

# O TRIBUNAL DE CONTAS E SUA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI  
Consultor Geral da República

*SUMÁRIO: Contrôlê financeiro. Art. 114 da Constituição de 1937. Função jurisdicional. Registro prévio. Delegações. Declaração de constitucionalidade.*

Entre os temas que merecem dedicado exame neste momento de reestruturação constitucional, está o do controle financeiro dos atos do Governo.

O estudo da competência atual do Tribunal de Contas está a mostrar a necessidade de uma remodelação daquele órgão, cuja eficiência e flexibilidade devem acompanhar a transformação dos nossos métodos administrativos. É o problema que se acha na tela e para o qual trazemos a nossa contribuição doutrinária.

O Tribunal de Contas da União, como é sabido, tem sofrido, desde a sua criação, numerosas transformações, visando não somente adaptar essa instituição às reformas administrativas e políticas sofridas pelo país, mas também um ajustamento de suas finalidades às exigências da Administração, muitas vezes tolhida em seus movimentos por um aparelho de controle que, eventualmente, possa dificultar a ação administrativa.

As correntes divergentes têm encarado o problema do controle financeiro dos atos da Administração sob prismas muito diversos, ora adotando um critério político de subordinação da Administração a um duplo controle jurisdicional (do Tribunal de Contas) e legislativo (das Câmaras), ora se fixando dentro de teses doutrinárias em que a questão do controle prévio tomou grande destaque, ora, finalmente, reagindo contra esses critérios e conferindo ao Tribunal de Contas posição meramente formal, que levaria, em suas últimas conseqüências, à própria extinção do Tribunal de Contas.

Por isso mesmo já tivemos um período em que a lei expressamente afirmava que o registro constituía parte do contrato administrativo (Regulamento de Contabilidade Pública, art. 767, *i*) tivemos epoca em que o veto do Tribunal de Contas era impeditivo (art. 157 do Decreto 4.632, de 6 de janeiro de 1923, Constituição de 1934, art. 101, § 2.<sup>o</sup>), mas nunca se pôde alegar o conflito entre a lei ordinária e a Constituição, já porque o diploma constitucional de 1891 não fixava a competência do Tribunal, já porque o de 1934 regulamentava explicitamente o assunto.

Mas a Constituição de 1937, embora se me afigurem claros os seus termos, tem dado lugar a controvérsias, verificando-se seguidos conflitos entre a Administração e o Tribunal de Contas, quanto ao entendimento a ser dado às disposições constitucionais e aos decretos-leis que regulamentaram a sua execução.

Parece, entretanto, que este desentendimento provém em parte da preocupação em que se encontra a Administração de conquistar maior flexibilidade na execução de seus planos e iniciativas, sem os naturais empecilhos de um controle permanente sobre os contratos e ajustes realizados para aquêles fins especiais.

Não parece, assim, que deva haver incompatibilidade entre uma boa administração e um regular sistema de controle, mesmo que este se exerça previamente, mas para isso é indispensável um bom entendimento, ação harmônica de todos os órgãos que devem estar aparelhados para atingir as finalidades para que foram criados.

Devem-se, por isso, afastar os motivos de atrito, entre os quais se encontra o deferir as prerrogativas dos diversos órgãos, reduzindo-lhes a competência e atribuições, mormente quando estas são de natureza constitucional.

A Constituição de 1937, em seu art. 114, atribuiu ao Tribunal de Contas as seguintes funções :

a) acompanhar a execução orçamentária, *por si ou por suas delegações* ;

b) *julgar* das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos ;

c) *julgar* da legalidade dos contratos celebrados pela União.

Tem, por conseguinte, o Tribunal de Contas, uma função administrativa e financeira na parte orçamentária, acompanhando, por meio de providências a serem previstas pela lei, a execução do orçamento, verