24, n. 08, São Paulo: NDJ, p.934-949, ago. 2008.

¹⁹³ MELO, Paulo Sergio Ferreira. **A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9704&verista_caderno=4. Acesso em 02 de julho de 2015.

¹⁹⁴ SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁹⁵ Com efeito, O professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti também se posiciona em consonância com esta linha de pensamento, quando asseverou: “No Brasil, o caráter não jurisdicional da atuação das Cortes de Contas leva a decisões tomadas a uma ampla revisão judicial, não apenas de feição constitucional pela Suprema Corte. (...) Pode-se ter como ponto de partida para o exame da questão da plenitude da tutela jurisdicional o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 437: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. O teor desta súmula bem expressa o sentido e a amplitude do direito subjetivo, consagrado pela jurisprudência brasileira, na esteira, sem dúvida, do que vem sendo defendido pela doutrina, preocupada com a garantia do administrado frente à administração.” *In*: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos tribunais de contas visando a assegurar a efetividade do sistema. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, TCU, Ano 38, nº 108, jan.-abr., 2007, p. 12.

¹⁹⁶ COSTA, Luis Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz_Bdto.pdf. Acesso em 02 de julho de 2015. p. 66.

¹⁹⁷ Originalmente criado como “Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda”, previsto no art. 4º do Decreto 4.395/2002, o CARF é órgão do Ministério da Fazenda atualmente regulamentado pela Portaria nº 343/2015.

Recursos de Infrações – JARI¹⁹⁸, com a única diferença de que as Cortes de Contas teriam “competência” em matéria financeira-orçamentária. Nesse sentido, aliás, Eduardo Gualazzi e Fredie Didier chegaram a propor expressamente uma analogia entre as Cortes de Contas e o Tribunal Marítimo.

Entretanto, encontramos na doutrina alguns autores que, muito embora inequivocamente rejeitem qualquer natureza **jurisdicional** propriamente dita aos Tribunais de Contas, observam certas semelhanças com os órgãos judiciais que os distinguem dos demais “tribunais administrativos”, razão pela qual entendemos que estes constituem “dissidências da corrente administrativista”. Tais ressalvas, contudo, não nos parece suficiente para considerá-los como uma “corrente alternativa”, mas apenas como opiniões específicas, ou peculiares, dentro da corrente administrativista.

3.2.1. Dissidências da corrente administrativista.

Em geral os autores dissidentes propõem que o controle externo a cargo dos Tribunais de Contas é uma espécie de “atividade administrativa qualificada”, razão pela qual defendem que a sua natureza ora caracteriza **função parlamentar**, ora **função parajudicial**, ora **função parajurisdicional**.

A proposta de que o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas no Brasil não constitui função administrativa, nem jurisdicional, mas **função parlamentar, ou “congressional”**, constitui verdadeira visão única e inusitada, proposta em 1956 por Francisco Campos. Nas palavras do autor, referido por Eduardo Gualazzi, *in verbis*:¹⁹⁹

O Tribunal de Contas é um órgão instituído na própria Constituição e por ela preposto ao controle da Administração Central. Será um órgão de natureza administrativa? Tudo indica que não. A sindicância e o controle que ele exerce sobre a Administração são atos de natureza parlamentar. (...) Se, portanto, as funções exercidas pelo Tribunal de Contas não são de ordem administrativa, como evidentemente, resulta da sua natureza, nem de ordem judicial, como é palpável, e como tais funções são da mesma natureza que as funções de controle que competem ao Legislativo, segue-se que o Tribunal de Contas é um órgão de **natureza parlamentar**, órgão auxiliar do Parlamento, e exerce, por delegação ou extensão constitucional de **funções clara, evidente e manifestamente congressionais**”

A opinião de Francisco Campos não é difundida por nenhum outro autor de que tivemos conhecimento, razão pela qual acreditamos se tratar de opinião única na doutrina. A rigor, constituiria uma “terceira via”, ou doutrina alternativa, intermediária entre as correntes

¹⁹⁸ As JARIs são previstas no art. 12, VI, do Código de trânsito (Lei Federal nº 9.503/1997) e regulamentadas na Resolução nº 233/07-CONTRAN).

¹⁹⁹ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio-São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1956. v. II, p. 133 e 134. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 179.

administrativista e jurisdicionalista. Porém, justamente por não encontrar respaldo em nenhum outro autor conhecido, entendemos por classificar essa opinião como dissidência da corrente administrativista, ao invés de nos referirmos à uma corrente “parlamentarista”, até porque a expressão “corrente doutrinária” pressupõe ao menos uma quantidade significativa de autores (“elos”).

Não obstante, a ideia de que **o controle externo é uma função política típica do Parlamento** está longe de ser uma excentricidade, até porque a sua origem histórica, como vimos, está ligada à criação do orçamento público e a limitação do poder do Rei, que corresponde à própria ascensão do parlamentarismo ocidental moderno.

Com efeito, muitos outros autores também enveredaram pela premissa de que o controle externo da administração pública é função política e típica do Poder Legislativo, juntamente com a própria criação das leis, mas acabaram por concluir pela natureza exclusivamente administrativa das atribuições dos Tribunais de Contas, ainda que **qualificada por um caráter político** que lhe seja intrínseco.

A este respeito da concepção do controle externo como uma segunda função típica do Poder Legislativo, já observava Manuel Andreozzi na década de 1940, referido na obra de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:²⁰⁰

(...) não é uma faculdade inferior ou adjacente à de editar leis; pelo contrário, é fundamental e necessária à própria elaboração das leis, a fim de que o Legislativo conheça como funcionam os outros órgãos, sobretudo o Executivo, em relação ao qual exerce amplo controle (...) Não se pode dizer que estas funções essenciais, que são consequência da natureza mesma das Câmaras Legislativas, sejam faculdades incidentais e acessórias. A nosso juízo, são faculdades fundamentais, transcendentais de amplíssima projeção.

Antes mesmo de Campos, em 1953, Aliomar Baleeiro já observava, *in verbis*:²⁰¹

(...) à primeira vista, o Tribunal de Contas poderá parecer simples órgão administrativo, colegiado, com funções jurisdicionais sobre ordenadores e pagadores de dinheiros públicos, no interesse da probidade da Administração. Assim é uma primeira aproximação. Mas, se analisarmos detidamente, por outros aspectos, chegaremos à conclusão de que existe algo “imediatamente” da Constituição: é a sua função essencialmente política que decorre desses aspectos menos ostensivos. O Tribunal de Contas, no sistema de freios e contrapesos da Constituição, é um instrumento técnico do Congresso. (...) Esse mecanismo sumariamente traçado já mostra o papel do Tribunal de Contas, como órgão integrante do sistema político-jurídico de freios e contrapesos da Constituição.

Segundo o autor, a necessidade de criação do Tribunal de Contas decorre da impossibilidade de o Parlamento fiscalizar diretamente cada uma das parcelas da despesa e

²⁰⁰ ANDREOZZI, Manuel. *Faculdades implícitas de investigação legislativa y privilegios parlamentares*. Buenos Aires: 1943. p.12. *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 710-711.

²⁰¹ BALEEIRO, *op. cit.*, p. 179.

apurar se o dinheiro foi gasto para o fim estritamente legado e autorizado, o que demonstra que o órgão exerce função precipuamente política como instrumento do Congresso, ao lado de colaborar com o Executivo na salvaguarda da probidade administrativa.²⁰²

Como será demonstrado, é precisamente esse aspecto político e histórico do controle externo, aliado à sua índole constitucional ligada ao princípio da separação dos poderes e ao sistema de “freios e contrapesos”, ou *checks and balances*, que levou alguns autores, como José de Castro Nunes, a defenderem um caráter jurisdicional dos Tribunais de Contas.

Para os autores da corrente administrativista, porém, ainda que se reconheça esse caráter **político-administrativo** do controle externo a cargo dos Tribunais de Contas (daí por que os classificamos dentre os “dissidentes”), essa particularidade apenas os distingue de outros “tribunais administrativos”, mas não seria suficiente para conferir-lhes natureza jurisdicional. Essa é a opinião mais recente de Carlos Ayres Britto, ex-Procurador Geral de Contas junto ao Tribunal de Contas de Sergipe e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, para quem, *in verbis*:²⁰³

Por outro aspecto, ajunte-se que nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiudamente). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano de sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam. (grifo nosso)

Conclui o autor:

Ora, como afirma o juriconsulto português **José Joaquim Gomes Canotilho**, “a Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político”. E é claro que o fenômeno político, nesta formulação conceitual, está a se referir à política enquanto atividade de máxima abrangência coletiva, a que se reporta às relações dos órgãos de governo consigo mesmos e às relações travadas entre governantes e governados, que são as relações jurídicas primárias por excelência. E por que primárias por excelência, tais relações implicam o manejo de competências, atribuições, deveres e direitos que têm na Constituição Positiva a sua fonte primaz de normatização.

Esse *locus* jurídico-positivo de nascimento e movimentação dos Tribunais de Contas, a lhes conferir dimensão antes de tudo **política**. A natureza administrativa lhes advém num segundo momento lógico, já por efeito das leis infraconstitucionais; pois o certo é que a atividade administrativa está para a lei assim como a atividade governamental está para a Constituição. Daí a própria *Lex maxima*, pela cabeça de seu art. 18, categorizar como de natureza ambivalentemente política e administrativa as pessoas constitutivas das quatro ordens estatais federadas do Brasil. (grifos do autor)

²⁰² Essa particularidade não foi ignorada por Eduardo Gualazzi, mas este, ao contrário dos autores “dissidentes”, entendia que os Tribunais de Contas não deveriam ser considerados instrumentos dos Parlamentos, mas **órgãos de Estado**, no seguinte sentido, *in verbis*: “Com efeito, ao Tribunal de Contas, no Brasil, parece irrecusável subsistir-lhe, no mínimo, função implícita, político-jurídica, de harmonizador integrante para manutenção do equilíbrio entre os três Poderes, na área específica da execução financeira-orçamentária: porém, ao exercer tal função, o Tribunal de Contas mais se assemelha a um instrumento do Estado do que a um “instrumento do Congresso”...” *In*: GUALAZZI, *op. cit.* p. 191.

²⁰³ BRITTO. *op. cit.*, p.4937 e 4938.

Analisando a diversidade de funções e atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988 às Cortes de Contas, a partir da disciplina procedimental da Lei Orgânica do Tribunal de Conta da União (Lei nº 8.443/1990), Benjamin Zymler, atual Ministro do Tribunal de Contas da União, parte de uma distinção que nos parece fundamental, ao comentar a natureza jurídica dessas decisões: o autor classifica as competências dos Tribunais de Contas, por tipo de processo, em “processos de contas”, “processos de fiscalização” e “processos especiais”.²⁰⁴

A partir dessa distinção, o Ministro observa que o julgamento das contas dos gestores públicos, ou seja, a competência exercida através dos “processos de contas”, é a função principal dos Tribunais de Contas, sendo as demais atividades a ela subsidiária, ou acessória, e que tal atividade constitui função **parajudicial**, no seguinte sentido, *in verbis*:²⁰⁵

Sem descurar das demais atribuições conferidas ao TCU, observa-se que os diversos procedimentos adotados internamente objetivam, principalmente, **subsidiar o julgamento das contas dos gestores públicos**, que, a cada exercício financeiro, devem remeter à Corte de Contas as peças necessárias à formação de um juízo sobre a regularidade de sua gestão.

Tanto assim que, apesar do caráter imediato de sua competência fiscalizatória, exercida no sentido de promover atuação do controle externo concomitantemente ao período de vigência de atos e contratos administrativos, tem-se que, ao final, **os processos derivados de inspeção ou auditoria são apensados, quando cabível, às contas anuais dos gestores principais.**

Tal fato atesta o **caráter subsidiário e acessório dos processos de fiscalização em relação aos processos de contas**. Dessa forma, autorizada a realização de inspeção ou auditoria (art. 71, incisos IV, V, VI e VII, CF), é formado processo que incorporará o relatório confeccionado pelas unidades técnicas do TCU. (grifo nosso)

O autor sustenta que a discussão acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas é suscitada justamente em razão da competência **parajudicial** do órgão, vinculada ao julgamento de contas dos gestores públicos na esfera administrativa, quando em confronto com a competência constitucional do Poder Judiciário, estatuída no art. 5º, XXXV, de exercer jurisdição (“aplicação concreta do Direito em lides qualificadas por uma pretensão resistida”). Observa o autor que a terminologia empregada pelo constituinte, que repete a já vetusta expressão “julgamento de contas”, faz crer a muitos que o Tribunal de Contas estaria cingido a mero exame de conformidade de peças contábeis. Acrescenta o autor, *in verbis*:²⁰⁶

O aspecto multiforme do Tribunal de Contas, que atua ora como entidade fiscalizadora e ora como **órgão julgante de caráter administrativo, dotado de jurisdição própria**, definida constitucionalmente (art. 71, I e II), produz visível perplexidade na população brasileira e mesmo nos meios acadêmicos, que não conseguem identificar com precisão o papel institucional ocupado pela Corte de Contas. (grifo nosso)

²⁰⁴ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 301-304.

²⁰⁵ *Ibidem*. p. 283.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 265.

Assim como José Cretella Júnior, Benjamin Zymler adota manifestamente a doutrina de Cernelutti acerca do conceito de jurisdição, a qual define expressamente como “aplicação concreta do Direito em lides qualificadas por uma pretensão resistida”, mas, ao contrário do primeiro, Zymler defende que o controle externo é uma espécie qualificada de função administrativa: **parajudicial**.

Estes autores “dissidentes”, como muitos outros classificados na corrente administrativista, abordam a questão sob o ponto de vista subjetivo, ou orgânico do Direito Constitucional e Administrativo, de modo que as suas respectivas visões acerca da matéria discutem muito mais a natureza dos **órgãos de controle externo** do que propriamente da **função de controle externo**, ou seja, o caráter das decisões proferidas pelos órgãos de controle é implicado como consequência do seu desenho institucional. Daí por que, por exemplo, Zymler se refere a **parajudicialidade**, empregando o prefixo de origem grega “para” (ao lado de, proximidade) e a palavra “judicialidade”, do adjetivo “judicial”, que significa “qualidade, ou forma, de juiz”.

Dentre os processualistas, contudo, essa mesma questão é abordada sob o ponto de vista objetivo, ou funcional, com ênfase no estudo dos institutos da jurisdição e do processo, ou seja, os autores estudam a **atividade desenvolvida pelos órgãos de controle externo**. Neste contexto, Francisco Wildo propõe que o controle externo a cargo dos Tribunais de Contas constitui função **parajurisdicional**, empregando, portanto, adjetivo “jurisdicional”, que significa “qualidade, ou forma, de jurisdição”.

Athos Gusmão Carneiro, em sua obra “Jurisdição e Competência”, pela primeira vez publicada em 1995, já havia proposto, influenciado por Pontes de Miranda (por nós considerado jurisdicionalista), que a função exercida pelos Tribunais de Contas constitui uma das duas hipóteses de “jurisdição anômala”. Apesar da expressão utilizada, o autor inequivocamente entende que essa função é de natureza exclusivamente administrativa, no seguinte contexto, *in verbis*:²⁰⁷

As atribuições do Tribunal de Contas **são de natureza administrativa**. Entretanto, quando “julga” as contas “dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”, **tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta**; o julgado do Tribunal de Contas constitui *prejudicial* no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (...) (grifo nosso)

²⁰⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência (de acordo com a CF/1988)**. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1989, p.13-14.

Francisco Wildo Lacerda Dantas, citando, dentre outros autores, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles, propõe que os Tribunais de Contas não têm função jurisdicional propriamente dita, mas sim função “judicante”, ou **parajurisdicionais**. *In verbis*:²⁰⁸

Como é óbvio, o Tribunal de Contas é examinado nesta obra por ser considerado como **equivalente jurisdicional**. Ou seja, ainda que não se o considere como órgão jurisdicional – e aqui se observa que, no modelo francês, em que também se admite a justiça administrativa, tem-se que o Tribunal de Contas exerce atividade jurisdicional –, merece a atenção do estudioso do processo civil pelas implicações que apresente como exercício de jurisdição entre nós.

(...)

Tenho que o Tribunal exercita esse controle externo, na forma descrita, com absoluta independência, daí por que o destaque que se deu ao conceito: embora esteja integrado ao Poder Legislativo, a ele não está subordinado, no exercício de suas atribuições, as quais desempenha de forma independente. **No exercício de tais funções, exerce função judicante, eminentemente administrativa, porém.** Não é uma atividade jurisdicional, sobretudo porque esta, entre nós, está reservada ao Poder Judiciário, na forma da garantia constitucional estampada no art. 5º, XXXV. Considero, porém, que embora o Poder Judiciário possa rever as decisões do Tribunal de Contas, o fará sempre – e tão-somente – quando se alegar que houve lesão ou ameaça dela a direito e apenas para se apurar se realmente isso aconteceu, adotando as providências indispensáveis para evitar a lesão, em caso de ameaça, ou para corrigi-la, no caso de lesão. (grifo nosso)

A função **parajurisdicional** corresponde à expressão “equivalente jurisdicional” proposta por Carnelutti e difundida, dentre outros autores, por Castillo, e se refere às formas alternativas de obtenção da mesma finalidade da tutela jurisdicional, no seguinte sentido, *in verbis*:²⁰⁹

O ponto de arranque da jurisdição – assinala NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO – é o Estado. Evidentemente, como se viu na formulação do conceito de jurisdição, ela somente existe como função estatal e somente se exercita por meio do processo, comente possível nos Estados que gozam de soberania.

Esse autor observa, porém, que o objeto da jurisdição, precisamente a solução dos conflitos de interesse, com remoção das situações-obstáculos postas pelo homem ou pela própria lei à realização do direito prometido na tutela jurídica, pode ser satisfeito por intermédio de outros meios, denominados equivalentes jurisdicionais, no que repete entendimento firmado anteriormente por FRANCESCO CARNELUTTI.

Ressalvamos, porém, que o termo “equivalente jurisdicional” não seria utilizado pelo seu criador, Carnelutti, para descrever a atividade do Tribunal de Contas. Em primeiro lugar porque a instituição congênere italiana – *Corte dei Conti* – faz parte do Poder Judiciário daquele país, e é integrado por juízes togados, portanto, totalmente jurisdicional. Como vimos, exemplos de equivalentes jurisdicionais na doutrina original incluem a sentença estrangeira homologada no país; as formas de autocomposição e a arbitragem (referida pelo autor como “compromisso”).

²⁰⁸ DANTAS, F. *op. cit.* p. 157-159.

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 145.

Além do mais, ao contrário de Francisco Wildo, Carnelutti expressamente defende que a função jurisdicional não é monopólio do Poder Judiciário, embora implicitamente só a admita quando praticada no âmbito do Estado, razão pela qual fala em órgãos **judiciais**, **mistos** e **parajudiciais**, donde se conclui que os Tribunais de Contas brasileiros, de acordo com o referido autor italiano, estariam situados dentre estes últimos.

O conceito de órgão **parajudicial** proposto por Carnelutti consiste em órgão de Estado que exerce jurisdição fora do âmbito do Poder Judiciário, ou seja, está implícito que o autor tem por referência o sistema italiano, no qual a jurisdição não é una, ou exclusiva dos órgãos judiciais, razão pela qual entendemos que seria inadequado utilizar a expressão “equivalente jurisdicional”, **no contexto original da referida doutrina italiana**, para referir-se aos órgãos de controle externo, seja o italiano, seja o brasileiro, pois em ambos os casos se estaria diante de **função jurisdicional**, ora exercida por órgão **judicial** (Corte de Contas italiano), ora por órgão **parajudicial** (Tribunal de Contas brasileiro).

Francisco Wildo rejeita natureza jurisdicional das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas por duas razões principais. Em primeiro lugar, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, e o conseqüente exercício exclusivo da função pelos órgãos do Poder Judiciário; e, em segundo lugar, por entender que a jurisdição compreende os cinco poderes de que se acha investido o órgão jurisdicional, razão pela qual a ausência de um ou mais deles, como, por exemplo, o poder de coerção, descaracterizaria a natureza jurisdicional do próprio órgão (*Jurisdictio sine coertio nulla est*). Segundo o autor, *in verbis*:²¹⁰

(...) a **verdadeira jurisdição envolve um feixe de poderes: *vocatio, notio*** (ou *cognitio*), *coertio, iudicium* e *executio*, ou seja, convocação (*vocatio*), faculdade de conhecer de certas causas (*notio*), coerção, ou poder de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas feitas ao magistrado no exercício de suas funções (*coertio*), julgamento (*iudicium*) e poder – em nome do poder soberano – tornar obrigatória e coativa a obediência das próprias decisões (*executio*), **que podem ser resumidas em três: poder de decisão, poder de coerção e poder de documentação**. No caso da arbitragem, o árbitro somente se acha investido dos poderes de *notio, cognitio e iudicium*. Os litigantes somente comparecem perante o árbitro – só o aceitam – se o houverem previamente escolhido para exercer essas funções e tais “juizes” não possuem a *executio* porque, como estabelece o art. 29 da LArb: “Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem”. (grifo nosso)

O autor destaca que, ainda que valha de título executivo judicial, a sentença arbitral será executada perante o órgão do Poder Judiciário (NCPC, art. 516, inciso III), e o seu cumprimento poderá eventualmente ser objeto de impugnação, o que significa dizer que será instaurado um contraditório sobre o qual o juiz-árbitro não terá nenhuma interferência nem poderes para fazer cumprir a sua própria decisão.

²¹⁰ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 154-155.

Além disso, o autor acrescenta que a própria decisão do juízo arbitral também pode ser impugnada perante órgão do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 33 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996): “art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”, o que também demonstraria que a função jurisdicional continua exclusiva do referido órgão.²¹¹

Apesar de inicialmente abordar a questão do ponto de vista objetivo, ou seja, da atividade de controle externo em si mesma, a conclusão a que Francisco Wildo chegou de que os Tribunais de Contas não teriam função jurisdicional por não fazer parte do Poder Judiciário e pelo fato de não executar diretamente as suas próprias decisões acaba redundando no aspecto subjetivo da questão, pois os órgãos de controle externo não executam as multas que aplicam justamente porque não fazem parte do Poder Judiciário.

Trata-se, portanto, do mesmo fundamento, ou seja, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, ante o seu monopólio, ou exclusividade, as decisões dos Tribunais de Contas seriam destituídas de “**autoritatividade**”, ou “**coercitividade**” (*coertio*, ou *cortitio*) características da “verdadeira jurisdição”. Daí por que o autor conclui que, no sistema de contencioso administrativo (*e. g.* França), esse obstáculo restaria superado, sendo a Corte de Contas, naquele país, inequivocamente jurisdicional.

Estes são, em síntese, os principais argumentos que fundamentam a corrente administrativista, colacionados através do tempo, desde a origem do Tribunal de Contas no Brasil, até os dias de hoje, pelos mais diversos autores, de variadas áreas do Direito. De uma maneira geral, o argumento que sobressai como praticamente unânime dentre todos os autores dessa corrente, é o da inafastabilidade da jurisdição e o da unicidade de jurisdição, ou seja, a função jurisdicional seria monopólio do Poder Judiciário.

3.3. Corrente Jurisdicionalista.

A rigor, a corrente jurisdicionalista é mais coerente com a proposta original que resultou na criação do Tribunal de Contas no Brasil. Como visto, o maior artífice da criação do órgão de controle externo brasileiro foi Ruy Barbosa, que, junto ao governo provisório militar, defendeu incisivamente o sistema consagrado na Itália, que apresentava, dentre outras características, um **órgão colegiado de magistrados**, exercendo o controle prévio com amplos poderes, inclusive com possibilidade de veto absoluto de despesa ou ato de gestão e, dentre as suas atribuições, função **jurisdicional em matéria contábil e de pensões**.

²¹¹ DANTAS, F. *op. cit.*, p. 155.

Assim sendo, a proposta de Ruy Barbosa é inspirada no modelo de controle externo consagrado na Itália, o qual, por sua vez, apesar de ter adotado formalmente a jurisdição una (modelo inglês) depois do seu processo de unificação, tinha mantido dois órgãos específicos de jurisdição administrativa, dentre os quais a *Corte dei Conti*, sendo ambos recepcionados na Constituição italiana como órgãos de jurisdição especial.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar²¹², as primeiras legislações da república que disciplinam o Tribunal de Contas, suas atribuições e funcionamento, refletem essa opção, a exemplo do Decreto 1.166, de 1892, o qual dispunha expressamente sobre a natureza jurisdicional do Tribunal de Contas, identificando o órgão como “**Tribunal de Justiça**” e “**Tribunal de Justiça Administrativo**” fazendo referência, ainda, à sua competência em sede de “**única instância**”, o que demonstra de forma inequívoca a influência do modelo italiano. Da mesma forma, a linguagem inequívoca é empregada na Lei nº. 392/1896, no Decreto nº. 2.409/1896, na Lei nº. 2.511/1911 e na Lei nº. 3.454/1918.

Talvez por esta razão, no **primeiro período histórico** considerado (1890 a 1964), os autores jurisdicionalistas tenham prevalecido sobre os administrativistas, como bem ilustra o escólio do primeiro autor que escreveu sobre a questão, já sob a égide da primeira Constituição da República, de 1891, Manuel Pedro Villaboim, o qual, ao discutir a polêmica do contencioso administrativo em face da Carta Política recém promulgada, discorreu, *in verbis*:²¹³

(...) conquanto de natureza administrativa, oferece, pelas garantias de independência que se lhe asseguram, e pelos requisitos que devem presidir a sua composição, todas as garantias dos tribunais do Poder Judiciário. É um verdadeiro tribunal judiciário.

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já viesse discutindo casuisticamente a questão da natureza jurídica dos Tribunais de Contas praticamente desde que foram criados o próprio STF e o Tribunal de Contas da União, sem dúvida, nesse **primeiro período histórico** considerado, as principais contribuições doutrinárias que se destacaram foram todas publicadas na década de 1940, a saber, Miguel Seabra Fagundes, José Castro Nunes e Themístocles Brandão Cavalcanti, provavelmente porque a Constituição de 1937 tinha incluído o Tribunal de Contas dentro do âmbito do Poder Judiciário.

²¹² Conforme visto no Capítulo 1, p. 40, do presente trabalho.

²¹³ VILLABOIM, *op. cit.* p. 84.

A obra “**O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**”, foi publicada pela primeira vez em 1941, embora só tenhamos acesso à 7ª edição da obra, publicada em 2005. Nela, Seabra Fagundes defendia que, a princípio, a existência de uma jurisdição administrativa, além de contrária à tradição do direito brasileiro, seria vedada na Constituição. Entretanto, o autor sustentava que em casos estritamente previstos na própria Constituição, havia situações contenciosas, nascidas de atos da Administração Pública ou indiretamente com eles relacionadas, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por **órgãos estranhos ao Poder Judiciário**. Assim, pois, o autor admitia duas exceções ao monopólio judicial da função jurisdicional, nos termos que seguem, *in verbis*:²¹⁴

Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa.

A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado, quando conexos com os desse, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso.

A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Tribunal de Contas.

Ao julgar, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República, os ministros de Estado, o Procurador-Geral da República e os Ministros do supremo Tribunal Federal, exerce o Senado função tipicamente judicante.

O mesmo é de dizer da Câmara dos Deputados, quando atua na fase preliminar do processo de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo ou de Ministro de Estado (equivalente à de pronúncia no processo penal comum), para declarar procedente ou improcedente a acusação.

Pelo seu caráter eminentemente político, não deixa o juízo de responsabilidade de exercer por meio de um verdadeiro julgamento, com apuração do fato (delito), aplicação do direito (pena ou absolvição) e irretratibilidade de efeitos (coisa julgada). – (grifo nosso)

Conforme se depreende da obra de Seabra Fagundes, o autor, adotando um conceito eclético de jurisdição que muito se aproxima da doutrina de Carnelutti, reconhece o princípio da unicidade de jurisdição, concluindo pela inexistência de contencioso administrativo, mas, ao mesmo tempo, reconhece a jurisdição especial do Tribunal de Contas como uma das duas exceções ao princípio, juntamente com a competência do Congresso Nacional para julgar os crimes de responsabilidade. Neste contexto, arremata o autor, *in verbis*:²¹⁵

Não obstante isso, o art. 71, §4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica e investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. **Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide exclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.** (grifo nosso)

²¹⁴ FAGUNDES, *op. cit.* p. 165-168.

²¹⁵ *Ibidem.* p. 170.

Outro autor que desde cedo se destacou como um expoente da corrente jurisdicionalista no primeiro período foi o Ministro José Castro Nunes, do Supremo Tribunal Federal, que desde cedo contrapunha a posição do Min. Pedro Lessa (administrativista).

O autor, para quem o Tribunal de Contas seria um órgão de jurisdição situado entre os poderes, considerava que a primeira Constituição Republicana, ao instituir o Tribunal de Contas, não lhe expressou a jurisdição, mas, porque ao órgão foi atribuída competência para “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”, lhe tinha assegurado implicitamente a função judicante. Na obra publicada em 1943, o autor defendeu, com arrimo nas lições de Edgard Allix, que os Tribunais de Contas possuíam jurisdição especial, ainda que o seu âmbito de atuação fosse estreito, na medida em que o órgão julgaria “as contas, mas não os responsáveis.” Segundo o autor, *in verbis*:²¹⁶

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.

(...)

A jurisdição de contas é o juízo constitucional de contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para as rever, para os liberar. Essa função é ‘própria e privativa’ do Tribunal de Contas, diz o decreto orgânico em vigor, e os responsáveis sujeitos à tomada de contas “só por ato do Tribunal podem ser liberados de sua responsabilidade”. (grifo nosso)

Conforme observa Carlos Costa, a “função judicante” do Tribunal de Contas, na visão do Min. Castro Nunes, é implícita, e se fundamenta no sentido literal das palavras inseridas no texto constitucional de 1891, porquanto enfatiza seu pensamento ao declarar que “Nem de outro modo dispõe a nossa Constituição. Não se atribui ao Tribunal de Contas senão o julgamento das Contas: ‘Julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos’”. O autor concluiu que a materialidade do delito, em caso de desvios de recursos públicos, era objeto da jurisdição de contas, mas a responsabilidade do agente só poderia ser julgada pelo Poder Judiciário.

²¹⁶ NUNES, José Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Forense: Rio de Janeiro, 1943, p. 24-26. *Apud* COSTA, Carlos. **O Tribunal de contas: Órgão e função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982. p. 5-6.

Ao se aprofundar sobre a natureza dessa jurisdição, no entanto, o Min. Castro Nunes muito se aproximou da opinião de Seabra Fagundes, quando considerou se tratar de jurisdição especial, tratando logo de negar a possibilidade de contencioso administrativo no Ordenamento Jurídico pátrio. *In verbis*:²¹⁷

Não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados ao Poder Executivo. Por isso mesmo a Constituição o instituiu com o caráter de uma verdadeira magistratura, equiparando os seus membros, para o efeito das garantias da função, aos ministros do Supremo Tribunal.

(...)

As Cortes de Contas não são delegações do Parlamento, são órgãos autônomos e independentes. **Mas existem em função da atribuição política dos Parlamentos no exame das contas de cada exercício financeiro. É esse, na teoria do instituto, o traço fundamental.** Na sua função cotidiana, quer na fiscalização financeira, quer na tomada de contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, ele serve a esse objetivo que lhe explica a destinação, com órgãos auxiliar e preparador daquela função (...) Ora, sendo o Tribunal de Contas um órgão coordenado com o Parlamento no desempenho de função deste, é bem de ver que não pode ser tribunal judiciário, isto é, órgão do poder judiciário, por obvias razões. (grifo nosso)

Themístocles Brandão Cavalcanti, por sua vez, em sua obra publicada em 1946, apesar de também concluir pela natureza jurisdicional dos Tribunais de Contas, teceu críticas à posição do Min. Castro Nunes. O autor questionava a unidade de jurisdição pretendida pelo constituinte de 1891, e defendia a existência contencioso administrativo disciplinado pela lei infraconstitucional da época.

Também rejeitou o “âmbito estreito” de atuação da jurisdição de contas tal como proposta pelo Min. Castro Nunes, defendendo assim uma jurisdição especial bem mais ampla do que os limites relutantemente reconhecidos pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, *in verbis*:²¹⁸

a função jurisdicional é sempre ampla e irrestrita quando de origem constitucional, não podendo ser limitada pela lei ordinária. Assim, quando a Constituição diz julgar, atribui ao órgão mencionado a função peculiar a essa manifestação do poder jurisdicional, usando, em relação ao Tribunal de Contas, do mesmo sentido que atribui ao Poder Judiciário, quando diz ‘julgar originariamente’, ‘julgar em grau de recurso’, ‘julgar’.

A mesma precisão com que, ao tratar do Legislativo, diz legislar e com mais rigor do que, no capítulo do Presidente da República, fala em promulgar, decretar, sancionar, intervir, etc., reproduzindo a variada e, por vezes, vacilante terminologia das antigas Constituições.

Portanto, a única restrição que se encontra na Constituição está nas palavras seguintes: ‘julgar da legalidade dos contratos’, reduzindo a função à conformidade, ou não, do contrato com as disposições legais vigentes, excluindo outras considerações que transcendem do âmbito da legalidade.

²¹⁷ NUNES. *op. cit.*, p. 27.

²¹⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **O Tribunal de contas e sua competência constitucional.** In Revista de Direito Administrativo, vol. III, Rio de Janeiro, 1946, p. 17. *Apud* COSTA, Carlos Leite. O Tribunal de Contas: Órgão e função jurisdicional. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982, p. 15-17.

E isto define com precisão a função puramente jurisdicional em sua significação técnica e literal, em contraposição à amplitude da função administrativa, que penetra ainda na moralidade do ato, na sua conveniência e oportunidade, no seu mérito. (grifo nosso)

O autor defendeu que não havia motivos para recusar ao Tribunal de Contas função jurisdicional, em certos casos, porque a Constituição então em vigor já tinha relativizado o princípio da unidade de jurisdição, com a criação de jurisdições especializadas tais como a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, cada qual com o seu sentido específico e sofrendo as restrições admitidas na Constituição e nas leis.

Ainda no primeiro período histórico, se destaca a posição do Ministro do Tribunal de Contas da União, Min. José Pereira Lira²¹⁹ em 1955, e de Guimarães Menegale, publicada em 1957, este último, partindo da premissa de que a jurisdição era um conceito da ciência jurídica sem definição constitucional, acabou por aderir ao raciocínio do Min. Castro Nunes, de separar o julgamento das contas do julgamento sobre a conduta ou responsabilidade dos agentes, no seguinte contexto, *in verbis*:²²⁰

Clara, peremptória é a linguagem do texto constitucional: o Tribunal de Contas julga contas, julga fatos ou atos, não julga os responsáveis a que o próprio dispositivo alude. Em suma, julga sem, todavia, administrar justiça, função reservada, entre nós, exclusivamente aos órgãos do poder judiciário.

(...)

Quando o órgão de fiscalização financeira julga ‘das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos’ e, a seu parecer, não as encontra exatas ou regulares, não tem o poder de impor uma sanção, no sentido da sanção judicial. Estaca, necessariamente, no julgamento dos fatos : pertence, pois, aos órgãos do poder judiciário julgar os responsáveis, se a inexatidão ou irregularidade resultam em crime. O máximo que, a esse propósito, se poderá reconhecer ao Tribunal de Contas é a sua apreciação ou parecer, isto é, seu julgamento dos fatos, ‘é conclusivo para Justiça’. Ainda assim, há quem sustente que a autonomia dos órgãos jurisdicionais não se pode deter, sequer, no respeito à conclusividade dos juízos emitidos por um órgão de controle administrativo, estranho ao sistema de instituições da justiça.

No **segundo período histórico** considerado (correspondendo ao Regime Militar 1964-1988), se destacaram entre os autores jurisdicionalistas Pontes de Miranda e Carlos Costa. No entanto, registramos que o primeiro autor relevante a sustentar a posição jurisdicionalista no período foi Jarbas Maranhão, que tinha sido Deputado Constituinte em 1946, Senador, e que participou da criação do Tribunal de Contas de Pernambuco, sendo presidente da Corte de Contas.

²¹⁹ LIRA, José Pereira. O tabu da unidade jurisdicional. **Revista do Serviço Público**, ago. 1955. *Apud* JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1977. p. 356-365.

²²⁰ MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**, 3º Ed. Rio de Janeiro, 1957, p. 223. *Apud*. COSTA, Carlos. O Tribunal de contas: Órgão e função jurisdicional. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982. p. 7-8.

Em sua obra publicada em 1968, o autor defendeu que a natureza jurisdicional da Corte de Contas decorria de uma interpretação sistemática da própria Constituição, razão pela qual, segundo o autor, *in verbis*.²²¹

(...) julgando contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou valores públicos, os Tribunais exercem função jurisdicional, e que esse teor jurisdicional das decisões se depreende da própria substância delas, não do emprego da palavra julgamento, resultando do sentido definitivo da manifestação da Corte

Por sua vez, Pontes de Miranda, ilustre jurista alagoano, foi um importante defensor da tese jurisdicionalista, argumentando, inclusive, que a completa rejeição da natureza jurisdicional das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas acabaria por esvaziar o seu conteúdo, de modo que a eventual revisão judicial das decisões das Cortes de Contas resultaria em redundância. Nas palavras do autor, *in verbis*:²²²

Desde 1934, o Tribunal *é corpo de julgamento*, embora, quanto aos crimes, continue a não ter jurisdição; mas julga contas, que é da máxima importância. Desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal julga ou não julga (...). **Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda Pública.**

Não pode, assim, o legislador ordinário negar valor de sentença às decisões dos Tribunais de Contas, em relação aos responsáveis por dinheiros públicos. (...) As questões decididas pelos Tribunais de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, **não são simples questões prévias; são questões prejudiciais, constituem prius lógico jurídico de um crime ou, pelo menos, de circunstância material desse.** (grifo nosso)

Comentando sobre hipótese de prisão que era prevista na legislação da época, Pontes de Miranda sustentou que a separação entre o julgamento das contas e o julgamento dos crimes é de ordem constitucional, de modo que a lei ordinária não poderia permitir aos “juízes comuns” julgar as contas, nem ao Tribunal de Contas julgar os crimes. A prisão decorrente do julgamento das contas públicas, segundo o autor, tinha caráter disciplinar, preventivo, ou simplesmente, de salvaguarda do interesse da Fazenda, não caracterizando sentença criminal, a qual só era proferida pelo “juiz comum”, ressalvada a competência da Justiça Militar.²²³

Carlos Costa, conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) também deu importante contribuição para o debate, ao discutir as posições de Min. Castro Nunes e a resistência do Min. Pedro Lessa, para concluir pela corrente jurisdicionalista nos seguintes termos, *in verbis*:²²⁴

²²¹ MARANHÃO, Jarbas. **Tribunal de Contas: natureza jurídica e posição entre os poderes**. Revista de Informação Legislativa, ano 26, n. 106. Brasília: Senado Federal, p. 307-326, abr./jun. de 1990. p. 107-115.

²²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 1º tomo, p.18.

²²³ *Ibidem*, p. 18.

²²⁴ COSTA, C. *op. cit.* p. 05.

Mas a luta pelo exclusivismo jurisdicional não pode alongar-se indisfarçada no tempo, porquanto as subseqüentes Constituições dispuseram expressamente competir ao Tribunal de Contas *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*. Ante a disposição clara e taxativa, manifestada como meio de certeza, onde o significado eficaz foi revelado literalmente e a jurisdição do Tribunal de Contas é incontestada, apenas os questionamentos nominais poderiam confundi-la e desprestigiá-la. De fato, logo se eriçaram e, no definir jurisdição, no determinar a natureza jurídica do conceito, esmiuçaram-se percalços em descrédito da plena competência do Tribunal de Contas e da eficácia de seus julgados. (grifos do original)

Também contribuíram para a corrente jurisdicionalista no período do Regime Militar: Roberto Rosas²²⁵, José Jappur²²⁶, Cotrim Neto²²⁷ e Raimundo de Menezes Vieira²²⁸.

Por fim, o período histórico mais recente foi claramente mais prolixo em autores que exploram o tema, alimentados que são pela ausência de consenso nos tribunais superiores, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, e impulsionados pelos julgamentos em sede de recurso extraordinário ou Ações Diretas de Inconstitucionalidades que trataram, ainda que superficialmente, do tema.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, Luciano Brandão Alves de Souza, Min. do Tribunal de Contas da União, despontou como um importante defensor da corrente jurisdicionalista, sendo citado praticamente por todas as fontes recentes, juntamente com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Também destacamos, a partir de 2007, as contribuições de Evandro Martins Guerra e Monique Cheker. Assim, pois, para Luciano Brandão, *in verbis*:²²⁹

A prerrogativa de *julgamento de contas* está, pois, claramente definida no inciso II do art. 71. Deve prestá-la quem quer que “utilize, arrecade, guarde ou administre dinheiros, bens e valores públicos”, conforme preceitua o parágrafo único do art. 70.

O tribunal é, em síntese, órgão público de controle externo, investido de poder jurisdicional, próprio e privativo, em todo o território nacional, sobre matérias do seu rol de atribuições, detidamente explicitadas. (grifos do original)

²²⁵ ROSAS, Roberto. Aspectos jurisdicionais na competência do Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. Brasília, n. 1, 1975, p. 106 e 107. *Apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.150.

²²⁶ JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 129, p. 356-365, jan. 2015. ISSN 2238-5177.

²²⁷ COTRIM NETO, A. B. O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do estado de direito. **Revista de Informação Legislativa**, ano 76, n. 162. Brasília: Senado Federal, out./dez. de 1982. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 182.

²²⁸ VIEIRA, Raimundo Menezes. Tribunal de Contas – jurisdição especial. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. Brasília, n. 12, 1982, V. 12. p. 17-19.

²²⁹ SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102. Brasília: Senado Federal, p. 173-184, abr./jun. de 1989. p.176.

O autor observa que a competência do Tribunal de Contas advém do próprio constituinte originário, fonte mesma da jurisdição **judicial**, e que a função jurisdicional das Cortes de Contas se depreende do próprio texto da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:²³⁰

Daí, dentre outras, a chamada teoria da delegação.

Não se trata, porém, nem das delegações – matéria de Direito Administrativo – a exemplo da delegação de órgão para órgão; nem mesmo de um outro instrumento, como de uma lei do Parlamento, do Congresso.

Trata-se de uma delegação superior e da maior significação: uma delegação oriunda do Poder Constituinte – poder que funda a Constituição e nela cria o Tribunal de Contas, como um dos órgãos – além do Congresso – incumbidos de fiscalizar a execução orçamentária e financeira.

E, se possível, mais que uma delegação. Uma atribuição diretamente concedida à Corte de Contas para defender e zelar os princípios da legalidade e da moralidade no contexto da administração pública.

Já em 2005, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao abordar a questão da possibilidade de revisão judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, teceu, acerca da natureza jurídica dessas decisões sujeitas à revisão, as seguintes considerações, *in verbis*:²³¹

(...) o exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O termo julgamento não pode ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada; a melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência da matéria que o Constituinte estabeleceu na competência de julgar, não podem ser revistas quanto ao mérito.

Em sua obra paradigmática “Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.”, de 2008, o autor já lecionava, *in verbis*:²³²

É consabido que para o exercício de qualquer função, exige-se a definição por lei anterior e a determinação de seus limites.

Nesse ponto, mostra-se incompreensível o nó górdio que se pretende atribuir à questão, dividindo de um lado os que defendem o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas e, de outro, em pleno antagonismo, os que simplesmente a inadmitem.

No atual modelo constitucional positivo, **ficou indelevelmente definido o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas**. Efetivamente, nos estatutos políticos anteriores, era atribuída competência para julgarem mais de uma matéria, ensejando complexidade lógica para a definição do que não seria decidido com força de coisa julgada. (destacamos)

²³⁰ SOUZA, L. *op cit.*, p. 46.

²³¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XVI, n. 02, 1998, p. 69-89.

²³² FERNANDES, *op. cit.*, 2008, p.147-148.

O autor argumenta que o constituinte não foi displicente, por ignorância ou descuido, quando dispôs sobre as atribuições dos Tribunais de Contas, utilizando de forma adequada o vocabulário, ora restringindo, ora elaticendo a função de controle externo, argumentando, ainda, que no elenco de competência a terminologia empregada obedeceu a rigor científico, acentuando a diferenciação, inclusive da finalidade de cada mister cometido. *In verbis*: “Para algumas tarefas empregou-se o termo *apreciar*, em outras, *fiscalizar*, em outras, *realizar inspeção e auditoria* e apenas em um caso, *julgar*.” (grifo do original) ²³³

Sobre o tema, Evandro Martins Guerra propõe uma interpretação sistemática dos art. 71, II e 52, I, da Constituição Federal de 1988, chegando a uma conclusão semelhante à de Seabra Fagundes, ao considerar a jurisdição especial do Tribunal de Contas como uma das duas exceções ao princípio da unicidade de jurisdição, no seguinte sentido, *in verbis*:²³⁴

Em face do ordenamento jurídico vigente, o Tribunal de Contas, órgão especializado no julgamento de contas, e o Senado Federal, no julgamento do Presidente da República e demais autoridades, por crime de responsabilidade, consoante os artigos 71, II, e 52, I, da Constituição da República de 1988, **exercem função jurisdicional especial, constituindo, pois, exceções à regra do monopólio da jurisdição. São esses os órgãos, dentro da sistemática constitucional brasileira, que, apartados da organização do Poder Judiciário, têm competência para decidir em caráter definitivo, em suas competências exclusivas.** (grifo nosso)

Na mesma obra, que publicou em coautoria com Denise Mariano de Paula, também propõe reconhecer o Tribunal de Contas como órgão autônomo, donde a flexibilização da separação dos poderes nos três tradicionalmente considerados justificaria a possibilidade de exercício excepcional de jurisdição pelas Cortes de Contas, *in verbis*:²³⁵

(...) as Cortes de Contas possuem natureza jurídica de difícil apreensão, enquadrando-se nos chamados “órgãos constitucionais autônomos”, ou de “de destaque constitucional”, encontrando-se posicionados por entre as esferas do Poder ou ao lado delas, porquanto a evolução da sociedade e do Direito não mais admitem a teoria tripártite como estanque absoluta; (...) o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional especial quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, não havendo possibilidade de revisão e mérito pelo Poder Judiciário, salvo quando houver afronta ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade.

Apesar de escrever sobre o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas, Monique Cheker faz uma defesa contundente da corrente jurisdicionalista, enfrentando como poucos os argumentos da corrente administrativista que se fundamentam, em última análise, na doutrina de Carnelutti. Conforme a autora, *in verbis*:²³⁶

²³³ FERNANDES, *op. cit.*, p. 148.

²³⁴ GUERRA, E. M. e MARIANO, D. *op. cit.*, p. 82-83.

²³⁵ *Ibidem*, p. 70-71.

²³⁶ CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 89-92.

Assim, o Tribunal de Contas, quando do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, exerce função jurisdicional, nessa linha de raciocínio, justamente por aos seus membros serem asseguradas, de forma constitucional, as garantias de “independência, impessoalidade e imparcialidade” atribuídas aos magistrados em geral.

(...) o julgamento das contas, apesar de ser matéria afeta ao interesse público, relacionado à fiscalização obrigatória contábil, financeira e orçamentária, está muito longe de não envolver um conflito ou, pelo menos, um potencial conflito, com identificação de um interessado.

Mesmo que a “solução de litígios” não seja o objetivo *prima facie* da atuação da Corte de Contas, conforme também ocorrem nos procedimentos de jurisdição voluntária e em alguns processos objetivos submetidos ao Poder Judiciário, não se pode olvidar que as relações jurídicas que lhe são submetidas carregam uma carga de potencial litigiosidade.

Também contribuíram para o debate, neste terceiro período histórico considerado, dentre outros, Adailton Feitosa²³⁷, Frederico Pardini²³⁸, Fernando Gonzaga Jayme²³⁹, Jonas Luis Moreira de Paula²⁴⁰, Eduardo Carone Costa Júnior²⁴¹, Jair Eduardo Santana, Verônica Vaz de Melo²⁴², Rogério Roberto Gonçalves de Abreu²⁴³ e Ronaldo Chadid²⁴⁴.

3.4. Considerações finais.

Estando presente na doutrina desde a própria criação do Tribunal de Contas no país, a discussão acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelas Cortes de Contas foi bastante debatida, sem, contudo, se firmar até o presente momento um consenso significativo.

A divisão de três períodos históricos nos permite observar que num primeiro momento, de desenvolvimento inicial do Regime Republicano no país, a corrente jurisdicionalista predominou na doutrina, coerentemente com o projeto idealizado por Ruy Barbosa, em que pese à resistência, na jurisprudência, dos primeiros Ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente a posição do Min. Pedro Lessa.

²³⁷ FEITOSA FILHO, Adailton. As funções judicantes das Cortes de Contas. **Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco**. Vol. 10, Recife, jan/dez 1990, n. 10, p. 84.

²³⁸ PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional**. 1997. Tese (doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

²³⁹ JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.45, n. 4, p. 143-193, out./dez. 2002, p. 182 a 187

²⁴⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo**. Barueri: Manole, 2002, 59-63.

²⁴¹ COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal – Distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre as contas anuais dos prefeitos. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, ano XIX, vol. 39. n. 02, Belo Horizonte: Tribunal de Contas de Minas Gerais, p. 110, abr./jun. 2006.

²⁴² SANTANA e MELO. *op. cit.* p. 21-22.

²⁴³ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Limites ao controle judicial dos atos dos Tribunais de Contas. L & C. **Revista de Direito e Administração Pública**, Brasília, n. 66, p.14-17. dez. 2003.

²⁴⁴ CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, n.n. S.l. 2013.

No segundo período, correspondendo ao Regime Militar (1964-1988), depois de alterações significativas da ordem constitucional, a exemplo do Estado Novo de Getúlio Vargas e a outorga da Constituição de 1937, a doutrina estava bastante dividida, sobretudo na década de 1940, quando então os doutrinadores que viriam a influenciar sobremaneira as principais obras de direito administrativo ou de processo civil atuais lançaram as bases teóricas mais consistentes que hoje fundamentam a corrente administrativista, em especial quanto aos argumentos de que não existe contencioso administrativo no ordenamento brasileiro, e de que a decisão proferidas no âmbito do Tribunal de Contas não têm eficácia de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por fim, a partir da Constituição Federal de 1988, é possível identificar que a maior parte da doutrina gradativamente vem endossando a corrente administrativista, se considerada a quantidade de trabalhos acadêmicos publicados no período, apesar de se observar também que essa corrente foi rica em dissidências doutrinárias que passaram a reconhecer nas atribuições constitucionais das Cortes de Contas uma “atividade administrativa qualificada”, surgindo no período vários autores que propuseram um conceito intermediário a fim de caracterizar as peculiaridades do controle externo da administração pública, destacando uma natureza jurídica entre jurisdicional e administrativo, cunhando conceitos tais como **função parajudicial** ou função **parajurisdicional**.

A maioria dos autores que atualmente defendem a corrente jurisdicionalista são em geral profissionais da área de controle externo ou da advocacia pública, como servidores ou Conselheiros/Ministros dos Tribunais de Contas, Advogados da União etc., enquanto a doutrina “não especializada” tende a seguir os autores administrativistas ou processualistas mais conhecidos.

Outro aspecto que nos parece imprescindível considerar é que poucos autores, ao abordar a questão, fizeram uma distinção entre as diversas atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas, de modo que, de maneira geral, frequentemente se referem às diversas competências das Cortes de Contas como um “bloco uniforme” de atividades, como se o controle externo da administração pública se procedesse sempre da mesma maneira, quando tal generalização ignora aspectos de suma importância para o debate proposto.

A competência constitucional privativa que o Tribunal de Contas exerce através dos processos de contas é muito distinta dos procedimentos de fiscalização direta que o órgão realiza, a exemplo do controle através de auditorias ou inspeções, daí por que autores que

atuam na área de controle administrativo, a exemplo de Benjamin Zymler ou Monique Cheker, fizeram essa distinção, como ilustra a sua obra da segunda, *in verbis*:²⁴⁵

Antes de tecer quaisquer comentários sobre as controvérsias existentes a respeito do conceito de jurisdição, cabe esclarecer que o presente tópico circunda basicamente a competência do Tribunal de Contas na hipótese do art. 71, II, da CRFB/88, isto é, relacionada ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta.

Quanto à demais competências, como a de apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoa para fins de registro, bem como os de concessão de aposentadoria, dentre outros, pode-se falar que constituem atividades não-jurisdicionais.

Ao considerar as atividades dos Tribunais de Contas de forma indistinta, grande parte da doutrina acaba adotando uma posição radical, seja pela rejeição completa de natureza jurisdicional da atividade de controle externo, seja, ao contrário, para defender os Tribunais de Contas como tribunais idênticos aos tribunais judiciais.

Aparentemente são essas distinções pontuais que levaram alguns autores a se destacar da doutrina administrativista “tradicional”, justificando a nossa classificação como “dissidentes”, porque esses autores identificaram nos Tribunais de Contas aspectos que os diferenciam dos órgãos administrativos colegiados de julgamento ou fiscalização – os “tribunais administrativos” instituídos pela legislação infraconstitucional.

Assim, pois, a distinção entre o controle externo que se exerce através do processo de contas e aquele que se realiza pela fiscalização direta do Tribunal de Contas, por nós defendida, nos parece inevitável, já que, se por outro lado quanto à segunda hipótese não parece haver muita dificuldade em reconhecer a natureza exclusivamente administrativa do controle, sobretudo quanto aos procedimentos de fiscalização, auditoria e inspeção, por outro lado a situação é bem diferente em relação ao julgamento das contas públicas.

Outro fato que chama a atenção é que muitos autores, seguramente a maioria dos doutrinadores aqui classificados dentro da corrente administrativista, fundamentam a sua opinião na obra de processualistas estrangeiros, dentre os quais se destacam as doutrinas já mencionadas de Chiovenda, Carnelutti e principalmente Allorio, sem, contudo, observar que nos respectivos países de origem desses autores os Tribunais de Contas são todos inequivocamente dotados de função jurisdicional, razão pela qual tais processualistas sequer cogitaram em suas obras adentrar essa discussão, que parece mesmo mais apropriada para o contexto nacional em razão das peculiaridades do sistema brasileiro de controle externo.

²⁴⁵ CHEKER, *op. cit.* p. 83-84.

CAPÍTULO 4 – Processo de contas e jurisdição especial.

4.1. Considerações iniciais.

Ao estudar os diversos argumentos dos autores que discutem o tema proposto, acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, chama a atenção o fato de que a maioria deles, sobretudo os classificados na corrente administrativista, ao abordarem a questão, não fazem nenhuma distinção entre as diversas atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas, como se o controle externo da administração pública se procedesse sempre da mesma maneira, quando tal generalização ignora aspectos de suma importância.

Ocorre que os Tribunais de Contas em geral no Brasil possuem uma multiplicidade de atribuições constitucionais, além das acrescidas por fontes infraconstitucionais, que compreendem desde a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, exercida com exclusividade e diretamente em face do administrador público, excetuado o Chefe do Poder Executivo; o controle de licitações e contratos diversos; a apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadorias e pensões civis e militares; o auxílio ao Parlamento, através de parecer técnico no julgamento das contas de governo, como forma de equilíbrio entre os Poderes Republicanos (art. 70 da CF/1988).

Até mesmo funções inusitadas, como o acompanhamento da revisão tarifária realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica (Portaria/TCU nº 35/2001 e Instrução Normativa TCU nº 43/2002) se somam às atribuições do órgão de controle externo, além da previsão legal de colaboração com os órgãos da Justiça Eleitoral no âmbito da prestação de contas de campanhas de partidos políticos e candidatos, inclusive com a previsão de cessão de servidores especializados para auxiliar os trabalhos “pelo tempo necessário”²⁴⁶.

Se por um lado não há dúvida razoável de que parte das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas é de natureza exclusivamente administrativa, sobretudo os procedimentos de fiscalização direta como auditorias e inspeções, respostas às consultas populares ou de parlamentares; ou ainda, a apreciação, para fins de registro, da legalidade de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões²⁴⁷, por outro lado, em relação aos processos de contas a discussão nunca esteve tão em evidência.

²⁴⁶ Lei 9.504/1997: Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (...) §3º Para efetuar os exames de que trata este artigo, a Justiça Eleitoral poderá requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, pelo tempo que for necessário.

²⁴⁷ No que se refere ao controle sobre atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, observa-se que a rigor a jurisprudência tem entendido se tratar de ato administrativo complexo, aperfeiçoado pela manifestação da

Para citar apenas dois exemplos atuais pertinentes à controvérsia, basta mencionar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, ambas polêmicas: a primeira²⁴⁸, proferida em sede de liminar em Mandado de Segurança, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que afastou uma medida cautelar de bloqueio de bens que havia sido determinado pelo TCU, conforme acórdão nº 2.109/2016, proferido nos autos da Tomada de Contas Especial nº 000.168/2016-5, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, em desfavor de uma importante sociedade empresária da área de construção civil, como consequência de apurados indícios de graves desvios de recursos públicos.

A segunda²⁴⁹, decorrente do julgamento conjunto, com repercussão geral, do RE nº 729744/MG, de relatoria do Min. Gilmar Mendes e do RE nº 848826/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, ambos julgados na sessão de 17 de agosto de 2016, cujos acórdãos nem sequer foram publicados até data do depósito final deste trabalho, os quais firmaram o entendimento de que as Câmaras Municipais têm competência para julgar **tanto as contas de governo quanto as contas de gestão** dos Prefeitos Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas, cujo parecer prévio tem natureza opinativa, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo, decisões estas que possuem extrema relevância no contexto das hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Em outras palavras, o controle externo, quando exercido através dos processos de contas (ou “**julgamento de contas**”, de que trata o Título II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), tanto na hipótese de competência privativa dos Parlamentos, em relação aos Chefes do Poder Executivo, quanto o controle de contas de gestão de competência privativa das Cortes de Contas, em relação aos demais gestores da administração direta e indireta, de tal forma se distinguem das demais atividades desempenhadas pelo órgão especializado de controle que, neste contexto específico, os argumentos da corrente administrativista perdem grande parte de sua consistência.

vontade de dois órgãos públicos: o órgão que concede o benefício e o Tribunal de Contas do Ente Federativo correspondente, de modo que, a rigor, se o ato “controlado” é praticado com a participação da Corte de Contas, entendemos que não se trata na hipótese de **controle administrativo** propriamente dito, porque, como visto, o controle, sobretudo o externo, pressupõe a distinção do órgão que controle em relação ao órgão que pratica o ato controlado.

²⁴⁸ MS 34.357/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31 de agosto de 2016 em . Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34357.pdf>> Acessado em 31 de agosto de 2016.

²⁴⁹ RE nº 29744/MG e RE nº 848826/DF, cujos termos de julgamento, ainda sem acórdão, estão disponíveis, respectivamente, em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=729744&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=848826&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Ambos acessados em 31 de agosto de 2016.

Outro fato que também se destaca é que muitos autores, seguramente a maioria dos doutrinadores aqui classificados dentro da corrente administrativista, partem de um conceito de jurisdição cunhado por processualistas estrangeiros, dentre os quais se destacam as doutrinas já mencionadas de Chiovenda, Carnelutti e principalmente Allorio, sem, contudo, observar que nos respectivos países de origem desses autores os Tribunais de Contas são todos inequivocamente dotados de função jurisdicional, razão pela qual tais processualistas sequer cogitaram em suas obras adentrar essa discussão.

De maneira geral, os diversos argumentos defendidos, ainda que de forma não unânime, pelos vários autores aqui classificados dentro da corrente administrativista, podem ser sintetizados nos seis argumentos que seguem: 1.) da unicidade da jurisdição, ou inafastabilidade do Poder Judiciário; 2.) da ausência de aptidão para produzir coisa julgada; 3.) da ausência de lide ou outros elementos da relação processual; 4.) da descaracterização da inércia; 5.) da ausência de coercitividade ou autoritatividade; e 6.) da ausência de duplo grau de julgamento.

Partindo, pois, dos principais argumentos que fundamentam as opiniões de cada corrente, os quais serão debatidos nessa ordem em que foram mencionados, cabe ainda discutir, por pertinência temática, algumas comparações oportunas entre o controle externo exercido nos processos de contas e outros institutos ou funções previstas em lei.

4.2. Da unicidade da jurisdição, ou inafastabilidade do Poder Judiciário.

Argumenta-se que a jurisdição no Brasil é una, e foi incumbida pela Constituição de 1988 exclusivamente ao Poder Judiciário, que a exerce através de seus órgãos (juízes e tribunais), de modo que as atribuições dos Tribunais de Contas não poderiam afastar a eventual apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Sem dúvidas esse é o mais importante e mais desafiador argumento da corrente administrativista, que foi suscitado literalmente desde a própria criação dos Tribunais de Contas no Brasil, como ilustra a já comentada reação do Min. Pedro Lessa, através de suas decisões no Supremo Tribunal Federal, órgão, aliás, que foi criado concomitantemente ao Tribunal de Contas da União, com o advento do Regime Republicano. Não por acaso é o único argumento comum a todos os autores que rejeitam a natureza jurisdicional de qualquer decisão proferida pelos Tribunais de Contas brasileiros.

A rigor, o argumento da inafastabilidade da jurisdição resulta na conclusão de que apenas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário têm aptidão para fazer coisa julgada, entretanto, tal aspecto será discutido separadamente, tendo em vista que possui pressupostos teóricos específicos.

A tese fundada na unidade de jurisdição contém em si mesma duas premissas distintas: de um lado, a ideia de que a função jurisdicional decorre da soberania do Estado, razão pela qual só pode ser exercida pelos órgãos investidos dessa função pública. Por este pressuposto, não se poderia, portanto, reconhecer a jurisdição privada. Pela mesma razão alguns autores identificam como um elemento característico da jurisdição a **coercitividade**, ou **autoritatividade**, como expressão dessa soberania, o que redundaria em outro argumento que também será abordado separadamente adiante.

Por outro lado, também implica dizer que mesmo no âmbito do Estado a função jurisdicional é exercida com exclusividade por órgãos específicos, os quais integram o Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, de modo que o argumento contém logicamente, primeiro, a premissa do **monopólio estatal** e, segundo, a de **monopólio judicial** do exercício da função jurisdicional.

Os autores que adotam a primeira premissa ignoram que a jurisdição sequer surgiu originalmente como uma função do Estado, chegando mesmo a anteceder-lo, e que ainda hoje em alguns ordenamentos jurídicos a jurisdição estatal coexiste e concorre com a jurisdição privada. Conforme assevera Ovídio Baptista em sua obra “Teoria Geral do Processo Civil”, embora o pensamento do jurista contemporâneo tende a equiparar o Direito à norma jurídica editada pelo Estado, antes do seu advento a jurisdição era exercida na esfera privada, praticada pelos sacerdotes que revelavam o direito emanado dos deuses, *in verbis*:²⁵⁰

Nos **primórdios da civilização humana, contudo, antes de ser monopólio do estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes**. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana. Nesse estágio de organização social e política, a atividade desenvolvida pelos pontífices, como observa De Martino em relação ao direito romano primitivo, não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional. A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu a posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.

Mesmo assim, conforme ensinam os romanistas, a **atividade jurisdicente do pretor, na fase primordial do direito romano, correspondia substancialmente a uma função legitimadora da defesa privada**, de vez que o direito era, de um modo geral, realizado por seu titular contra o obrigado, e só excepcionalmente, e por iniciativa deste último, nos casos em que se julgasse ofendido pelo exercício arbitrário e ilegítimo do direito, é que o pretor intervinha para julgar lícita ou ilícita a conduta do agente. (grifo nosso)

²⁵⁰ SILVA, O. *op. cit.* p. 57-58.

Também Castillo ressaltou que nem sempre o exercício da função jurisdicional foi monopolizado pelo Estado, mas que este acabou por eventualmente assumir a função, quando suprimiu, em regra, a vingança privada (autotutela), a fim de pacificar os conflitos sociais e manter a ordem, tomando para si a missão de distribuir justiça com imparcialidade.²⁵¹ *In verbis*:²⁵²

(...)sem ignorar que **nem sempre tenha monopolizado o seu exercício**, nem que as suas finalidades possam ser satisfeitas mediante equivalentes jurisdicionais, atualmente devemos partir da existência do Estado para explicar a causa da jurisdição. Proibida, em regra, por aquele a autotutela, pelos gravíssimos perigos que para a paz e a ordem implica, e não cabendo impor de maneira coativa aos litigantes o uso da autocomposição, sob pena de desnaturalizá-la e de exceder os limites que lhe são próprios, **o Estado assume, em consequência, a missão distribuir justiça mediante um terceiro imparcial, ou seja, o julgador.** (grifo nosso)

Na Europa, durante a Idade Média (séc. V ao séc. XV), a jurisdição exercida pelo Estado concorria com a jurisdição da Igreja Católica e das corporações de ofício (guildas e mesteirais), de modo que o poder do Rei se fragmentou de tal forma que “praticamente deixou de existir como atividade do Estado”, sendo reestabelecido o controle estatal da função somente a partir do Renascimento, conforme se depreende da obra de Antônio dos Santos Justo, *in verbis*:²⁵³

(...) **na Idade Média, sob a influência dos processos germânicos e também canônicos, onde havia, no primeiro, a predominância das assembleias e, no segundo, da forte presença de uma autoridade religiosa, a jurisdição praticamente deixou de existir como atividade do Estado.** Por fim, no período do Absolutismo, teria havido a concentração da atividade administrativa e jurisdicional, decorrente da unificação do sistema jurídico num todo coerente, de tal modo que a atividade jurisdicional não era exercida por um poder político próprio e autônomo, antes, ao contrário, era exercida por pessoas de confiança do rei.

Com o Renascimento, porém, tomou corpo a concepção de um Estado forte, centralizador da atividade judiciária, sendo marcantes as influências das ideias dos iluministas, adeptos da teoria do controle social, quando se percebeu a necessidade da jurisdição como atividade estatal. (tradução nossa, grifo nosso)

Assim sendo, a própria origem mesma da jurisdição já evidencia que o **monopólio estatal** não é da essência do instituto, podendo coexistir, no mesmo ordenamento, a jurisdição do Estado e jurisdições concorrentes, religiosas ou privadas, a depender das circunstâncias históricas, razão pela qual se pode concluir que a suposta exclusividade no exercício dessa

²⁵¹ Alguns autores chegam a definir o próprio conceito de estado a partir desse processo histórico, a exemplo de Max Weber, para quem o Estado consiste em “uma entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física”. WEBER, Max. *A Política como Vocação*. In: WEBER, Max. **Ciência e Política, Duas Vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 53-124. E ainda Paulo Bonavides, destacando a acepção sociológica do Estado. In: BONAVIDES, *op. cit.*, p. 78.

²⁵² CASTILLO, *op. cit.* p. 32-33.

²⁵³ JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito Romano privado*, Vol. I, Parte geral. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 269-270.

função, defendida pelos autores aqui classificados como administrativistas, é antes de tudo uma opção política do poder constituinte em dado momento histórico, inclusive verificando-se no Brasil uma experiência de contencioso administrativo durante a regência de D. Pedro II, como observa Francisco Wildo em sua obra.²⁵⁴

Nesse contexto emerge a discussão acerca da natureza jurisdicional da arbitragem. Com efeito, além da Constituição Federal de 1988 já prever a possibilidade de arbitragem no âmbito dos litígios de natureza trabalhista desde a EC nº. 45/2004, que incluiu os §§ 1º e 2º ao art. 114 da Carta Política²⁵⁵, parte significativa da doutrina e dos tribunais superiores já reconheciam natureza jurisdicional às decisões proferidas pelo juízo arbitral mesmo antes de entrar em vigor o Novo Código de Processo Civil, de 2015, tendo em vista a Lei de Arbitragem – LArb. (Lei Federal nº 9.307/1996).²⁵⁶

Acrescente-se, aliás, que o novo *codex* prestigiou ainda mais a jurisdição arbitral, constituída espontaneamente pelos interessados através de um negócio jurídico privado (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), no qual a causa é julgada por pessoa física escolhida pelas partes, o que evidentemente relativiza bastante a premissa do **monopólio estatal** do exercício da função jurisdicional, já que a lei retira da competência do órgão judicial a apreciação do mérito da causa quando as partes houverem convencionado o juízo arbitral, como se depreende dos arts. 42 c/c 337, §5º, do NCPC²⁵⁷, além de prever a sentença arbitral como título executivo judicial.²⁵⁸

²⁵⁴ DANTAS, F. *op. cit.* p. 142-143.

²⁵⁵ CF/1988: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

²⁵⁶ Acerca da matéria, paradigmático o julgamento do Agravo Regimental em sede de homologação de sentença estrangeira, SE nº 5206 AgR, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado em Sessão do Pleno do Supremo Tribunal Federal em 12/12/2001, publicado no DJ no dia 30/04/2004, cujo acórdão consignou, dentre outros pontos: “...A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). **A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem...**” (destacamos).

²⁵⁷ CPC/2015: “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

(...) Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) §5º Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. §6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.”

²⁵⁸ CPC/2015: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral;”

Acerca da natureza jurídica da arbitragem, juristas do escol de Nelson Nery Júnior há muito defendem essa atividade como jurisdição concorrente e alternativa à atividade judicial, conforme se depreende de sua obra de legislação comentada, *in verbis*:²⁵⁹

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de “sentença”, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 475-N IV), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada com fundamento no CPC 475-L, segundo a LArb, art. 33, §3º.²⁶⁰

Ao estudar a arbitragem de forma bastante aprofundada, Joel Dias Figueira Júnior, em uma das três obras publicadas especificamente sobre a matéria, justifica o argumento de a arbitragem tem natureza jurisdicional precisamente porque provê uma solução definitiva da lide que lhe foi submetida a exame, adotando assim as premissas propostas por Carnelutti. De acordo com o autor, *in verbis*:²⁶¹

Além dos requisitos de fundo e forma a serem observados durante a confecção da peça conclusiva do processo (arts. 26, 27, 28, 29 e 32), a sentença arbitral é ato exclusivo do juiz privado, **que traz em seu bojo a autoridade de solucionar definitivamente a lide que lhe foi submetida a exame, com sua eficácia vinculante prescindível da homologação judicial**. Em outros termos, é o que dispõe o art. 31, *in verbis*: ‘a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos as sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.’ (grifo nosso)

Observe-se, por oportuno, que Carnelutti, ao estabelecer o conceito de **lide** como paradigma da jurisdição, aceitava o exercício dessa função fora do âmbito do Estado, o que denominou “equivalentes jurisdicionais”, e mesmo dentro do Estado também reconheceu que esse exercício não estava restrito aos órgãos judiciais, o que o levou a propor a classificação de órgãos **judiciais, mistos e parajudiciais**²⁶², sendo certo, por outro lado, que o Tribunal de Contas conhecido pelo autor italiano em seu país de origem exerce inequívoca função jurisdicional, sem prejuízo de outras funções de natureza exclusivamente administrativa.

²⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.398.

²⁶⁰ No mesmo sentido, reconhecendo o juízo arbitral como forma de “flexibilização da função judicante estatal”, Antônio Pereira Gaio Júnior propõe a arbitragem como delegação da função jurisdicional, cuja possibilidade é proposta como solução para o esgotamento das vias tradicionais de resolução de conflito. Conforme GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Teoria da arbitragem. São Paulo: Rideal, 2012. p.22.

²⁶¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução: análise da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 154-155.

²⁶² Conforme visto no Capítulo 2, p 64-65, do presente trabalho.

Se por um lado a premissa do monopólio estatal do exercício da jurisdição não traz maiores repercussões para a discussão sobre a natureza jurídica do controle exercido pelos Tribunais de Contas, dado que as duas funções podem ser consideradas, em tese, expressão da soberania do Estado, o mesmo não se pode dizer da segunda premissa, de que esse exercício é exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário, pois, como visto, apesar de ter integrado esse Poder durante o período de nove anos em que esteve em vigor a Constituição Republicana de 1937, o Tribunal de Contas na maior parte de sua existência, inclusive na atual Constituição, é disciplinado como órgão do Poder Legislativo (previsto em uma das seções do Capítulo I, do Título IV, da CF/1988), ainda que não subordinado ao Parlamento, tendo em vista que possui competência própria e privativa.

De uma maneira geral há um consenso na doutrina de que a tripartição dos poderes que consta do texto constitucional, refletindo os valores liberais do séc. XVIII difundidos com a Revolução Francesa, não é de toda rígida ou absoluta, daí por que alguns autores defendem a existência, por exemplo, de órgãos autônomos da República, dentre os quais são frequentemente mencionados o Ministério Público e o próprio Tribunal de Contas, de modo que a maioria dos autores admite certa flexibilização da teoria clássica de Montesquieu.

Há, inclusive, quem proponha que a desconcentração do poder político do Estado excede em muito a tradicional tripartição pensada pelos liberais franceses, a exemplo de Cesar Saldanha, para quem o Estado ocidental contemporâneo seccionou de tal forma o exercício do poder político que se poderia falar atualmente em uma hexapartição dos poderes do Estado. Segundo o referido autor, a “crescente especialização” deu origem aos poderes Executivo, Administrativo, Governamental, Legislativo, Judiciário, e o Tribunal Constitucional, como poderes autônomos.²⁶³

Chiovenda, inclusive, há muito tempo advertia que a diferenciação das funções do poder político torna inadequado o critério orgânico, ou subjetivo, para distinção entre a função jurisdicional e as demais funções, *in verbis*.²⁶⁴

A teoria da divisão dos poderes, em suas primeiras aplicações em França, foi entendida em sentido rígido e mecânico: assim, a cada órgão deveria corresponder uma só função e lhe era defeso ingerir na atividade do outro, sequer para sindicá-la ou corrigí-la. (...)

Hoje, porém, se reconhece que isso foram exageros. **À separação conceitual das funções não é possível corresponder uma separação absoluta de poderes.** É de modo aproximativo que se opera a distribuição, no interesse do livre andamento da coisa pública. Órgãos legislativos exercem funções administrativas (provimentos

²⁶³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes.** São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. *Passim*.

²⁶⁴ CHIOVENDA, vol. II, *op. cit.*, p. 17-19.

das Câmaras sobre seu serviço interno; inquéritos parlamentares; deliberações sobre construção de obras públicas...). Órgãos judiciários têm funções administrativas (disciplina, jurisdição voluntária). Órgãos administrativos desempenham funções legislativas (decretos-leis, decretos legislativos, regulamentos delegados) e funções judiciárias (o ministro, por exemplo, em matéria de recrutamento e aduana). (grifo nosso)

O autor propunha a procura de um critério diverso do orgânico para distinguir a jurisdição da administração, a sentença do ato administrativo, e a ação do recurso hierárquico, considerando sobretudo a possibilidade de que um órgão pertencente organicamente à Administração tenha função jurisdicional.

Ao tratar da distinção entre função administrativa e jurisdicional, Alcalá-Zamora y Castillo também corrobora esse entendimento, *in verbis*:²⁶⁵

Porém nem a proximidade a um nem o distanciamento em relação aos outros são tão absolutos que permitam identificar Jurisdição e Poder Judiciário, de tal modo que a primeira apareça *sempre* como atividade *exclusivamente* desenvolvida pelo segundo. Basta uma superficial observação para comprovar em seguida que essa plena coincidência falha e falta em um duplo sentido: a) na existência de atos não jurisdicionais emanados do Poder Judiciário, e b) pelo contrário, no exercício de medidas jurisdicionais pelo Legislativo e Executivo. Em vista disso, é dizer, de que **nenhum dos três poderes se contrai ao desempenho estrito de sua tarefa característica**. (tradução nossa, grifo nosso)

A mesma ressalva tem sido feita entre os autores brasileiros, a exemplo de José Eduardo Carreira Alvim, *in verbis*: “o poder, como expressão máxima da soberania do Estado, é fundamentalmente uno, pelo que a tradicional ‘separação dos poderes’ deve ser entendida no sentido de **divisão funcional** do poder”. (grifo nosso)²⁶⁶

Ainda assim, contudo, o monopólio judicial continua sendo mencionado atualmente por vários autores como obstáculo intransponível ao reconhecimento de exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas, sob a alegação de que a concentração dessa função nos órgãos do Poder Judiciário decorre do princípio da separação dos poderes.

Curioso observar, no entanto, que quando propôs a ideia de separação dos poderes Montesquieu não previu necessariamente a existência de um Poder Judiciário, como corpo específico de órgãos ou agentes, mas sugeriu apenas que, pelo fato de o poder corromper a natureza de quem o exerce, seria necessário que as várias funções de poder fossem desconcentradas.

²⁶⁵ CASTILLO, *op. cit.* p. 33-34.

²⁶⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

Em outras palavras, o filósofo francês defendia que um mesmo agente político não poderia criar as leis e ao mesmo tempo aplicá-las em seu próprio proveito, sob pena de se corromper o próprio poder e se instaurar uma tirania. Concluiu, portanto, que só o poder poderia deter o próprio poder, o que seria alcançado mediante uma “disposição das coisas”²⁶⁷, em ordem a tolher os eventuais abusos. Não significa dizer, por outro lado, que se advogava a necessidade de que a função de aplicar a lei pelo julgamento dos conflitos fosse necessariamente exercida com monopólio por um Poder instituído com essa finalidade específica. Na realidade, de acordo com Bonavides²⁶⁸ o iluminista francês considerava o Poder Judiciário “de certo modo um **poder nulo**”²⁶⁹.

Ao tempo de Montesquieu, aliás, o Poder Judiciário era considerado como mais um serviço público, incluído no âmbito do Poder Executivo, sob o controle do Rei, e só veio a ser reconhecido como um Poder autônomo, ou independente, a partir do início do séc. XVIII, com a ascensão do pensamento liberal.

Segundo Cezar Saldanha a independência do Poder Judiciário nas sociedades ocidentais foi reconhecida pela primeira vez com a aprovação pelo Parlamento inglês do Ato do Estabelecimento, de 12 de junho de 1701. *In verbis*:²⁷⁰

Até o início do século XVIII, a função judicial na Inglaterra estava inserida no Poder do Rei (o *poder executivo lockeano*). O Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701 – aprovado pelo Parlamento para resolver, em definitivo, a encruada questão dinástica britânica, que, pelas circunstâncias da hora ganhara prioridade máxima – colheu a oportunidade para alterar a situação. **Determinou, de modo explícito, que os magistrados conservar-se-iam em seus cargos, não mais enquanto contassem com o beneplácito real (*durante bene placito regis*), mas enquanto demonstrassem zelo no cumprimento de seus deveres funcionais (*quandiu se bene gesserint*).** Os juízes percebiam vencimentos certos e fixados por lei e somente poderiam ser afastados de seus postos por decisão de ambas as Casas do Parlamento. Ademais, as declarações de *impeachment* pelos Comuns foram retiradas do alcance do perdão real. **Nascia no Ocidente – com essa autêntica certidão – o Judiciário como poder independente.** (grifo nosso)

Juan Montero Aroca, por sua vez, observa que a expressão “Poder Judiciário” só foi utilizada em apenas três das muitas Constituições que se sucederam na França, (1791, 1814 e 1848), pois, a partir de então, todas as demais utilizam as expressões “ordem judiciária”, “função judiciária” ou “autoridade judiciária”, de modo que desde 1848 não há mais

²⁶⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 157.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 160.

²⁶⁹ O mesmo sentido, Juan Montero Aroca sustenta que os revolucionários franceses sentiam uma grande desconfiança em face dos tribunais (frente aos *parlements*), porque estes eram identificados com os valores do Regime Absolutista deposto (*ancien régime*), de modo que a autoridade de julgar não se atribuiu, portanto, nem a uma força social nem a uma profissão determinada, mas a um grupo de pessoas eleitas pelo povo por tempo determinado. “Os tribunais não deveriam ser permanentes, mas haveriam de constituir-se somente durante o tempo necessário para solucionar assuntos pendentes. Isto é, tribunais populares e ocasionais.” (tradução nossa) cf.: AROCA, *op. cit.* p. 45.

²⁷⁰ SOUZA JÚNIOR, *op. cit.* p. 53.

referência, naquele país, ao Poder Judiciário. Comentando as mudanças na organização política da França, o autor acrescenta, ainda, que a autonomia judicial sofreu em pouco tempo um duro golpe com o recrudescimento do governo de Napoleão Bonaparte, *in verbis*:²⁷¹

O apoderamento da Justiça realizado por Napoleão, cuja expressão mais clara foi a conversão dos juízes em funcionário nomeados pelo Poder Executivo, resultou tão completa que até a doutrina se apressou a justificá-lo. Os procedimentalistas franceses passaram já a **negar a existência de um Poder Judiciário, e assim Garsonnet falava de dois poderes, o Legislativo e o Executivo**, enquanto que o Judiciário fazia parte necessariamente do segundo, posto que sua função era apenas de aplicar a lei. A teoria dos três poderes – dizia – poderia defender-se em um regime em que os juízes fossem eleitos, mas não seria admissível em um sistema em que corresponde ao Poder Executivo a nomeação daqueles. Mais ainda, no começo deste século dizia Hauriou que o regime democrático exclui o poder de julgar de julgar da lista dos poderes públicos. (tradução nossa, grifo nosso)

O autor cita a Lei de 1810, que se manteve em vigor até o fim da III República, a qual partia da ideia de que a Justiça era um simples serviço público, equiparável a qualquer outro, e os funcionários que o desempenhavam (juízes), eram nomeados e destituídos pelo Ministro de Justiça atendendo a critérios de eficácia no serviço, isto é, a critérios políticos.

Aroca também acrescenta que a defesa da autonomia do Poder Judiciário, ou “autogoverno da magistratura” e da criação de um Conselho Superior de Justiça foi proposta, talvez pela primeira vez na doutrina, por Lodovico Mortara, em obra publicada em 1885, e que a ideia foi amadurecendo ao longo do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, quando se evidenciou a necessidade de se romper com o apoderamento pelo Poder Executivo.

De acordo com o autor aos poucos o âmbito de atuação da jurisdição, inicialmente limitado aos litígios entre os particulares e à imposição das penas (processo penal), foi se ampliando para compreender também a tutela de direitos e liberdades fundamentais, o controle da legalidade da atuação administrativa e da constitucionalidade das leis, de modo que ficou cada vez mais evidente que não se poderia continuar negando a participação desse Poder Judiciário no poder político do Estado, até que este então se converteu em controlador da adequação à lei e à Constituição do exercício dos outros poderes, ficando evidente que não poderia então se submeter a estes.

De modo geral, enfim, mesmo os autores da corrente administrativista admitem ao menos uma exceção ao monopólio judicial da jurisdição: a competência do Senado Federal prevista no art. 52, I e II, da Constituição Federal de 1988, para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, além dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos

²⁷¹ AROCA, *op. cit.* p. 45-47.

membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, inciso I da CF/1988)²⁷², hipótese que hoje se destaca em razão da recente condenação da ex-Presidente Dilma Rousseff.

Considerando, portanto, que nem o monopólio estatal, muito menos o judicial, são essenciais à caracterização da natureza jurisdicional da função exercida, há de se concluir que a distribuição dessa parcela de poder, ou o eventual monopólio do seu exercício por determinados órgãos específicos (juízes e tribunais judiciários), será sempre uma opção do constituinte, variando de acordo com cada país, como, por exemplo, se observa nos países em que há contencioso administrativo, dentre os quais a França, ou nos países que adotam uma jurisdição única, porém com algumas exceções, a exemplo da Itália ou do próprio Brasil.

Se o monopólio estatal da função jurisdicional é uma opção política, obviamente também é o monopólio judicial, e sendo assim, é razoável concluir que o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas é compatível com o texto da Constituição de 1988, a despeito da inafastabilidade prevista no art. 5º, XXXV, tratando-se de mais uma exceção ao monopólio judicial da função, juntamente com a competência nos casos de crimes de responsabilidade (*impeachment*) e da arbitragem.

Como bem observou Evandro Martins Guerra, a garantia constitucional em questão impede que “a lei” exclua ou impeça o acesso do cidadão ao provimento jurisdicional do Poder Judiciário, o que logicamente não implica dizer que a própria Constituição não possa fazê-lo. Nas palavras do autor, *in verbis*:²⁷³

O dispositivo em tela ressalta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo refere-se à **lei infraconstitucional, afinal a Constituição não é a lei**, não se trata como tal. Quando prescreve que a lei não excluirá, significa que ela mesma, **a Constituição, não só pode, como efetivamente afastou matérias da jurisdição do Poder Judiciário**, e o fez expressamente nos artigos 52, I e II, e 71, II. (grifo nosso)

O argumento do autor de que tal limitação não se aplica à própria Constituição pode ser facilmente demonstrado pelas (outras) exceções que o próprio constituinte adotou, tanto o originário quanto o derivado, previstas originalmente ou acrescentadas à Carta Magna, a

²⁷² CF/1988: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.”

²⁷³ GUERRA, E. 2007, *op. cit.*, p. 84-85.

exemplo, respectivamente, da competência em caso de *impeachment* ou da hipótese de arbitragem no âmbito dos litígios de natureza trabalhista, esta última instituída a partir da Emenda Constitucional de nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.

Nesse contexto, a inafastabilidade prevista no dispositivo constitucional mencionado não significa que o mérito de todas as causas necessariamente será apreciado por um órgão do Poder Judiciário, mas sim que a Constituição garante o **acesso ao provimento jurisdicional** pelo órgão competente, ou seja, o direito de obter um julgamento (resolução da lide, ou melhor, remoção da “situação obstáculo”) por um órgão imparcial que decide sobre a pretensão do interessado de forma imperativa, ou definitiva, desde que atendidas as condições para o exercício desse direito de ação (inclusive os denominados “pressupostos processuais”).

Tal garantia, portanto, não corresponde a um necessário julgamento de mérito por um juiz ou tribunal do Poder Judiciário, pois a própria constituição prevê hipóteses em que essa apreciação judiciária é afastada, permanecendo, em todo caso, a função de ao menos assegurar a garantia constitucional do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, assegurado, aliás, independentemente de se tratar de processo jurisdicional ou administrativo, por se tratar de preceito fundamental da Constituição.²⁷⁴

Embora via de regra caiba ao Poder Judiciário o julgamento definitivo de todas as causas, por se tratar da função precípua ou característica desse poder político da República, a apreciação de certas pretensões foi delegada na Constituição a outros órgãos, por distribuição de competência, a exemplo da hipótese de julgamento dos crimes de responsabilidade e do julgamento das contas públicas, observada, na segunda hipótese, a competência *intuitu personae* do Parlamento em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Em razão do necessário equilíbrio ou harmonia entre os Poderes (*check and balance*) previsto no art. 2º da Constituição, o Poder Judiciário sempre preservará o seu papel de guardar a Constituição, isto é, tanto a legítima interpretação das normas constitucionais quanto o seu cumprimento, e, neste contexto, se destaca a função de zelar pela garantia da segurança jurídica e o devido processo legal, o qual compreende, dentre outras garantias, o disposto no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, o qual dispõe, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos** a ela inerentes”.

²⁷⁴ Especificamente quanto ao devido processo legal no âmbito dos Tribunais de Contas, foi editada em 2004 a Súmula Vinculante nº 03 do STF, cujo verbete dispõe: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Ainda que se entenda que os aspectos de legalidade e legitimidade dos atos de gestão sujeitos ao controle sejam sempre passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais, por incidência da garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição, tal raciocínio não poderia se aplicar quanto ao aspecto de **economicidade** do ato que, por expressa disposição constitucional (art. 70, *caput*, da Constituição Federal), compete exclusivamente ao Parlamento, em relação ao Chefe do Poder Executivo, e às Cortes de Contas, em relação aos demais responsáveis pela utilização, guarda, arrecadação, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos.

Tampouco faria sentido adotar uma interpretação extensiva dessa garantia com a finalidade de promover a reapreciação exaustiva de todas as provas já produzidas no processo de contas, já submetidas ao contraditório e à ampla defesa, pois também neste caso o princípio da separação dos poderes, mesmo relativizado, deve preservar tanto quanto possível a essência das atribuições que justificam a própria criação dos Tribunais de Contas, que é de preservar a *accountability*, ou a higidez da administração pública.

O núcleo do controle externo, portanto, consiste na competência para formar um juízo de valor acerca da gestão do administrador público em determinado exercício financeiro, quanto à credibilidade das informações prestadas, o cumprimento das leis orçamentárias e contábeis, e talvez mais importante, quanto à eficiência, ou economicidade, da gestão dos recursos públicos no período considerado.

Trata-se, portanto, de mais uma das exceções previstas na própria Constituição ao **monopólio judicial** da função jurisdicional, juntamente com a arbitragem e a competência para julgar do crime de responsabilidade, estas últimas, aliás, há muito tempo admitidas por parte dos autores da corrente administrativistas como função jurisdicional exercida fora do âmbito do Poder Judiciário.

Essa interpretação é adequada inclusive se recordarmos que o modelo brasileiro é ainda aquele inspirado no italiano, país que também adotou o princípio da unicidade de jurisdição, mas no qual a Corte de Contas é reconhecida como exceção, por se tratar de jurisdição especial.

4.3. Da aptidão para produzir eficácia de coisa julgada.

Argumenta a corrente administrativista que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas não têm aptidão para produzir eficácia de coisa julgada material, ou seja, não podem se tornar indiscutíveis e imutáveis.

Este argumento é um desdobramento do anterior e parte da premissa de que a coisa julgada é da essência da jurisdição, o que corresponde à doutrina de Allorio, assimilada,

dentre outros autores, por Odete Medauar e Fredie Didier Jr., como visto no Capítulo 3 do trabalho. Alguns autores chegam a inverter a ordem do raciocínio, sustentando que a ausência de eficácia de coisa julgada decorre justamente do fato do órgão prolator da decisão não fazer parte do Poder Judiciário.

Ocorre que a premissa de Allorio levaria a um paradoxo, porque com base nela se nega a natureza jurisdicional às decisões proferidas nos processos de julgamento de contas instaurados no âmbito dos Tribunais de Contas sob pretexto delas não terem aptidão para fazer coisa julgada, ao mesmo tempo em que essa mesma eficácia de coisa julgada é negada justamente por essas decisões supostamente não serem jurisdicionais.

Daí por que a doutrina de Allorio e, por extensão, dos autores que aceitaram essa premissa, são bastante criticados sob a alegação de que seria inadequado, ou impróprio, caracterizar a atividade jurisdicional por sua consequência. Com efeito, a eficácia de coisa julgada, ou, nas palavras de Fredie Didier Jr., a “insucetibilidade da decisão ao controle externo”²⁷⁵ são consequências da prestação jurisdicional – a sua eficácia jurídica específica, e, portanto, não podem ser pressuposto da própria função jurisdicional. Essa redundância torna o argumento inconsistente.

Ressalte-se, por oportuno, que o próprio Allorio, ao enfrentar as críticas que à sua doutrina, acabou admitindo que a distinção entre a atividade decisória reside fundamentalmente em que a coisa julgada tem como fim dispor sobre uma relação jurídica controvertida, nos termos da sentença, o que não ocorre com as decisões dos tribunais administrativos **somente porque a lei assim dispõe**,²⁷⁶ ou seja, a conclusão de que a sentença judicial faz coisa julgada, enquanto um julgamento por órgão exclusivamente administrativo não o faz, decorre apenas do fato de que na segunda hipótese haverá sempre a possibilidade de revisão judicial, por opção do legislador.

Nessa perspectiva, uma interpretação sistemática da Constituição, considerando a opção do constituinte originário no contexto histórico de criação dos Tribunais de Contas no Brasil, bem como o caráter especializado da competência dos órgãos de controle externo em matérias de contas públicas, isto é, de administração financeira-orçamentária dos recursos públicos, é perfeitamente compatível com o reconhecimento da natureza jurisdicional das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, no contexto restrito dos processos de contas, pois a Constituição atribui a este órgão competência privativa para por fim a uma relação

²⁷⁵ DIDIER Jr. *op. cit.*, p. 153.

²⁷⁶ ALLORIO, *op. cit.*, pg. 31.

jurídica controvertida (ou potencialmente controvertida), quando envolver a gestão de recursos públicos sujeitos ao controle externo definido.

Portanto, embora o Poder Judiciário possa sempre apreciar a eventual lesão ou ameaça à garantia fundamental do devido processo legal, preservando ainda a última palavra quanto à legítima interpretação dos preceitos constitucionais, isso não descaracteriza a natureza jurisdicional do controle externo nos julgamentos de contas, nem do juízo arbitral instituído pela vontade das partes, nem também o julgamento dos crimes de responsabilidade, pois nestes casos o mérito da causa foi excluído do âmbito do Poder Judiciário, por distribuição de competência.

O mérito, portanto, no julgamento procedido pelos Tribunais de Contas, quanto à matéria específica das contas públicas, é decidido de forma definitiva pelo órgão de controle externo. Aliás, mesmo se a parte interessada provocar o Poder Judiciário com a pretensão de submeter essas decisões à revisão judiciária, a competência privativa prevista no *caput* do art. 70 da Constituição preserva ao menos a função exclusiva das Cortes de Contas de apreciar o aspecto de economicidade do ato sujeito ao controle, cujo teor está logicamente excluída da competência do Judiciário, sob pena de violação do equilíbrio e da harmonia entre os Poderes da República.

Na hipótese de revisão judicial da decisão proferida pelo Tribunal de Contas, ocorre inevitável metalinguagem, pois há sempre redundância entre o “**ato controlado**” (objeto do julgamento nas Corte de Contas) e o “**ato revisado**” (objeto de julgamento no órgão do Poder Judiciário).

Ocorre que a apreciação perpetrada no julgamento das Cortes de Contas compreende necessariamente o mérito do ato administrativo sujeito ao controle, já que a avaliação da eficiência, ou economicidade, do ato controlado, inclui um juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade em que este fora praticado, ou seja, todas as circunstâncias para a sua prática devem ser consideradas com a finalidade de se decidir se no caso concreto a despesa pública atendeu a uma boa relação de custo-benefício.

O julgamento de tal aspecto, portanto, compõe o mérito da decisão do Tribunal de Contas, juntamente com a apreciação dos aspectos de legalidade e legitimidade do ato controlado, de modo que a apreciação judicial não pode alcançar esse núcleo da decisão submetida à revisão, sob pena do órgão judicial se sub-rogar na condição do órgão de controle externo, em evidente violação dos preceitos do art. 70 da Constituição Federal de 1988, daí por que a revisão judicial deve restringir-se aos aspectos de regularidade formal e de observância do devido processo legal.

Acerca da matéria, também defende Evandro Martins Guerra, *in verbis*:²⁷⁷

Nesse sentido, quando se tratar da competência expressa no art. 71, II, da Constituição da República, vale dizer, de sua função jurisdicional, o Poder Judiciário não poderá rever as decisões quanto ao mérito. A revisão judicial das decisões somente se dará quando estiverem contaminadas pelo abuso de poder, excesso de autoridade ou desvio de finalidade. A decisão do Tribunal de Contas, portanto, somente deixará de prevalecer quando houver violação ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade.

No mesmo sentido, e corroborando o argumento de Evandro Martins Guerra quanto à relativização da garantia de inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, defende Raimundo Menezes Vieira, ex-Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal, *in verbis*:²⁷⁸

A competência do Tribunal de Contas para julgar contas – proclama o insigne Ministro VICTOR NUNES LEAL, in *Problemas de Direito Público*, ed. Forense, 1960, p. 231 – **torna prejudicial e definitivo o pronunciamento daquele órgão sobre o fato material do alcance**. A disposição constitucional de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” não é obstáculo a este entendimento, porque, no caso, a redução de competência do Judiciário resulta da Constituição, e não da lei. (grifo nosso)

Observe-se, porém, que a eficácia de coisa material aqui defendida não pode ser interpretada no contexto mais amplo, no sentido de alcançar todos os atos praticados no determinado exercício fiscal objeto da prestação de contas, uma vez que o controle externo é por sua própria natureza fragmentário e amostral, isto é, o juízo de controle, em regra, recai sobre uma proporção limitada das informações contidas na prestação de contas, em razão da impossibilidade material de se exaurir todos os atos praticados no mesmo período.

Assim sendo, o conteúdo da decisão proferida pelo Tribunal de Contas que tem aptidão para produzir a coisa julgada se restringe tão-somente à declaração de regularidade ou de irregularidade sobre a gestão como um todo, a de quitação, quando for o caso, e os demais elementos contidos expressamente na parte dispositiva da decisão, caso tenham sido submetidos a procedimento contencioso com contraditório e ampla defesa, neste caso operando-se em relação aos fatos apreciados a preclusão, do contrário a decisão constituiria uma incompatível presunção de legalidade, legitimidade e economicidade sobre fatos que sejam de fato julgados pela Corte de Contas, a pretexto de formalmente constarem da prestação de contas do exercício financeiro.

²⁷⁷ GUERRA, E. *op. cit.* p. 86.

²⁷⁸ VIEIRA, *op. cit.*, p. 105.

Acerca dessa particularidade da eficácia das decisões proferidas pelos tribunais de Contas, Sérgio Ricardo de Mendonça Salustiano observa, *in verbis*:²⁷⁹

Sob a perspectiva da imutabilidade do comando da decisão, o julgamento de contas ordinárias está apto a formar coisa julgada, no que se refere ao mérito das contas, pois se amolda àquela espécie de decisão administrativa irrevogável e irretratável pela própria administração e, a par disso, não pode ser revisto pelo judiciário, por ser essencialmente de mérito administrativo. São julgamentos insuscetíveis de rediscussão quanto ao conteúdo da declaração que emitem, considerando-se que a anulação administrativa ou judiciária não descaracteriza a coisa julgada, mas apenas a desconstitui.

Contudo, a cognição levada a efeito nos processos ordinários não tem profundidade e alcance suficientes para a formação da autoridade da coisa julgada. São decisões tão-somente irretratáveis pela administração, amparadas em juízos de possibilidade ou probabilidade, não possuindo os atributos necessários, pacificamente considerados pelos autores administrativistas, para o estabelecimento do instituto da coisa julgada, a não ser, em princípio, **para aquelas questões submetidas ao crivo do contraditório, em que há cognição exauriente, e cuja resolução conste do dispositivo da sentença.**

(...)

Assim, no julgamento de contas ordinárias, **o que está sob o manto da imutabilidade é tão-somente a declaração de regularidade ou de irregularidade sobre a gestão como um todo, a de quitação, quando for o caso, e os demais elementos contidos expressamente na parte dispositiva da decisão.** Essa imutabilidade não impede que os pontos e questões que fundamentaram a sentença, mas que não foram objeto da decisão de mérito, que não estão em seu conteúdo, sejam discutidos em outros processos.

Em que pese discordar do referido autor quanto à natureza jurisdicional dessas decisões, ora defendida, não é possível ignorar que a eficácia de coisa julgada, mesmo se considerada apenas a coisa julgada formal das decisões administrativas, não poderia, no caso dos processos de contas, compreender todos os fatos da administração que estão contidos em determinada prestação de contas, pois o controle externo é amparado em juízos de possibilidade ou probabilidade estabelecidos sobre uma amostra dos fatos apresentados, dentre todos os atos de gestão praticados no exercício financeiro-orçamentário do órgão sujeito ao controle, o que torna inviável a cognição exauriente sobre toda a conduta do sujeito responsável nesse lapso temporal.

Semelhante característica quanto aos limites da coisa julgada seria inerente à jurisdição exercida pelo juízo arbitral, para os autores que a aceitam, conforme se depreende de Figueira Júnior, em obra já referida. Observe-se que o mesmo raciocínio se adequa perfeitamente à tese proposta, *in verbis*:²⁸⁰

²⁷⁹ SALUSTIANO, Sérgio Ricardo de Mendonça. A coisa julgada em tomadas e prestações de contas ordinárias. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 514-515.

²⁸⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 259.

Subjetivamente, a sentença proferida perante a jurisdição arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença emanada dos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial (art. 31). A decisão arbitral circunscreve-se aos termos do objeto litigioso descrito no compromisso. Em outras palavras, a sentença arbitral faz coisa julgada material entre as partes exclusivamente (limite subjetivo) e nos contornos da lide fixada no compromisso arbitral (limite objetivo).

Tais considerações acerca do alcance e eficácia das decisões proferidas em sede de processo de contas independem da discussão sobre a natureza jurisdicional dessas decisões, pois mesmo se considerando de caráter exclusivamente administrativo o controle externo teria ao menos eficácia de coisa julgada formal, ou seja, impediria a reapreciação pelos órgãos da administração pública.

4.4. Da lide e outros elementos da relação processual.

A corrente administrativista alega que não se observa em relação às atribuições do Tribunal de Contas os elementos característicos da relação processual, nem da jurisdição: nos processos de contas não haveria partes, nem lide, nem ação, ou ainda, que não há atividade substitutiva do órgão julgador.

Este argumento, defendido principalmente por Alfredo Buzaid²⁸¹ e José Cretella Júnior²⁸² claramente se identifica com a doutrina de Carnelutti, na medida em que procura descaracterizar a natureza jurisdicional do controle de contas ao apontar a ausência de lide e, conseqüentemente, de partes e de **ação de direito processual**.

Em primeiro lugar há que se reconhecer que estão sujeitos ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas quaisquer pessoas, física ou jurídica, pública ou privada, da administração direta ou indireta, que, nos termos do parágrafo único do art. 70 da CF/1988, utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais o ente federativo responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária, com exceção apenas do chefe do Poder Executivo, o qual é julgado pelo respectivo Parlamento, com o auxílio da Corte de Contas que apenas nesta circunstância elabora parecer técnico opinativo.

Mesmo que o julgamento do Tribunal de Contas recaia sobre as contas anuais de um determinado ente público da administração direta ou indireta, não é possível abstrair totalmente o interesse pessoal subjacente, na medida em que os atos de gestão do patrimônio público são sempre praticados pelo administrador ou pessoa diretamente envolvida em cada

²⁸¹ BUZOID. *op. cit. Passim*.

²⁸² CRETELLA JÚNIOR. *op. cit. Passim*.

ato sujeito ao controle, de modo que haverá sempre um julgamento sobre a conduta de um ou mais indivíduos, daí por que, aliás, se deve preservar sempre o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos de controle de contas, conforme dispõe a mencionada Súmula Vinculante nº 03 do STF.

Acrescente-se, ainda, que o Tribunal de Contas foi instrumentalizado na Constituição e nas normas infraconstitucionais com diversos meios de sanção cabíveis, que podem variar desde a condenação ao ressarcimento ao erário, inclusive compulsório, até a imputação de multas pecuniárias e mesmo a aplicação de restrições aos responsáveis para contratar com a administração pública, conforme o caso, de modo que o controle exercido pelo tribunal nos processos de julgamento de contas de gestão sempre envolve o interesse subjetivo das pessoas sujeitas ao controle.

No processo de contas a pessoa sujeita ao controle terá sempre a pretensão de segurança quanto à probidade ou conformidade dos atos de gestão praticados em determinado ano fiscal, em relação aos quais só se exime de responsabilidade depois que as contas prestadas forem apreciadas quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade pelos órgãos de controle externo.

Trata-se, na hipótese, de um obstáculo posto pela lei para salvaguardar os recursos públicos geridos pelo administrador público ou particular, tendo em vista a relevância desses bens jurídicos e a indisponibilidade do interesse público,²⁸³ razão pela qual o constituinte, ao instituir o sistema de controle externo, dispôs sobre o Tribunal de Contas com competência privativa para exercer tão importante função.

A pretensão na espécie é de garantia da higidez das informações e de uso adequado dos recursos públicos (*accountability*), verificando-se a tutela jurídica com a finalidade de acautelar o patrimônio público, não apenas pelo risco de danos, ou desvios, mas também para garantir informações confiáveis e evitar ou coibir a má gestão, ou seja, gestão ineficiente ou antieconômica, a qual obviamente não atende ou interesse público.

Assim sendo, como bem destacado na obra de Monique Cheker, as relações jurídicas que são submetidas ao controle “carregam uma carga de potencial litigiosidade.”²⁸⁴ mesmo quando não há contencioso, à semelhança do que ocorre com os processos judiciais de jurisdição voluntária.

Aliás, o julgamento das contas de gestão pelos Tribunais de Contas muito se assemelha ao processo **judicial** de prestação de contas a que se referem o art. 1.755 do

²⁸³ DANTAS, F., *op. cit.*, p. 175.

²⁸⁴ CHEKER, *op. cit.* p. 91.

Código Civil de 2002 e arts. 550 e 763 do Código de Processo Civil de 2015²⁸⁵, a que estão obrigados os tutores ou curadores de incapazes ou ainda, ao processo de prestação de contas eleitorais previsto no art. 30 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997)²⁸⁶.

Vale acrescentar que, havendo indícios de irregularidades durante a prestação de contas, o processo se converte em Tomada de Contas Especial – TCE²⁸⁷, instaurando-se um procedimento administrativo de instrução no âmbito do próprio órgão de origem em que esses indícios foram detectados, o que mais uma vez demonstra que, assim como no processo judicial, existe uma pretensão na relação processual instaurada perante o Tribunal de Contas, seja a pretensão pela remoção de um obstáculo posto pela lei (tomada e prestação de contas – jurisdição voluntária), seja pelos órgãos titulares do patrimônio gerido (tomada de contas especial – jurisdição contenciosa).

Nesse contexto, considerando que a prestação de contas corresponde a um dever do sujeito descrito no art. 70 da CF/88, resta caracterizada, de um lado, uma relação jurídica de direito material entre o Estado e a pessoa sujeita ao controle (administrador dos recursos públicos) que se opera, por exemplo, quando a prestação de contas se faz no âmbito do controle interno de cada órgão da administração direta ou indireta.

A relação jurídica processual, de direito público, no processo de contas, apresenta portanto os elementos considerados essenciais por Carnelutti (no caso, a justa composição da lide), bem como os institutos aceitos na doutrina da trilogia estrutural do processo proposta por Podetti, ou seja, se verifica na hipótese a relação entre Jurisdição, a Ação e o Processo.

As partes correspondem ao administrador que tem o dever de prestar contas (sujeito passivo da relação processual) e o Ente Federativo titular do direito tutelado (sujeito ativo da

²⁸⁵ No Código de Processo Civil de 2015, a “Ação de Exigir Contas” está prevista no Livro I “do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, Título III “dos procedimentos especiais”, capítulo II “da ação de exigir contas”, arts. 550 a 553.

Por sua vez, no Código de Processo Civil anterior, de 1973, o procedimento era previsto no Livro IV “dos procedimentos especiais”, Título I “dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa”, Capítulo IV “da ação de prestação de contas”, disciplinado nos arts. 914 a 919.

²⁸⁶ Lei nº 9.504/1997: Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo:

I - pela aprovação, quando estiverem regulares;

II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade;

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade...

²⁸⁷ No âmbito do TCU, a instauração de Tomada de Contas especial está prevista no art. 8º, o qual dispõe: “Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União (...) da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o **Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.**

relação processual), sendo o Tribunal de Contas o órgão imparcial em face do qual é instaurado o processo e exercida a pretensão, como ocorre, por analogia, no processo judicial de prestação de contas eleitorais de partidos políticos e candidatos em campanha²⁸⁸. Com efeito, os dois processos guardam notáveis semelhanças.

Assim como o processo de contas nos Tribunais de Contas, o processo de prestação de contas eleitorais também pode ser considerado uma jurisdição voluntária, com potencial litigiosidade, no qual a pretensão da parte consiste em retirar um obstáculo criado pela lei, ao tutelar, no primeiro caso, a higidez da administração dos recursos públicos, e, no segundo, a transparência no processo de financiamento de campanhas eleitorais, já que a de aptidão para recebimento de quotas do Fundo Partidário, no caso dos partidos, ou para recebimento do diploma, no caso dos candidatos, passa a ficar condicionado à atuação da Justiça Eleitoral.

Nas duas hipóteses o processo é instaurado pelo sujeito que tem o dever de prestar contas, e a relação processual não possui polo passivo, sendo o ente federativo o titular do direito juridicamente tutelado. Essa titularidade pode ser facilmente demonstrada pelo fato de que tanto o dever de ressarcimento ao erário quanto as multas aplicadas pelos Tribunais de Contas são executadas pelo Ente Federativo correspondente e em seu próprio proveito, de modo que as Cortes de Contas sequer participam da execução nestes dois casos.

Nessa perspectiva fica claro que o Tribunal de Contas não é parte da relação jurídica de direito material que há entre o administrador e o Estado, assim como a Justiça Eleitoral não é na relação entre o candidato/partido e a sociedade, não tendo, portanto, interesse na lide, pois no processo de “jurisdição voluntária” o órgão jurisdicional atua apenas para assegurar a tutela jurídica desses interesses, que por sua relevância a Constituição ou a lei prestigiou com essa especial proteção, inclusive com a intervenção, ao longo do julgamento, de representante do Ministério Público, daí por que **junto** ao Tribunal de Contas a Constituição de 1988 também previu um Ministério Público especializado.

Outro aspecto que também aproxima as duas hipóteses é que em ambas o processo de prestação de contas é uma forma de controle jurídico-político do poder, isto é, o órgão jurisdicional (Corte de Contas ou Justiça Eleitoral) empresta legitimidade, através do procedimento, ao exercício do poder político. No primeiro caso se verifica o interesse

²⁸⁸ Lei 9.504/1997. Art. 24-C. O limite de doação previsto no § 1º do art. 23 será apurado anualmente pelo Tribunal Superior Eleitoral e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§1º - O Tribunal Superior Eleitoral deverá consolidar as informações sobre as doações registradas até 31 de dezembro do exercício financeiro a ser apurado, considerando:

I – as prestações de contas anuais dos partidos políticos, entregues à Justiça Eleitoral até 30 de abril do ano subsequente ao da apuração, nos termos do art. 32 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995;

II – as prestações de contas dos candidatos às eleições ordinárias ou suplementares que tenham ocorrido no exercício financeiro a ser apurado.

indisponível em zelar pelo patrimônio público, enquanto no segundo o bem jurídico tutelado é a própria democracia, ressalvando-se que os recursos obtidos do Fundo Partidário também caracterizam recurso público.

A diferença fundamental é que na prestação de contas eleitorais a pretensão é exercida perante órgão do Poder Judiciário, e o objeto da prestação de contas compreende a gestão de patrimônio público (Fundo Partidário) e privado (doações de campanha). O bem jurídico tutelado, como dito, é a própria democracia, considerando o interesse dos cidadãos em saber a identidade dos doadores de campanha e o volume de recursos obtidos pelo partido político ou candidato, a fim de se preservar inclusive a legitimidade do mandato eletivo.

No que diz respeito à natureza jurídica do processo de prestação de contas eleitorais, observe-se, apesar de não ser o objeto específico do trabalho, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral em sede do Recurso Extraordinário nº 591.470/MG, interposto pelo Senador Aécio Neves, no qual se discute a natureza jurisdicional desse processo, no exercício do juízo de admissibilidade quanto ao cabimento de recurso especial na prestação de contas eleitorais, rejeitado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais justamente sob o fundamento de se tratar de processo de natureza exclusivamente administrativa.

Esta controvérsia, sobre a qual não nos cabe aprofundar por fugir aos propósitos da pesquisa, levou a uma posterior alteração da redação do art. 30 da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), com a inclusão do §6º ao dispositivo legal, cuja redação, dada pela Lei nº 12.034/2009, provavelmente com a colaboração do Senador interessado, prevê expressamente o cabimento de recurso especial ao Superior Tribunal Eleitoral – TSE, corroborando a tese de que esse processo também tem natureza jurisdicional.

Por fim, curioso observar que o §3º do art. 30 do referido diploma legal, que trata do julgamento das contas eleitorais, prevê que o órgão judicial requirite técnicos dos Tribunais de Contas dos três entes federativos “pelo tempo que for necessário” a fim de colaborar com a instrução e julgamento do processo de prestação de contas eleitorais, o que na verdade não é nenhuma coincidência, dadas as semelhanças entre as funções desempenhadas nos dois casos, aqui ressaltadas.

4.5. Da inércia e imparcialidade.

Este argumento em parte poderia ser considerado como a ausência de um dos elementos da relação processual, a depender do autor, porém os seus fundamentos específicos justificam que seja analisado de forma separada. Trata-se da ideia difundida principalmente

por José Cretella Júnior²⁸⁹ de que os Tribunais de Contas não seriam imparciais, nem obedeceriam o princípio da inércia, pois a lei expressamente determina que instaure de ofício o procedimento próprio de sua atividade de controle quando os agentes a eles sujeitos deixam de prestar contas no tempo devido (norma prevista no §1º do art. 8º. da LOTCU²⁹⁰).

No que se refere ao princípio da inércia, há que se observar que, de um lado, as duas espécies de processo de contas (a prestação e tomada de contas ordinária e a tomada de contas especial) **em regra são instaurados por iniciativa da pessoa interessada**, já que a prestação de contas constitui um dever da pessoa responsável, conforme se depreende do parágrafo único do art. 70 da CF/88, o qual dispõe que “**Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos...” (destacamos).

Mesmo no caso da tomada de contas especial, o *caput* do art. 8º da LOTCU é muito claro no sentido de que a iniciativa de deflagrar o processo de contas, quando verificado indício de prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico em regra geral cabe à “autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária”, ou seja, o gestor do órgão público ou ente da administração público indireta **tem o dever de adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial** para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. No mesmo sentido, prevê o art. 50, III, do mesmo diploma legal, que o órgão de **controle interno** deve “alertar formalmente” a autoridade competente quando identificar indícios de ocorrência dessas irregularidades, para que **esta última a instaure**.²⁹¹

Assim sendo, em regra geral a instauração do processo de contas é de iniciativa da pessoa responsável, ou interessada, que tem o dever de prestar contas, sendo exceção a instauração de ofício do processo, embora esta ocorra não apenas na hipótese do referido §1º do art. 8º do TCU, mas também quando os indícios de irregularidade são identificados durante procedimento de fiscalização direta promovida pelos órgãos de apoio dos Tribunais de Contas

²⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*

²⁹⁰ Lei nº. 8.443/92: “Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, **a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária**, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, **o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.**” (destacamos)

²⁹¹ Lei nº. 8.443/92: “Art. 50. No apoio ao controle externo, os órgãos integrantes do sistema de controle interno deverão exercer, dentre outras, as seguintes atividades: (...) III - **alertar formalmente a autoridade administrativa competente para que instaure** tomada de contas especial, sempre que tiver conhecimento de qualquer das ocorrências referidas no *caput* do art. 8º desta Lei.” (destacamos)

(art. 47 da LOTCU) ou até mesmo quando há denúncia de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º da CF/1988 e *caput* do art. 8º da LOTCU).

Observe-se que, embora o Tribunal de Contas realize ações de fiscalização direta (ex. auditorias, fiscalização *strito sensu*, registro de atos de aposentadorias etc.) cuja natureza jurídica é de caráter estritamente administrativa, há que se destacar que desses procedimentos não participam os Ministros ou Conselheiros, os quais se revestem das mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos magistrados (art. 73, §3º, da Constituição Federal de 1988), já que os órgãos de controle externo possuem Auditores e corpo técnico (normalmente denominado Secretaria de Controle Externo) que desempenham essa função.

Vale ressaltar que os Auditores, ao contrário, não se revestem das características funcionais dos magistrados judiciais e não observam, portanto, o princípio da inércia, muito pelo contrário (salvo quando àqueles substitui, na forma da lei). Os Auditores do Tribunal de Contas fiscalizam os contratos públicos por iniciativa própria, e só passam a se assemelhar aos ministros/conselheiros em casos específicos, constituindo, em verdade, carreiras distintas.

O resultado das auditorias e fiscalizações constam de processo de tomada de contas especiais que tramita separadamente das respectivas prestações de contas ordinárias anuais do órgão, e quando concluídos esses processos são absorvidos no processo de prestação de contas, no qual passam a constituir parte da instrução do feito, mas em ambos os casos os Ministros ou Conselheiros de Tribunal de Contas são participam da instrução, apenas do julgamento, com a participação do Ministério Público de Contas.

Assim sendo fica preservada como regra geral a inércia do órgão de controle externo, que teoricamente só atua de ofício quando há omissão da autoridade administrativa competente, ainda que na experiência prática a proporção entre a quantidade de processos de tomada de contas especiais em relação ao número de processos de prestação de contas ordinárias não seja necessariamente menor, nem caracterizem necessariamente uma ocorrência incomum. Tais exceções, contudo, não descaracterizam a inércia natural do órgão de controle.

Por outro lado também no processo judicial se observam exceções ao princípio da inércia, quando o órgão judicial provoca de ofício o procedimento próprio de sua atividade, a exemplo do NCPC em seu art. 536 (medidas coercitivas para efetivação do cumprimento de sentença de tutela específica); art. 730 (alienação judicial de coisa depositada); art. 738 (arrecadação de bens do *de cuius* em caso de herança jacente) e art. 977, I, c/c art. 986, também do NCPC (revisão de ofício de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR). No CPP podemos citar o art. 321 (liberdade provisória independentemente de *habeas*

corpus) e do *habeas corpus* de ofício, aceito há muito tempo na doutrina e na jurisprudência, além das medidas protetivas *ex officio* previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, dentre outros exemplos.

Demonstrado assim que o princípio da inércia também se aplica aos Tribunais de Contas, mais fácil ainda é concluir pela imparcialidade do órgão, até justamente por isso que a instituição se constitui em **controle externo**, isto é, não se encontram as Cortes de Contas na mesma estrutura orgânica do órgão ou agente controlado, ficando de fora da estrutura hierárquica que poderia obstruir ou dificultar a sua atuação.

Justamente para preservar essa imparcialidade a CF/1988 estendeu aos membros do Tribunal de Contas as mesmas “garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens” dos membros do Poder Judiciário, inclusive quanto às aposentadorias e pensões (art. 71, §3º da CF/1988). Essa equiparação inclusive já nas Constituições anteriores, quando o órgão já era previsto como parte do Poder Legislativo, o que levou o STF a editar a Súmula nº 42, a qual dispõe: “É legítima a equiparação de juízes do Tribunal de Contas, em direitos e garantias, aos membros do Poder Judiciário.”.

Não apenas quanto aos membros a Constituição preservou autonomia e imparcialidade, pois o disposto no *caput* do seu art. 73 garante aos Tribunais de Contas quadro próprio de pessoal e a capacidade de se auto-organizar e auto-regulamentar, quando lhes estendeu expressamente as atribuições previstas no art. 96 da CF/1988.

Além disso, a forma de nomeação dos membros dos Tribunais de Contas é semelhante à nomeação nos tribunais judiciários superiores, por nomeação direta, obedecidos os requisitos do §1º do art. 73 da CF/1988: idade mínima, idoneidade moral e reputação ilibada, notório conhecimento e mais de dez anos de exercício de função ou efetiva atividade profissional na área de atuação, com a diferença de que o conhecimento necessário ou adequado para o provimento do cargo não se restringe ao jurídico, mas também o contábil, econômico, financeiro ou de administração pública.

4.6. Da coercitividade ou autoritatividade.

Segundo os autores da corrente administrativista, muito embora as decisões dos Tribunais de Contas que resultem em imputação de débito ou multa tenham eficácia de título executivo, conforme previsto no art. 71, §3º da Constituição Federal de 1988, as Cortes de Contas não são capazes de promover por si mesmas a execução de suas próprias decisões, sendo carente de **autoritatividade** ou **coercitividade** que seriam características dos órgãos do Poder Judiciário.

Esse argumento, longe de ser um consenso na doutrina, é citado, dentre outros, por Francisco Wildo, e parte do princípio de que não há jurisdição sem *imperium*, ou seja, sem o poder de tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões, daí por que não seria possível reconhecer tal atributo aos Tribunais de Contas, já que para executar os seus julgados os órgãos de controle externo dependem do Poder Judiciário.

Como ensina Ovídio Baptista²⁹², na Roma antiga a função que hoje identificamos como jurisdição era exercida de forma fracionada entre dois órgãos distintos, os **magistrados** que exerciam a *iurisdictio*, ou “jurisdição propriamente dita” e os **pretore**s que exerciam o *imperium*, que consistia no poder de ordenar e executar.

Aos primeiros competia exclusivamente a função de **declaração do direito**, e a sua atividade era desenvolvida através de um procedimento ordinário, a *ordo judiciorum privatorum*. Durante o período clássico apenas essa atividade era considerada como autêntica jurisdição (*iurisdictio*), e o direito de ação exercido perante o magistrado denominava-se *actio*, e era um instituto de defesa dos interesses privados.

Aos pretore, por sua vez, era defeso reclamar diretamente a existência de um determinado direito, e a sua atuação compreendia, além do conhecimento da matéria de fato, o exercício do *imperium*, isto é, atividades coercitivas, ou **autoritativas**, que interferiam diretamente na esfera do interesse privado das partes. Dentre as atribuições desempenhadas pelo pretor se destacavam a *interditcta* (interditos), as *stipulationes praetoriae*, a *restitutio in integrum*, a *missio in possessionem* (imissão de posse). Segundo Ovídio Baptista, *in verbis*:²⁹³

Como hoje se sabe, havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a *actio* e os *interditcta*, além de outros meios extraordinários, como os últimos, como as denominadas *stipulationes praetoriae* e a *restitutio in integrum*, tidos estes porém, especialmente os interditos, como providências de natureza administrativa, exercidas pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição.

A doutrina neste particular é pacífica e praticamente unânime, podendo dizer-se que as raras opiniões divergentes, como é o caso de Giuseppe Gandolfi, em sua obra sobre processo interdital (*Contributto allo studio des processo interdittale romano*, 1955), apenas confirmam a unanimidade e mostram que, para a doutrina mais antiga – especialmente para os romanistas do século XIX, que é aquela que ora nos interessa –, somente o processo da *actio*, que se desenvolvia através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, possuía natureza jurisdicional.

(...)

Embora mostre que, no direito romano primitivo, o conceito de *iurisdictio* talvez fosse mais amplo do que em direito romano clássico, Francesco De Martino, em obra clássica sobre o tema, indica inúmeros textos, particularmente do *Digesto*, para mostrar que, a partir de um determinado momento da evolução do instituto, especialmente no período clássico, o campo da *iurisdictio* compreendia

²⁹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17-18.

²⁹³ *Ibidem*.

exclusivamente a função de *declaração do direito*, excluídas, portanto, dela todas as demais atribuições desempenhadas pelo pretor tais como as *stipulationes praetoriae*, os interditos, a *restitutio in integrum*, a *missio in possessionem* etc.

(...)

Esta concepção estreita de jurisdição, como simples *declaração de direitos*, estava firmemente consagrada em direito romano, como consequência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, de modo que a jurisdição acabou sendo limitada ao *procedimento ordinário* – o procedimento do *ordo iudiciorum privatorum* –, dado que o pretor romano que “può dirigere, constringere la voluntà del cittadino com la minacia di gravi sanzioni come missio, pignoris capio, multae discio” – não pode ele próprio reclamar diretamente a existência de um determinado direito.

Esta concepção restritiva da jurisdição, circunscrita à atividade do magistrado (*iurisdictio*), foi observada no período do Direito Romano Clássico. Porém, em determinado momento ainda da civilização romana antiga, se passou a exercer *iurisdictio* com *imperium*, como explica Carlos Costa, *in verbis*:²⁹⁴

Nem no direito público romano a jurisdição se revelou tão específica, exclusiva e clara como pretende o ilustre administrativista, e essa singularidade é bem acentuada pelo eminente Ministro Moreira Alves, ao firmar na História das Instituições do Direito Romano: “Em Roma, o conceito de *iurisdictio* é muito controvertido, e constitui um problema até hoje não resolvido satisfatoriamente”²⁹⁵. No processo romano distinguiam-se as duas fases, *in iure* e *in iudicium* mas essa particularidade não autoriza afirmar que a jurisdição (julgar, no sentido técnico da palavra) só fosse manifestada pelo juiz e jamais pelo magistrado. Essa divisão do juízo foi característica exclusiva do procedimento *civil* romano em seus primórdios, mas a *iurisdictio* com *imperium*, ou *imperium mixtum* existiu no direito romano em toda a sua evolução. **O magistrado com *imperium mixtum* não praticava apenas atos de administração; respeitava a liberdade de consciência e de convicção de juiz, vigiava-o permanentemente, pois este permanecia um instrumento seu, durante todo o decurso do processo.** “O pretor e o magistrado em geral não deixam, uma vez nomeado o juiz, de interessar-se por ele na direção da causa, sobre cuja marcha conservam sempre o direito de alta vigilância, ainda *in iudicio*”, consoante assinala Scialoja.²⁹⁶ Portanto, não há certezas quanto à sublimada ortodoxia da jurisdição romana, mesmo *in iudicium*. Acresce, também, segundo acentua o ilustre mestre italiano, ao estudar o “Procedimento Civil Romano”, que do primitivo ordenamento da jurisdição, até o direito Justiniano, **muitas magistraturas especiais foram criadas e entre elas merece nossa atenção especial a *ordem de magistrados financeiros***, que julgavam em *matéria financeira*, sobretudo quando surgiam questões públicas relativas às rendas do Estado cedidas em contrato.²⁹⁷ **Essas jurisdições foram desempenhadas pelos *censores* e *questores* que, além de participarem da administração financeira, julgavam também sobre contratos de direito público. Tratava-se de jurisdições especiais, distintas das jurisdições ordinárias, mas nem por isso deixavam de conhecer das pretensões e realizar o direito.** (destacamos)

²⁹⁴ COSTA, C. *op. cit.* p. 12.

²⁹⁵ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol. I, 3ª Ed. p 207.

²⁹⁶ Vittorio Scialoja, Procedimento Civil Romano, 1954, p. 258-259.

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 112.

Como foi demonstrado no Capítulo 2 do trabalho²⁹⁸, a doutrina de Carnelutti originalmente também circunscreve a jurisdição à atividade limitada à declaração do direito, daí por que o autor italiano rejeitava a natureza jurisdicional do processo de execução. Por esta perspectiva, portanto, a coercitividade, ou autoritatividade, nem sequer seria essencial à função jurisdicional. Exatamente por este motivo, ao criticar a doutrina de Carnelutti, Carlos Costa defendeu que a distinção entre *iurisdictio* e *iudicium* não seria mais adequada, nos dias de hoje, para caracterizar a natureza da jurisdição, chamando a atenção ainda para o fato de que a Roma Antiga já conhecia um corpo de magistrados especiais de contas, formado pelos *censores* e *questores*.²⁹⁹

No mesmo sentido, Francisco Wildo também entende que o conceito moderno de jurisdição incorporou os dois aspectos da jurisdição primitiva, de modo a envolver não só a *actio* como também as *interdicta*, razão pela qual atualmente uma das características intrínsecas da função jurisdicional consiste nas prerrogativas de executar, coagir e de adotar medidas de natureza cautelar. Assim dispõe o autor, *in verbis*:³⁰⁰

Considera-se a jurisdição, no mundo moderno, de modo diverso ao que era tratada em Roma antiga. (...) no antigo direito romano, havia a insuperável distinção entre jurisdição, de caráter privado, provocado pela *actio*, que tinha por objetivo obter um pronunciamento – um acertamento – a respeito do direito que se discutia em juízo, e o *imperium*, de que fazia parte o poder de ordenar, de executar, de que resultava a distinção feita por eminente romanista espanhol, catedrático de Direito Romano da Universidade de Salamanca, PABLO FUENTESECA, entre julgamento e ordem:

“a) a oposição entre *jurisdição* e *poder*, o que equivale a dizer que entre julgar e ordenar;

b) a separação entre *direito* e *fato*, entre *dictum* e *factum*, que ainda perdura na doutrina moderna;

c) a redução da *iurisdictio* apenas ao procedimento da *actio*, com a indeclinável *dare oportere*, inerente às *actiones in personam*;

d) as decisões sobre o *factum* ou *vis* achavam-se fora da jurisdição, integrando o *imperium* do pretor. Não havia *decisão sobre direito*, apenas sobre fato. Quanto ao direito, havia julgamento, não decisão, enquanto ato de vontade”.

(...)

Penso, por fim, que **o conceito moderno de jurisdição está centrado no exercício do imperium pelo Estado-juiz**, o que bem revela a correção da definição que a vê como aplicação autoritativa do direito, de modo a envolver não só a *actio* como também as *interdicta*. (destacamos)

Conforme já pudemos comentar³⁰¹, bem como do que se depreende da opinião supracitada, o conceito de **autoritatividade** adotado por Francisco Wildo é mais amplo do

²⁹⁸ Remete-se o leitor à p. 63.

²⁹⁹ Não por acaso, na oportunidade em que analisamos a origem dos Tribunais de Contas, esses corpos de magistrados antigos foram identificado como protótipos, ou raízes históricas, dos Tribunais de Contas modernos presentes em alguns países ocidentais. Remete-se o leitor à p. 13-14.

³⁰⁰ DANTAS, F., *op. cit.* p. 113-114.

³⁰¹ Remete-se o autor ao capítulo 2 do presente trabalho.

que a mera **coercitividade**, compreendendo também a imutabilidade da decisão (eficácia de coisa julgada, já comentada no item “4.3.” do presente capítulo).

Ocorre, porém, que a **autoritatividade**, entendida neste contexto como a capacidade de coagir e de fazer cumprir a própria decisão, não é uma característica exclusiva da função jurisdicional, pois o ordenamento admite tanto hipóteses de execução direta de direito privado (ex. legítima defesa, retenção de bagagem para cobrança das despesas de hospedagem, defesa da posse em caso de esbulho) quanto de direito público (encampação, apreensão de mercadorias, cassação de licenças etc.).

Neste último caso trata-se dos institutos da **imperatividade** e da **auto-executoriedade**, que na doutrina são denominados atributos do ato administrativo. Especificamente em relação à auto-executoriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta, *in verbis*:³⁰²

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a **exigibilidade**, que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a **executoriedade**, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da **exigibilidade**, a Administração se utiliza de **meios indiretos** de coerção, como multas ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na **autoexecutoriedade**, a Administração emprega **meios diretos** de coerção, compelindo **materialmente** o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação de emergência que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade.

Assim, pois, mesmo quem rejeita totalmente a natureza jurisdicional das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas admite ao menos a auto-executoriedade administrativa como um dos seus atributos. Aliás, a maior parte das sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas são executadas diretamente pelo órgão, independentemente desta ter se originado em processo de contas ou em procedimento de fiscalização direta, sem necessidade de provocação do Poder Judiciário, com a única exceção exatamente da condenação de caráter pecuniário prevista no referido art. 71, §3º, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual o argumento em questão somente se aplicaria em relação à essa eficácia específica de algumas decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, dentre as várias possíveis.

³⁰² DI PIETRO, *op. cit.* p. 194.

Com efeito, as decisões emanadas das Cortes de Contas possuem consequências bastante diversificadas, cuja eficácia compreende desde a **declaração de inidoneidade** para contratar com a administração pública, no caso de empresas que praticarem fraude à licitação (art. 46, da LOTCU³⁰³); a **proibição de ocupar cargo público** ou função de confiança na Administração (art. 60, da LOTCU³⁰⁴), a **inelegibilidade** para cargo eletivo (art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei da Ficha Limpa)³⁰⁵; e, por fim a condenação em caráter pecuniário, que compreende o eventual dever de ressarcimento de dano ao erário e a multa aplicada pela Corte de Contas.

Por outro lado, mesmo a execução desta sanção de caráter pecuniário nem sempre depende necessariamente da provocação de órgão judicial, uma vez que a LOTCU dispõe sobre a possibilidade de execução direta, pela Corte de Contas, para satisfação do débito, através de desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente,³⁰⁶ de modo que a propositura de execução perante o Poder Judiciário só é necessária quando a pessoa responsável pelo dano não é servidor nem empregado público, ativo ou aposentado, do ente federativo lesado.

No que diz respeito à multa imputada pelo Tribunal de Contas, importante destacar que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU (Lei nº 8.443/1992) bem como o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União – RITCU (Resolução TCU nº 246/2011), disciplinam a sua aplicação, prevendo duas espécies distintas de multa, a saber: a **primeira**, prevista no *caput* do art. 57 da LOTCU, que deve ser imputada “quando o responsável for julgado em débito”, no valor de até 100% (cem por cento) do valor atualizado

³⁰³ LOTCU: “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

³⁰⁴ LOTCU: “Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.”

³⁰⁵ Como referido à p. 119 do presente trabalho, recentemente o STF decidiu que essa decisão em relação ao Prefeito Municipal não se aplica, mas permanece os efeitos em relação a todos os outros administradores públicos, que estejam abaixo do Chefe do Poder executivo na estrutura hierárquica do Estado, como Ministros, Secretários estaduais ou Municipais, presidentes de autarquias, fundações ou empresas públicas etc., gerentes, superintendentes etc., os quais são julgados diretamente pelos Tribunais de Contas

³⁰⁶ LOTCU: “Art. 28. Expirado o prazo a que se refere o *caput* do art. 25 desta Lei, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:

I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou

II - autorizar a cobrança judicial da dívida por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma prevista no inciso III do art. 81 desta Lei.”

do dano causado ao Erário; e a **segunda**, prevista no *caput* do art. 58 da LOTCU, que cabível em função das diversas condutas discriminadas nos incisos I a VII do artigo, cuja graduação é disciplinada pelo art. 268 do RITCU, nos termos do §3º do aludido art. 58 da Lei.

As duas espécies, no entanto, são cabíveis independentemente da sua hipótese de incidência ter ocorrido durante procedimento de fiscalização direta da Corte de Contas ou em sede de processo de contas, pois a legislação pertinente não faz essa distinção.

Em respeito a essa segunda multa, interessante observar que, ao contrário da primeira, para a sua configuração não é imprescindível, em regra, que a conduta do infrator tenha causado dano ao Erário. Com efeito, com exceção do inciso III do art. 58 da LOTCU, todas as hipóteses de cabimento da segunda multa tratam da violação de normas de natureza contábeis, orçamentárias ou de procedimentos legais, ou dizem respeito, em última análise, à garantia da coercitividade do controle externo, a exemplo da multa cominada pela desobediência ao prazo legal (inciso IV) e da obstrução às inspeções e auditorias das Cortes de Contas (inciso V).

Ainda a respeito das multas, Francisco Eduardo Carrilho Chaves adverte que esta não se confunde com o ressarcimento do dano ao patrimônio público, frequentemente constante da decisão do Tribunal de Contas. Nas palavras do autor, *in verbis*:³⁰⁷

Importante frisar **que a condenação em débito, que acarreta a obrigação de restituí-lo, não é sanção**. Trata-se apenas da recomposição do Erário ou dos cofres de fundo ou de entidade da administração indireta, decorrente da responsabilização civil. (...) **A atualização monetária do débito, promovida a partir da data em que se configurou, tem a mesma natureza do valor original**. A leitura conjunta do art. 5º, XLV, da Constituição pelo qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, com o artigo 5º, VIII, da Lei Orgânica, transcrita a seguir, corrobora a certeza de que **débito não se enquadra em penalidade**. (destacamos)

Por fim, além das multas previstas na LOTCU e no RITCU, há que se considerar, ainda, a existência da multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.028/2000, que dispõe sobre a infração administrativa contra as leis de finanças públicas, de competência dos Tribunais de Contas, cujo pagamento é de responsabilidade pessoal do agente que der causa à infração, e cujo montante corresponde expressamente à 30% (trinta por cento) de seus vencimentos anuais, **exequível diretamente pelo órgão de controle externo, sem necessidade de processo judicial**.

O problema da efetividade das condenações de caráter pecuniário imputadas pelos Tribunais de Contas decorre, em última análise, da interpretação que se dá ao Código de Processo Civil, cujo rol de títulos executivos judiciais previsto no art. 515 é considerado

³⁰⁷ CHAVES, *op. cit.*, p. 283.

taxativo pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, razão pela qual, pelo critério de exclusão, estas condenações constituiriam título executivo extrajudicial.³⁰⁸

A eficácia executiva do título é prevista expressamente no art. 71, §3º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”. Ocorre, porém, que a Carta Magna não especificou se o referido título tem **natureza judicial ou extrajudicial**.

A omissão do constituinte não nos permite aferir a natureza judicial do título independentemente da origem da sanção, dado que as hipóteses de cabimento de multa são diversas e possuem várias fontes infraconstitucionais distintas. Por outro lado, o silêncio do constituinte não é suficiente, por si só, para autorizar o Código de Processo Civil, norma infraconstitucional, a descaracterizar a natureza judicial do título executivo **procedente do processo de contas** julgado no órgão de controle externo, cujas atribuições são todas disciplinadas na própria Constituição.

Essa distinção traz consequências importantes para a efetividade das multas aplicadas pelos Tribunais de Contas, pois em relação aos títulos executivos judiciais se opera a preclusão quanto à matéria de fato e de direito que fundamenta a constituição do título. Consequentemente a impugnação ao cumprimento de sentença possui âmbito de cognição muito mais restrito que os embargos opostos à execução de título extrajudicial, já que nestes últimos é possível alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”, nos termos do art. 917, VI, do Novo Código de Processo Civil.³⁰⁹

Na experiência prática se observa facilmente que essa lacuna resulta em uma baixa efetividade das multas aplicadas pelos Tribunais de Contas, pois viabiliza à parte interessada pretender perante os órgãos do Poder Judiciário a reapreciação exauriente de todos os fatos já deduzidos no processo que tramitou no Tribunais de Contas, independentemente de cada fato já ter sido eventualmente objeto de prova e submetido ao contraditório e à ampla defesa, inclusive com a interposição de recursos diversos, como bem observa Nagib Chaul Martinez, *in verbis*:³¹⁰

³⁰⁸ O mesmo acontecia com o Código de Processo Civil de 1973, em relação ao seu art. 584.

³⁰⁹ NCPC: “Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

I - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

II - penhora incorreta ou avaliação errônea;

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.” (destacamos)

³¹⁰ MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União em face da reapreciação judicial de suas decisões: O problema do acórdão do TCU como título executivo meramente

No que tange especificamente à efetividade, é **índice histórico de recuperação de valores desviados, na fase judicial de cobrança, algo entornado de 0,5% a 1% do montante das condenações impostas pelo TCU** (TCU, Relatório das Atividades do TCU – Exercício de 1999, p. 47). Convenhamos, isso é irrisório. O problema reside, em grande parte, no dogma da inafastabilidade da reapreciação judicial das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas. Os maus gestores e os flagrantemente desviadores de recursos públicos, com a anuência do sistema e da percepção equivocada dos juristas, se socorrem de um recorte isolado e de uma interpretação nada sistêmica do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, com o fito de se esquivarem das condenações impostas pelo Tribunal de Contas (...) **Em sendo título executivo extrajudicial, na fase de execução judicial, qualquer matéria pode ser alegada pelo devedor contra o título apresentado (o acórdão do Tribunal de Contas), inclusive a possibilidade, várias vezes admitida pelos juízes, de rediscutir toda a matéria que ensejou o título...** (destacamos)³¹¹

O problema de baixa efetividade das condenações pecuniárias dos órgãos de controle externo, em razão da posterior reapreciação exauriente da causa pelo Poder Judiciário, que em grande parte motivou o presente trabalho, levou a diversas iniciativas no âmbito legislativo, dentre os quais se destacaram, ainda no âmbito do antigo Código de Processo Civil, de 1973, o Projeto de Lei do Senado nº 244/2000³¹², de autoria do Senador Romero Jucá, que propunha uma alteração do diploma processual revogado para acrescentar o artigo 584-A, estabelecendo que **as decisões dos Tribunais de Contas constituiriam título executivo parajudicial**. Essa proposta, contudo, foi arquivada em 22 de janeiro de 2007.

Também se destaca a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 535, de 1997, originada na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Paulo Rocha e outros, que altera o §3º do artigo 71 da Constituição, a qual atualmente ainda se encontra pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, desde 31 de outubro de 1997. De acordo com a proposta publicada no Diário da Câmara dos Deputados do dia 02 de dezembro de 1997, p. 39223, a redação do dispositivo constitucional passaria a dispor o que segue, *in verbis*:³¹³

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
(...)

extrajudicial. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 480.

³¹¹ Dados mais recentes acerca da recuperação dos valores provenientes das condenações imputadas pelo Tribunal de Contas da União contam do Relatório do TCU em 2015, embora não se verifique no referido documento uma estatística específica acerca da proporção de crédito recuperado. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/relatorios/relatorios-de-atividades/>. Acesso em 31 de agosto de 2016.

³¹² Ementa: “Altera os artigos 583 e 741 da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), bem como acrescenta-lhe o artigo 584-A, com o objetivo de estabelecer que as decisões dos Tribunais de Contas constituam títulos executivos parajudiciais, para os fins e nas hipóteses que especifica.”. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/45764>. Acesso em 31 de agosto de 2016.

³¹³ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14808>. Acesso em 31 de agosto de 2016.

§3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão **eficácia de título executivo judicial**, ficando o respectivo responsável inelegível e inabilitado para praticar atos de natureza patrimonial, enquanto não comprovar perante aquele órgão o ressarcimento do débito e o pagamento da multa. (destacamos)

Apesar de reconhecer o mérito da proposta, que revela a preocupação do constituinte derivado reformador com a eficiência do sistema de controle externo e a efetividade das condenações pecuniárias imputadas pelos Tribunais de Contas, entendemos que a redação proposta não atingiria a sua finalidade, pois manteria incoerente a disciplina constitucional sobre a matéria.

A rigor, o constituinte fez bem em não especificar a natureza do título executivo decorrente da condenação das Cortes de Contas, pois caso tivesse generalizado um só caráter a todas as decisões que “resultam em imputação de débito ou multa” a Constituição reincidiria na incoerência de tratar as várias atividades desempenhadas no controle externo de forma homogênea, sem distinguir o processo de contas dos procedimentos de fiscalização de caráter exclusivamente administrativo.

Esta mesma contradição, aliás, já destacamos em relação à grande parte da doutrina brasileira, sobretudo dentre os autores da corrente administrativista, que deixam de fazer a necessária distinção entre o controle externo exercido diretamente pelos auditores e corpo técnico dos Tribunais de Contas, tais como auditorias e fiscalizações, e as decisões proferidas pela “magistratura de contas”, composta pelos Ministros do Tribunal de Contas da União e Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, a quem a Constituição estendeu as mesmas prerrogativas, impedimentos e limitações dos magistrados judiciais.

Apesar dos esforços no intuito de aumentar a efetividade do controle externo, a caracterização da natureza do título executivo decorrente das condenações pecuniárias dos Tribunais de Contas não foi incluída no Projeto de Lei do Senado nº 8.046/2010³¹⁴, de autoria do Senador José Sarney, que deu origem ao Novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016.

Não obstante as tentativas frustradas de sepultar essa discussão pela via legislativa, não pode a legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil) se servir da omissão do constituinte para suprimir a natureza jurisdicional própria dos Tribunais de Contas, que decorre do próprio desenho institucional estabelecido na Constituição Federal de 1988, pois a

³¹⁴ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acessado em 31 de agosto de 2016.

espécie judicial ou extrajudicial do título executivo será sempre uma consequência, e não a causa, da natureza jurisdicional das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, a depender dessas decisões terem se originado em procedimento de fiscalização direta ou em julgamento no processo de contas.

De todo modo, a execução das sanções pecuniárias promovida em face de responsáveis que não possuem vínculo empregatício ou estatutário com o ente federativo lesado, ocorrem fora do âmbito dos Tribunais de Contas, os quais sequer possuem a estrutura administrativa necessária para proceder à execução forçada do título, pois não possuem oficiais de justiça nem acesso ao sistema BACEN-Jud, por exemplo, procedendo-se atualmente à propositura de ação de execução perante o Poder Judiciário.

Outro corolário do argumento acerca da suposta ausência de autoritatividade ou coercitividade dos Tribunais de Contas emerge da discussão sobre as medidas de natureza cautelar adotadas pelo órgão de controle. Acerca dessa questão já nos referimos à recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de liminar no Mandado de Segurança nº 34.357/DF³¹⁵, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, que tem por objeto uma medida cautelar adotada pelo Tribunal de Contas da União.

No caso o Min. Marco Aurélio suspendeu a eficácia da medida cautelar proferida nos autos da Tomada de Contas Especial nº 000.168/2016-5 (acórdão TCU nº 2.109/2016), de Relatoria do Min. Benjamin Zymler, que havia determinado a indisponibilidade cautelar de bens de uma importante sociedade empresária da área de construção civil, relativos à execução de contratos relacionados à da Refinaria Abreu e Lima, no Estado de Pernambuco, a fim de garantir a eventual reparação do dano ao erário estimado em R\$ 2.104.650.475,86 (dois bilhões, cento e quatro milhões, seiscentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e seis centavos).

No referido julgado o Min. Marco Aurélio sustentou em sua decisão monocrática que a LOTCU, na parte em que trata da fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa realizada pelos “responsáveis sujeitos à sua jurisdição”, prevê medidas aplicáveis ao servidor público que atua como responsável pelo contrato e não alcançam o particular. Segundo o Ministro, *in verbis*:³¹⁶

O cerne da questão está na possibilidade jurídica, ou não, de o Tribunal de Contas da União impor cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particular. Quanto ao tema, já me manifestei em outras ocasiões, tendo assentado

³¹⁵ MS 34.357/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31 de agosto de 2016 em . Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34357.pdf>> Acessado em 31 de agosto de 2016.

³¹⁶ *Idem, ibidem.*

não reconhecer **a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas** – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública –, **poder dessa natureza**. Percebam: não se está a afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui **limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública**. (destacamos)

O fundamento da decisão a supracitada, restrita ao plano de cognição superficial próprio da medida de caráter liminar, não faz nenhuma distinção entre as medidas de natureza cautelar adotadas em sede de processo de contas, como na espécie, em que a medida cautelar foi proferida em sede de tomada de contas especial, e as medidas adotadas incidentalmente em procedimentos de fiscalização direta, incorrendo, mais uma vez, no mesmo equívoco de tratar o controle externo como bloco homogêneo de atividades de mesma natureza jurídica.

A interpretação adotada pelo eminente Relator, segundo a qual as medidas cautelares do Tribunal de Contas a que estão sujeitos “responsáveis sujeitos à sua jurisdição”, nos termos da LOTCU, só se aplicam ao servidor público que atua como responsável pelo contrato e não alcançam o particular, não nos parece coerente com os preceitos constitucionais que disciplinam a função e competência dos Tribunais de Contas, muito menos os dispositivos da LOTCU que regulamentam o processo de contas.

Em primeiro lugar, porque o parágrafo único do art. 71 da Constituição Federal de 1988 impõe o dever de prestar contas, e, portanto, estende a competência do órgão de controle externo a “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos...”. Logo em seguida, no inciso II do art. 72, a Constituição dispõe sobre o julgamento das contas dos “administradores e **demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (...) e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**” (destaquei).

No mesmo sentido, a LOTCU, em seu art. 5º, dispõe que a jurisdição do Tribunal de Contas **abrange qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (inciso II)**; além de todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam **sujeitos à sua fiscalização** por expressa disposição de Lei (inciso IV).

Portanto, as sociedades empresárias que contratam com a Administração Pública e recebem recursos públicos como contraprestação pecuniária para a execução de obras e serviços, estão sujeitos à fiscalização dos Tribunais de Contas, caracterizando, em nossa opinião, os “responsáveis sujeitos a sua jurisdição” a que se refere o *caput* do art. 41 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, sendo-lhes aplicáveis tanto as medidas cautelares

quanto eventuais multas imputadas pelo órgão de controle, quando “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário”, inclusive a indisponibilidade de bens prevista no art. 44, §2º, da LOTCU³¹⁷.

Por fim, registre-se que a capacidade para fazer cumprir coativamente as próprias decisões, identificada aqui sob o fundamento da autoritatividade, ou coercibilidade, decorrentes do exercício do *ius imperium*, se por um lado se verifica em relação às decisões dos Tribunais de Contas, com exceção das condenações pecuniárias e, discutivelmente, das medidas de natureza cautelar, quando oponíveis a pessoa que não faz parte da Administração pública, por outro lado, tal requisito falta a algumas das decisões cuja natureza jurisdicional é atualmente aceita pela maioria dos autores, inclusive dentre os autores aqui classificados dentre da corrente administrativista, sendo inclusive previstas no rol de títulos judiciais do art. 515 do Novo Código de Processo Civil.

Referimo-nos, de um lado, à decisão proferida pelo juízo arbitral (art. 515, VII, do NCPC), cuja execução depende necessariamente da propositura do cumprimento de sentença perante o Poder Judiciário; e, por outro lado, à sentença estrangeira (art. 515, VIII, do NCPC), a qual, se não bastasse ser executada pelos órgãos judiciais, o seu cumprimento deve ser precedido por homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à arbitragem, essa ausência de *imperium* não passou despercebida mesmo pelos autores que, com maior propriedade, defender a natureza jurisdicional dessa atividade, a exemplo de Joel Dias Figueira Júnior, já mencionado. Essa particularidade, contudo, não foi óbice à que se reconhecesse a natureza jurisdicional do juízo arbitral, sob o argumento de que os poderes do árbitro em tudo o mais se equivaliam aos dos juízes, inclusive e, mais importante, quanto aos efeitos das decisões proferidas³¹⁸

Diferentemente do juiz togado, **falta ao árbitro jurisdição ancorada em *imperium*, ou seja, aquela apresentada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado.** No mais, os poderes de ambos se equivalem, inclusive quanto aos efeitos das sentenças por eles proferidas (coisa julgada). (grifo nosso)

³¹⁷ LOCTU: “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

(...)

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, **decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.**” (destacamos)

³¹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 156.

Nos dois exemplos a norma infraconstitucional reconhece a natureza judicial do título executivo decorrente dessas decisões, e a maior parte da doutrina admite a natureza jurisdicional da atividade que lhe deu origem, embora nem o juízo arbitral nem o órgão judicial estrangeiro tenham a capacidade de promover por si mesmos o cumprimento coercitivo de seus julgamentos, pois ambos precisam necessariamente da atuação do Poder Judiciário para proceder com a execução forçada da decisão.

Já no caso dos Tribunais de Contas, por sua vez, a execução das suas decisões, em especial as decorrentes de processos de contas, em regra prescindem de intervenção do Poder Judiciário, sendo imediatamente executadas pelo próprio órgão de controle externo, com exceção das condenações de caráter pecuniário, e mesmo assim a propositura da execução perante o órgão judicial nesta hipótese só é necessária se o devedor for pessoa estranha à Administração Pública.

4.7. Do duplo grau de julgamento.

Por último, provavelmente o argumento mais inconsistente da corrente administrativista consiste na alegação de que o Tribunal de Contas não pode exercer função jurisdicional por se tratar de órgão único, e, portanto, não se observar em seu procedimento o duplo grau de jurisdição característico dos órgãos do Poder Judiciário.

O princípio do devido processo legal surgiu no séc. XIII, na Inglaterra, quando pela primeira vez o poder absoluto do rei, num momento de fragilidade política e econômica, foi enfrentado e limitado de maneira significativa. Na mesma circunstância histórica, aliás, em que se pode observar a soberania da lei em relação ao interesse pessoal do monarca, e os primeiros traços do futuro Estado de Direito.

Ao dissertar sobre o duplo grau de jurisdição no direito processual civil brasileiro, Oreste de Nestor de Souza Laspro traz a lume as circunstâncias que deram origem ao postulado do devido processo legal, *in verbis*:³¹⁹

Na Inglaterra, de 1215, encontram-se os fundamentos do devido processo legal, cláusula delineada a partir de um contrato privado chamado de Magna Carta ou “Carta da Liberdade”.

Isto porque, inicialmente, o direito de propriedade das terras conquistadas, desde os tempos de Guilherme, pertencia à realeza, mas seu uso era distribuído entre nobres. Antes dessa data e por muitas vezes, o rei violava as prerrogativas do baronato, que não se estendiam ao restante da população.

Por serem integrantes do Parlamento e contarem com o apoio do clero, os barões feudais de Runnymede, liderados por Stephen Langton, arcebispo de Canterbury,

³¹⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição no direito processual civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 33). p.81-83.

não mais suportando as ingerências reais em seus privilégios, pressionaram o Rei João Sem Terra para assinar a Magna Carta.

Por esse documento, assinado em 15 de junho de 1215, realizava-se um pacto entre o rei e a nobreza, delimitando-se o poder do primeiro frente aos direitos da segunda – referentes à vida, à liberdade e à propriedade – e, com o passar dos tempos, assume caráter público e se sobrepõe ao próprio poder real.

A limitação dos poderes do rei inglês traduziu-se originariamente, nas palavras *legale iudicium* e *per legem terrae*, devendo obedecer ao legítimo julgamento da lei do reino, aos usos e costumes da *common law*, como condição para, eventualmente, restringir os direitos dos barões.”.

O autor ainda destaca que a expressão *legem terrae* foi transcrita pela primeira vez como *due process of law* em 1354, sob o reinado de Eduardo III, por força do “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, pela qual uma versão reduzida do texto da Magna Carta (em trinta e sete capítulos) foi ratificada pela Coroa Inglesa, num procedimento solene praticado por cada monarca que sucedia o trono, chegando a se repetir cerca de trinta vezes. Nesse texto, a expressão pela qual o princípio ficou mais conhecido, *due process of law*, também era referido, indistintamente, como *law of the land* ou *due course of law*.

O princípio foi aperfeiçoado na Inglaterra pelo *Sir. Edward Coke* e pelo *Sir. William Blackstone*, de modo que, se na sua origem estava limitado a uma garantia de processo adequado (*ordely proceedings*), tendente a preservar o direito dos barões ingleses, a partir do séc. XVII, após ser incorporado com vigor no direito norte americano, e adotado dentro dos preceitos políticos encampados no processo de independência daquele país, passou a ser interpretado de modo extensivo no sentido de incorporar limites materiais ao poder do Estado, inclusive sendo utilizado a fim de exercer o controle constitucional de razoabilidade de lei ou ato normativo na Suprema Corte dos Estados Unidos, conhecido como *judicial review*.³²⁰

Depois de todo o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial pelo qual passou o princípio do devido processo legal na *common law* desde o séc. XVII, observados tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, se passaram a identificar duas dimensões distintas do princípio do devido processo legal, uma material, ou substantiva (*substantive due process*), e uma procedimental, ou formal (*procedural due process*), estando presentes, nos dois contextos, tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, quanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.

³²⁰ A respeito do *judicial review* e do controle de razoabilidade de lei pelo Poder Judiciário com fundamento no *substantive due process*, Yoshikawa destaca que a doutrina foi marcada, na Inglaterra, pelo julgamento do caso *Bonham v College of Physicians*, em 1610, e nos Estados Unidos pelo caso *Marbury v. Madison*, de 1803, nos qual se discutiu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei que contrariavam a Constituição, embora o autor entenda que apenas no segundo caso se pode considerar que houve pela primeira vez o *judicial review*, já que no primeiro caso o judiciário inglês do séc. XVII era subordinado ao Monarca, além do que, ao contrário dos Estados Unidos no séc. XIX, também não havia Constituição escrita. In: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI. São Paulo: Ed. Letras Jurídicas, 2007. p. 163 e 164.

No Brasil, apesar de se ter implantado o modelo republicano desde 1889, o princípio do devido processo legal só foi incorporado expressamente no texto constitucional depois da redemocratização que sucedeu o regime militar, em 1988, quando foi consignado na Carta Constitucional, nos incisos LIV e LV do seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Cândido Rangel Dinamarco chama a atenção para a importância que o princípio do devido processo legal assumiu no direito brasileiro, quando passou a ser expressamente previsto na Constituição Federal, *in verbis*:³²¹

No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do *devido processo legal*. No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-la com o campo aberto para o arbítrio.

Isso não significa que o *due process of law* se resolva em mera garantia de legalidade. O que importa é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo. A observância da lei torna-se importante nesse contexto, como meio de preservar o *devido processo* constituído por essa estrutura. O alcance da cláusula vai além dos limites do processo jurisdicional e por isso são frequentes as afirmações de sua natureza extraprocessual, ou substancial.

No contexto processual bastante amplo afirmado pela doutrina moderna, *due process of law* é mais que *uma* garantia: é “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. É também, por outro aspecto e em outras palavras, um sistema de *limitações ao exercício do poder* – limitações postas ao juiz como penhor da efetividade das garantias do contraditório e ampla defesa. Em sua redução mais sintética, *é uma garantia de justiça* e consiste no *direito ao processo*, ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses.

A aplicação do princípio do devido processo legal no direito processual civil brasileiro resultou na incorporação de várias garantias processuais, as quais não se restringem apenas ao direito ao contraditório e à ampla defesa de que tratam expressamente os incisos LIV e LV, do

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p. 151-153.

art. 5º, da Constituição Federal, compreendendo, para alguns autores, desde o direito à decisão fundamentada nos fatos que foram sujeitos ao contraditório nos autos, até mesmo à própria proporcionalidade e razoabilidade na mensuração da sanção. Acerca das garantias decorrentes do devido processo legal, oportuna a lição de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem, *in verbis*:³²²

Entre nós, este princípio foi erigido em garantia constitucional, não apenas para o processo civil, mas amplamente para todo o processo, inclusive o administrativo, como refere o art. 5º, LV, e, também, o inciso LIV do mesmo dispositivo, pois ao exigir-se o devido processo legal (*due process of law*) para que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens, mais não fez esse dispositivo do que exigir que haja um processo em que se garanta o mais amplo contraditório.

Apresenta-se em duplo aspecto: o devido processo legal em sentido material (*substantive due process*) e o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*). Pelo primeiro, como demonstrou NELSON NERY JUNIOR, reconhece-se a incidência do princípio em seu aspecto substancial, que se manifesta em todos os campos do direito, como, por exemplo, no direito administrativo, quando se transmuta no princípio da legalidade, que informa todo aquele ramo do direito. Pelo segundo o *procedural due process* – a incidência opera em campo mais restrito, limitado ao processo mesmo, acentuando-se que, no processo americano que serviu de matriz ao nosso, no particular, esse princípio compreende o dever de propiciar ao litigante:

- a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base de ação governamental;
- b) um juiz imparcial;
- c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz;
- d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz;
- e) a oportunidade de reperguntar as testemunhas;
- f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal;
- g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.”.

Nesta esteira alguns autores, como Nelson Nery Junior, chegam a incluir dentre as garantias processuais decorrentes do devido processo legal o direito do duplo grau de jurisdição,³²³ o que, entretanto, é rejeitado por parte da doutrina, conforme ilustra o posicionamento defendido por Oreste Nestor de Souza Laspro, na obra em que estuda especificamente o duplo grau de jurisdição, *in verbis*:³²⁴

Os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isto porque é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa.

Os direitos de ação e de defesa não se correlacionam, *de per se* e implicitamente, com o duplo grau de jurisdição.

Isto porque, no tocante às questões de fato, pressupõe-se o contato direto do juiz de primeiro grau com as provas, que lhe oferecem um profundo exame do conflito de interesses, em obediência ao princípio da oralidade. Não haveria razão, portanto, para que em um segundo julgamento novamente se repetisse a análise.

³²² DANTAS, F., *op. cit.* p. 423-424.

³²³ NERY JR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 197.

³²⁴ LASPRO, *op. cit.* p. 94-95.

Em outras palavras, o devido processo legal, princípio surgido na Inglaterra do séc. XIII como limite ao poder soberano do rei, amadurecido nos países da *common law*, sobretudo nos Estados Unidos, onde influenciou fortemente o próprio processo de independência do país, e posteriormente reconhecido como direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988, assegura um conjunto de garantias processuais, seja no processo jurisdicional, seja no administrativo, dentre as quais se destacam, quanto ao seu **aspecto material (devido processo legal substantivo)**, o direito de ser julgado de acordo com lei anterior aos fatos que lhe forem imputados (princípio da legalidade, e irretroatividade da lei), além do direito de obter do órgão jurisdicional o provimento de mérito razoável e proporcional, devidamente fundamentado.

Quanto ao seu **aspecto formal (devido processo legal procedimental)** – *procedure due process*, por sua vez, o princípio se traduz em diversas garantias processuais do procedimento, dentre as quais se destacam o direito ao **contraditório**, nele incluído o direito de informação sobre todos os atos praticados de ofício ou pela parte adversa e, como visto, o direito de participar do processo e de influenciar o seu resultado; o direito à **ampla defesa**, nela incluída, por um lado, a capacidade de produzir todas as provas lícitas a fim de demonstrar as suas razões, além de acesso às provas e aos atos praticados pela parte adversa, e, por outro lado, a possibilidade de recorrer da decisão, ainda que não necessariamente em instância superior (duplo grau de jurisdição); o direito ao **juiz natural**, ou seja, de ser julgado por juiz imparcial, vedado o julgamento por órgão de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal); e o direito de ter um **defensor** no processo perante o juiz ou tribunal, mesmo que não possua condições materiais para providenciar por conta própria o patrocínio da causa, nos termos da Lei nº 1.060/50).

Quanto ao direito de recorrer, portanto, concordamos com a posição defendida por Oreste Laspro em sua obra que se aprofunda sobre o tema específico do duplo grau de jurisdição,³²⁵ no qual o autor, conclui, depois de uma análise cautelosa do conteúdo do devido processo legal e dos fundamentos jurídicos do instituto, que embora esteja relacionado por questões históricas ao *due process os law*, o duplo grau de jurisdição **consiste em opção de político legislativa-judiciária**, razão pela qual a sua inexistência no âmbito dos Tribunais de Contas não resulta em violação das garantias processuais de índole constitucional.

³²⁵ LASPRO, *op. cit. Passim*.

Conclusão.

No início do trabalho demonstramos que o controle externo da administração pública guarda estreita relação, desde sua origem, com o surgimento do orçamento público, tratando-se, pois, de uma consequência do poder conquistado pelo Parlamento de limitar, ou restringir, o poder político do governante (Poder Executivo), já que é dessa limitação que decorre a necessidade de justificar as despesas do Estado, através da prestação de contas.

Em que pese ao conceito de **controle** ser bastante subjetivo, tendo múltiplos significados, no contexto específico do direito administrativo e financeiro o controle tem o sentido de “fiscalização exercida por um agente ou órgão público em relação a outro, estando ambos ou não inseridos na mesma estrutura hierárquica”³²⁶. Em sua acepção estrita, o controle administrativo só ocorre quando o agente controlador é capaz de interferir na conduta do agente controlado, através de atos jurídicos diretos que influenciam o seu comportamento.

Por sua vez, o **controle externo** da administração pública, referido no *caput* do art. 70 da Constituição Federal de 1988, consiste na função, atribuição ou competência exercida por órgãos independentes em relação a todas as pessoas, física ou jurídica, pública ou privada, da administração pública direta ou indireta, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária.

O Tribunal de Contas, órgão superior colegiado de controle externo, surgiu na Europa continental no séc. XV, embora a maioria das Cortes de Contas europeias tenha sido criada entre os sécs. XVIII e XIX, incluindo as mais importantes. No Brasil, apesar de várias tentativas ainda durante o período monárquico, a instituição só foi criada por influência de Ruy Barbosa, com o Decreto nº 966-A do Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, publicado no dia 07 de novembro de 1890, imediatamente recepcionado pela primeira Constituição Republicana do Brasil.

O Tribunal de Contas no Brasil foi inspirado no modelo de Tribunal de Contas da Itália, que privilegiava o controle preventivo, e **tinha expressa natureza jurisdicional, própria e exclusiva**, nas matérias de contabilidade pública e em outras previstas em lei, dentre as quais o controle sobre concessões de pensões e outros benefícios previdenciários. Na Itália, a jurisdição especial de contas coexiste com o sistema de jurisdição única, tendo em vista que, durante a unificação tardia daquele país no fim do séc. XIX, foi abolido o

³²⁶ Conforme desenvolvido na p. 17 do trabalho.

contencioso administrativo que era adotado em várias províncias da península itálica, com exceção do Conselho de Estado e da *Corte dei Conti*.

As primeiras legislações que regulamentaram o órgão no Brasil, sua composição e suas funções refletiram essa opção do constituinte, chegando a dispor, a exemplo do Decreto 1.166, de 1892, que o Tribunal de Contas tinha “jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e as matérias sujeitas à sua competência” e funcionava “como Tribunal de Justiça, e as suas decisões definitivas têm força de sentença com execução aparelhada”.

Ocorre que a Constituição de 1891 adotou o sistema de jurisdição única, ou unicidade de jurisdição, concentrando essa função nos órgãos do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, previu o Tribunal de Contas com jurisdição própria e exclusiva como órgão autônomo da República, situação que foi mantida até o advento da Constituição de 1937, quando passou a ser inserido no âmbito do Poder Judiciário durante os 09 (nove) anos em que essa Carta Política esteve em vigor. A partir da Constituição seguinte (de 1946), porém, a instituição passou a ser previsto como órgão do Poder Legislativo, onde tem sido mantido até os dias atuais.

A própria discussão acerca do conceito de jurisdição estimula o debate quanto à natureza do controle externo, dado que a conclusão de que o Tribunal de Contas exerce jurisdição, ou, ao contrário, de que as suas atribuições constitucionais são exclusivamente administrativas, varia de acordo com a premissa adotada, ou seja, do próprio conceito de jurisdição que fundamenta a opinião de cada autor.

Depois de comparar as mais relevantes posições doutrinárias sobre a matéria, e identificando os pontos principais que de maneira geral formam um consenso entre os autores pesquisados, adotou-se como conceito de jurisdição a **função atribuída ou autorizada por lei a terceiro imparcial, que consiste em realizar, através de um processo, o direito de forma imperativa, pela remoção das situações-obstáculos existentes à satisfação de um interesse juridicamente tutelado**, quer sejam estas provocadas por alguém que resiste à realização do direito (jurisdição contenciosa), quer sejam criadas pela própria lei para salvaguardar certos bens jurídicos considerados mais relevantes (jurisdição voluntária).

Partindo então para a discussão específica acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, observamos que a questão esteve presente em nosso país desde a própria criação das Cortes de Contas, no contexto do governo militar provisório que suplantou a monarquia brasileira e instaurou o Regime Republicano.

Num primeiro momento, ou **período histórico**, durante o desenvolvimento inicial do Regime Republicano no Brasil, que compreende desde a instauração da República e,

consequentemente, da própria criação do Tribunal de Contas, até a ruptura com o golpe militar de 1964, prevaleceu na doutrina a corrente jurisdicionalista, ou seja, a maioria dos autores que se dedicaram ao tema nesse período defenderam que essa Corte exercia função jurisdicional própria, com competência privativa, em que pese a resistência, em especial na jurisprudência, dos primeiros Ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente a posição do Min. Pedro Lessa.

Durante o Regime Militar, **segundo período histórico** considerado, se observou uma ampla reforma e expansão das atribuições constitucionais da instituição de controle externo, com a restrição do registro prévio apenas dos atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, e não mais dos reajustes subsequentes, e a disciplina constitucional e infraconstitucional das auditorias e inspeções, que passou a ser exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes, as quais deveriam remeter o Tribunal de Contas demonstrações contábeis periódicas.

Durante esse segundo período é possível identificar uma divisão cada vez mais acentuada na doutrina, aumentando proporcionalmente a quantidade de autores e trabalhos publicados em favor da corrente doutrinária administrativista, sobretudo na década de 1940, quando foram propostas as principais bases teóricas que hoje fundamentam essa, isto é, os autores que consideram que as atribuições do Tribunal de Contas é exclusivamente administrativa, a exemplo de Alfredo Buzaid, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior, não por acaso autores dedicados ao direito administrativo.

Por fim, a partir da atual ordem Constitucional, a maior parte da doutrina gradativamente vem endossando a corrente administrativista, apesar de se observar também nesse **terceiro período** o surgimento de autores que, destoando da doutrina administrativista tradicional, sugerem que as atribuições constitucionais das Cortes de Contas sejam reconhecidas como uma espécie de “atividade administrativa qualificada”, propondo conceitos intermediários entre administração e jurisdição, tais como *função parajudicial* ou função *parajurisdicional*.

Considerando que a jurisdição é uma **função atribuída ou autorizada por lei a terceiro imparcial, que consiste em realizar, através de um processo, o direito de forma imperativa, pela remoção das situações-obstáculos existentes à satisfação de um interesse juridicamente tutelado**, concluímos, portanto, que o controle externo, quando exercido pelo Tribunal de Contas no âmbito do processo de julgamento das contas de gestão, a que estão sujeitos todos os administradores públicos, com exceção do Chefe do Poder

Executivo, constitui função jurisdicional de competência própria e privativa, ou seja, uma jurisdição especial de contas.

De maneira geral, os diversos argumentos defendidos, ainda que de forma não unânime, pelos vários autores classificados dentro da corrente administrativista podem ser sintetizados nos seis argumentos seguintes: 1.) da unicidade (ou inafastabilidade) da jurisdição; 2.) da ausência de aptidão para produzir coisa julgada; 3.) da ausência de lide e outros elementos da relação processual; 4.) da descaracterização da inércia; 5.) da ausência de coercitividade ou autoritatividade; e 6.) da ausência de duplo grau de julgamento.

Ao estudar os diversos argumentos dos autores que discutem o tema proposto, acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, chama a atenção o fato de que a maioria destes, sobretudo aqueles classificados na corrente administrativista, ao abordarem a questão, não fazem nenhuma distinção entre as diversas atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas, como se o controle externo da administração pública se procedesse sempre de forma homogênea, quando tal generalização ignora aspectos de suma importância.

O controle externo compreende desde atividades de fiscalização direta procedida pelos auditores e corpo técnico dos Tribunais de Contas, tais como auditorias, fiscalizações e apreciação, para fins de registro dos atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, quanto o julgamento dos processos de contas (ou “**julgamento de contas**”, de que trata o Título II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

O julgamento das contas públicas se distingue das demais formas de controle por se proceder através de um processo de contas (prestação de contas ordinária ou tomada de contas especial) com contraditório, ampla defesa e a participação de um Ministério Público especial que atua no feito como *custus legis*, no qual o julgamento ocorre por decisão de órgão colegiado imparcial, uma magistratura de contas, a quem a Constituição estendeu as mesmas prerrogativas, impedimentos e limitações dos magistrados judiciais.

No que diz respeito ao **argumento da unicidade (ou inafastabilidade) da jurisdição**, verificou-se que contém logicamente duas premissas distintas, primeira, de monopólio estatal e segunda de monopólio judicial da função jurisdicional.

Entretanto, um estudo da origem do instituto, bem como do Direito Comparado, evidencia que nenhum desses monopólios é essencial para a caracterização da função jurisdicional, sendo em ambos os casos uma opção do constituinte originário, variando de acordo com cada país em determinado contexto histórico, como, por exemplo, se observa nos

países em que há contencioso administrativo, a exemplo da França, ou países que, assim como o Brasil, adotam uma jurisdição única, porém com algumas exceções, a exemplo da Itália.

No Brasil, dentre as exceções ao princípio da unicidade da jurisdição podemos identificar a arbitragem e o julgamento por crime de responsabilidade, de competência do Senado Federal, prevista no art. 52, I e II, da Constituição Federal de 1988, de modo que a garantia de inafastabilidade prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não implica necessariamente na garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas **acesso ao provimento jurisdicional** pelo órgão competente, ou seja, de obter uma apreciação de mérito pelo órgão que decide a causa com imparcialidade e de forma imperativa, ou definitiva, desde que atendidas as condições para o exercício do direito de ação (tais como os pressupostos processuais).

O Poder Judiciário, porém, em atenção ao necessário equilíbrio ou harmonia política entre os Poderes (*check and balance*) deve preservar a função de guardar a Carta Magna, isto é, tanto a legítima interpretação dos preceitos constitucionais quanto o seu cumprimento, e, neste contexto, se destaca garantia da segurança jurídica e do devido processo legal. A eventual revisão das decisões proferidas no âmbito dessas exceções ao monopólio judicial da jurisdição fica restrita ao devido processo legal, sem reapreciar o mérito da causa, a qual é julgada de forma definitiva pelo órgão competente que não faz parte do Poder Judiciário.

Quanto ao **argumento da ausência de aptidão para produzir coisa julgada**, verificou-se que se fundamenta na doutrina de Allorio e contém em si mesmo um paradoxo, pois a função jurisdicional é identificada em razão dessa eficácia, ao mesmo tempo em que somente se reconhece tal eficácia às decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, de modo que as consequências se confundem com a causa.

Além do mais, o próprio autor que desenvolveu esta teoria reconheceu a distinção entre a decisão de caráter jurisdicional e as decisões de natureza diversa reside fundamentalmente em que a coisa julgada tem como fim dispor sobre uma relação jurídica controvertida, nos termos da sentença, o que não ocorre com as decisões dos tribunais administrativos somente porque a lei assim dispõe, ou seja, a eficácia de coisa julgada que caracteriza a natureza jurisdicional é uma opção política do legislador.

Ainda assim verifica-se em relação às decisões dos Tribunais de Contas que, embora o respeito ao devido processo legal seja sujeito a eventual apreciação pelos órgãos do Poder Judiciário, esse fato por si só não descaracteriza a eficácia de coisa julgada material das suas decisões em relação às decisões proferidas nos processos de contas, pois o mérito quanto à

matéria específica das contas públicas, de sua competência, é decidido de forma definitiva pelo órgão de controle externo.

Aliás, mesmo se a parte interessada provocar o Poder Judiciário com a pretensão de submeter essas decisões à revisão judiciária, a competência privativa prevista no *caput* do art. 70 da Constituição preserva ao menos a função exclusiva das Cortes de Contas de apreciar o aspecto de economicidade do ato sujeito ao controle, cujo teor está logicamente excluída da competência do Judiciário, sob pena de violação do equilíbrio e da harmonia entre os Poderes da República.

Ressalva-se, entretanto, que o conteúdo da decisão proferida pelo Tribunal de Contas que tem aptidão para produzir a coisa julgada se restringe tão-somente à declaração de regularidade ou de irregularidade sobre a gestão como um todo, a de quitação, quando for o caso, e os demais elementos contidos expressamente na parte dispositiva da decisão, caso tenham sido submetidos a procedimento contencioso com contraditório e ampla defesa, neste caso operando-se em relação aos fatos apreciados a preclusão.

Quanto ao **argumento acerca da ausência de lide outros elementos da relação processual** vimos que no processo de contas se verifica uma pretensão de garantia da higidez das informações e de reconhecimento acerca do uso adequado dos recursos públicos (*accountability*), a qual encontra obstáculo criado pela lei, na medida em que a sua satisfação depende da atuação de um órgão jurisdicional competente. O processo de contas também carrega uma carga potencial de litigiosidade, da mesma forma que ocorre com os processos judiciais de jurisdição voluntária.

No processo de contas existe uma relação jurídica de direito material entre o Estado titular do direito público material (patrimônio gerido) e a pessoa sujeita ao controle (administrador dos recursos públicos), que tem o dever de prestar contas. Por sua vez, o processo de contas é uma relação jurídica de direito processual no qual o Tribunal de Contas é o órgão imparcial que julga a conduta do gestor público e demais responsáveis através de um processo, com a garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto ao **argumento da descaracterização da inércia e da imparcialidade**, aprofundando a questão que a princípio também consiste em elemento da relação processual, observamos que as duas espécies de processo de contas (a prestação e tomada de contas ordinária e a tomada de contas especial) em regra são instaurados por iniciativa da pessoa interessada, já que a prestação de contas constitui um dever da pessoa responsável, conforme se depreende do parágrafo único do art. 70 da CF/88.

Embora o Tribunal de Contas realize ações de fiscalização direta (ex. auditorias, fiscalização *strito sensu*, registro de atos de aposentadorias, reformas e pensões etc.) cuja natureza jurídica é de caráter estritamente administrativa, a imparcialidade do órgão fica preservada porque os Ministros ou Conselheiros, os quais se revestem das mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos magistrados, não participam desses procedimentos de instrução, já que os órgãos de controle externo possuem Auditores e corpo técnico (normalmente denominado Secretaria de Controle Externo) que desempenham essa função.

Quanto ao argumento da ausência de **coercitividade** ou **autoritatividade** dos Tribunais de Contas, decorrentes do exercício de *imperium*, isto é, a capacidade para fazer cumprir coercitivamente as suas próprias decisões, se conclui que não há um consenso na doutrina acerca desse requisito para definição da natureza jurisdicional da decisão, havendo autores, a exemplo de Carnelutti, que sequer reconhecem natureza jurisdicional ao processo judicial de execução. Por outro lado, também os atos administrativos podem ser cumpridos de forma coercitiva pelos órgãos não jurisdicionais, razão pela qual se reconhece a imperatividade e a auto-executoriedade como atributos do ato administrativo.

Ainda assim a maior parte das sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas prescinde, em regra, da intervenção ou provocação do Poder Judiciário, sendo imediatamente executadas pelo próprio órgão de controle externo, com exceção das condenações de caráter pecuniário, e mesmo assim a propositura da execução perante o órgão judicial nesta hipótese só é necessária se o devedor for pessoa estranha à Administração Pública, uma vez que a LOTCU dispõe sobre a possibilidade de execução direta, pela Corte de Contas, para satisfação do débito, através de desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente.

Nesse contexto, observamos que a Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu art. 71, §3º, sobre a eficácia executiva das condenações de natureza pecuniária imputadas pelos Tribunais de Contas, não especificou se o referido título executivo seria judicial ou extrajudicial.

Não obstante as frustradas tentativas de sanear essa lacuna do texto constitucional, havendo inclusive uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC atualmente em tramitação no Senado Federal entendemos que a legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil) não pode suprimir, sob o pretexto da omissão do constituinte, a natureza jurisdicional própria das decisões proferidas no âmbito do processo de contas, que decorre da própria natureza jurídica da função de controle externo que é disciplinada na própria Constituição Federal de 1988.

A autoritatividade, ou coercitividade, dos Tribunais de Contas também pode ser demonstrada pelo exercício de poder geral de cautela reconhecido aos órgãos de controle externo no exercício de suas atribuições constitucionais, dentre os quais se destacam as medidas cautelares de afastamento de gestor público e de decretação da indisponibilidade de bens da pessoa responsável, afim de garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Destaca-se, ainda, que a capacidade para fazer cumprir coativamente as próprias decisões, se por um lado se verifica em regra em relação às decisões dos Tribunais de Contas, por outro lado, não se observa em relação a algumas das decisões cuja natureza jurisdicional é atualmente aceita pela maioria dos autores, sendo inclusive previstas no rol de títulos judiciais do art. 515 do Novo Código de Processo Civil, a exemplo da sentença arbitral e da sentença estrangeira, dado que ambos dependem necessariamente dos órgãos do Poder Judiciário para fazer cumprir coercitivamente as duas decisões, inclusive, no caso da sentença estrangeira, sendo necessária a prévia homologação judicial.

Por fim, quanto ao **argumento da ausência de duplo grau de julgamento**, destacou-se que embora o direito de recorrer esteja relacionado por questões históricas ao princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, o duplo grau de jurisdição consiste em opção de político legislativa-judiciária, razão pela qual a sua inexistência no âmbito dos Tribunais de Contas não resulta em violação das garantias processuais de índole constitucional. No mesmo sentido se observam no Poder Judiciário hipótese sem que inexistente duplo grau de julgamento, a exemplo do julgamento de processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, chegamos à conclusão de que o controle externo da administração pública, quando exercido através do processo de contas, constitui uma função jurisdicional atribuída ao Tribunal de Contas como terceiro imparcial, não apenas uma atividade intermediária substitutiva, mas no sentido de estraneidade, ou terceiridade, a qual constitui uma das exceções ao princípio da unicidade de jurisdição, ou da inafastabilidade do Poder Judiciário, a exemplo da arbitragem e da competência do Senado Federal para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dentre outros agentes.

No contexto do processo de contas, o exercício do controle externo constitui atividade imperativa, ou, como propõem alguns autores, autoritativa, ou coercitiva, no sentido de que a causa em matéria de contas públicas é decidida de forma definitiva pelo Tribunal de Contas, por sua competência privativa, e o órgão de controle tem autoridade para se fazer respeitar e cumprir coativamente as suas próprias decisões, ainda que excepcionalmente o seu cumprimento ocorra perante órgão judicial, como no caso específico da execução de

condenações de natureza pecuniária quando o devedor não integra a estrutura administrativa do Estado.

Referências Bibliográficas.

- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Limites ao controle judicial dos atos dos Tribunais de Contas. L & C. **Revista de Direito e Administração Pública**, Brasília, n. 66, p.14-17. dez. 2003.
- ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, t. 2. 1963.
- _____. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: **Rivista Trimestrale di Diritto processuale**. Milano: Ed. Giuffrè, 1957.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ANDREOZZI, Manuel. **Facultades implícitas de investigación legislativa y privilegios parlamentares**. Buenos Aires: 1943. *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. In: **Revista de Direito Administrativo**, [s/n], jan./mar. 1953. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BAPTISTA, Sebastião Affonso. MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL DE CONTAS: Um pouco de sua História e da de seus componentes. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 43, n. 170, Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 75-98, abr./jun. 2006.
- BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1949, v. XVIII, t. III, 1891, Relatório do Ministro da Fazenda, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro.
- BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da união européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil - 1890**, Página 3440 Vol. Fasc.XI (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-norma-pe.html>>.
- _____. **Coleção de Leis do Brasil - 1892**, Página 1028 Vol. 1 pt II (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>>.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 5, n. 47, Belo Horizonte: Fórum, p.4933-4939, jan. 2005.
- BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. LXII, fasc. II, 1967. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio-São Paulo: Ed. Freita Bastos, 1956. v. II. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência (de acordo com a CF/1988)**. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book. Vol. I.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book. Vol. II.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTILLO, Alcalá-Zamora y. **Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**, México: Editora - Ediar, 1963.

_____. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

_____. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo II. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos tribunais de contas visando a assegurar a efetividade do sistema. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, TCU, Ano 38, nº 108, jan.-abr., 2007.

_____. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **O Tribunal de contas e sua competência constitucional**. In Revista de Direito Administrativo, vol. III, Rio de Janeiro, 1946. *Apud* COSTA, Carlos Leite. O Tribunal de Contas: Órgão e função jurisdicional. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982.

CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, n.n. S.l. 2013.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (teoria e jurisprudência)**. Niterói: Impetus, 2007.

CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução J. G. Menegale, com nota de Leibman. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução J. G. Menegale, com nota de Leibman. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1942.

COSTA, Carlos Leite. **O Tribunal de Contas: Órgão e função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal – Distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre as

contas anuais dos prefeitos. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, ano XIX, vol. 39. n. 02, Belo Horizonte: Tribunal de Contas de Minas Gerais, p. 110, abr./jun. 2006.

COSTA, Luis Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz Bdto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz%20Bdto.pdf)>.

COTRIM NETO, A. B. O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do estado de direito. **Revista de Informação Legislativa**, ano 76, n. 162. Brasília: Senado Federal, out./dez. de 1982. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

_____. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. nº 166, [s/a], out./dez, 1986.

DANTAS, Arsênio José da Costa. **O Controle Externo das operações de crédito realizadas pelas Sociedades de Economia Mista bancárias**. Universidade de Brasília. Biblioteca Central. Brasília. 2006. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053992.PDF>>.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo (jurisdição, ação (defesa), processo**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS COSTA, Luis Bernardo. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz Bdto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-06-20T115628Z151/Publico/Luiz%20Bdto.pdf)>.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XVI, n. 02, 1998.

_____. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FEITOSA FILHO, Adailton. **Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco**. Vol. 10. Recife, jan/dez 1990, n. 10.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise da Lei 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FORTI, Ugo. **I controlli dell'amministrazione comunale. Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, a cura di Orlando Vittorio Emanuele**. Milão: Società

Editrice Libraria, 1915. vol. 2. 2ª Parte. *Apud*: MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 3ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideal, 2012.

GIANINI, Massimo Severo. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1981. p. 57, nota 13. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES JÚNIOR. Luiz Manoel. **Tribunal de Contas: aspectos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 *Apud* COSTA. Luis Bernardo Dias. O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, E. M. e MARIANO, D. A jurisdição dos Tribunais de Contas. **Revista Controle**, vol. X – nº2. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, p. 56-97. jul./dez. de 2012.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.45, n. 4, p. 143-193, out./dez. 2002.

JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 129, p. 356-365, jan. 2015.

JUSTO, Antônio dos Santos. Direito Romano privado, Vol. I, Parte geral. *In*: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), v. 33

LAUBÉ, Vitor Rolf. **Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de contas**. Revista de Informação Legislativa, ano 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, p. 307-326, jan./mar. de 1992.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIRA, José Pereira. O tabu da unidade jurisdicional. **Revista do Serviço Público**, ago. 1955. *Apud* JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1977.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**, tradução ao espanhol por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1982.

MARANHÃO, Jarbas. **Origem e importância do Tribunal de Contas**. 1. ed. Recife: Tribunal de Contas, 1968.

_____. **Tribunal de Contas: natureza jurídica e posição entre os poderes.** Revista de Informação Legislativa, ano 26, n. 106. Brasília: Senado Federal, p. 307-326, abr./jun. de 1990.

_____. Origem dos Tribunais de Contas: Evolução do Tribunal de Contas no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, p. 327-330, jul./set. de 1992.

_____. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 30, n. 119, jul./set. 1993.

_____. **A propósito do Tribunal de Contas.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2003.

MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União em face da reapreciação judicial de suas decisões: O problema do acórdão do TCU como título executivo meramente extrajudicial. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo.** Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

MASAGÃO, Mário. **Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo.** 1927. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública.** 3ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 13ª ed. São Paulo, ed. RT, 1987.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35ª ed. São Paulo, ed. RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.** São Paulo: Ed. RT, 1968. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Ato administrativo e direitos dos administrados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** Ed. Malheiros. 28ª ed. 2011.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Tribunal de Contas: pesquisa e atuação.** São Paulo: Gráfica do TC/SP. 1984. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELO, Paulo Sergio Ferreira. **A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9704&revista_caderno=4. Acesso em 02 de julho de 2015.

MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração,** 3º Ed. Rio de Janeiro, 1957. *Apud*. COSTA, Carlos Leite. **O Tribunal de Contas: Órgão e função jurisdicional.** 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982.

MILESKY, Helio Saul. **O controle da gestão pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *Apud* COSTA. Luis Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo.** Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005.

MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. A Natureza Jurídica dos Julgamento proferidos pelos Tribunais de Contas no Brasil. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, ano 24, n. 08, São Paulo: NDJ, p.934-949, ago. 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, José Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Forense: Rio de Janeiro, 1943. *Apud* COSTA, Carlos. O tribunal de contas: Órgão e função jurisdicional. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1982.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. **Curso de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 115.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional**. 1997. Tese (doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo**. Barueri: Manole, 2002.

PERINI. **Cours de Droit Public**, vol. II, 1970. *Apud* COSTA. Luis Bernardo Dias. O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo. Tese de Mestrado. Sistema Integrado de Bibliotecas - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 1º tomo.

ROSAS, Roberto. Aspectos jurisdicionais na competência do Tribunal de Contas. **Revisa do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. Brasília, n. 1, 1975. *Apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTANA, André de Souza. O Ministério Público no Tribunal de Contas. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 954, 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7955>>. Acesso em: 03 de agosto de 2015.

SANTANA, Jair Eduardo. e MELO, Verônica Vaz de. **Considerações acerca da natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas**. Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 10, nº 111, p. 18-22, maio de 2010.

SALUSTIANO, Sérgio Ricardo de Mendonça. A coisa julgada em tomadas e prestações de contas ordinárias. *In*: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36ª ed. 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102. Brasília: Senado Federal, p. 173-184, abr./jun. de 1989.

TEMER, Fued Miguel. Natureza das Funções do Tribunal de Contas *In* **Revista do Instituto de Direito Público**. Vol. I, p. 77 e 79, Ano I, out./dez. de 1966.

VIEIRA, Raimundo Menezes. Tribunal de Contas – jurisdição especial. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. Brasília, n. 12, 1982, V. 12.

_____. Tribunal de Contas: o valor de suas decisões. **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, n. 106. Brasília: Senado Federal, p. 99-108, abr./jun. de 1990

VILLABOIM, Manuel Pedro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, 1893. *Apud*. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WEBER, Max. **Ciência e Política, Duas Vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI. São Paulo: Ed. Letras Jurídicas, 2007.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.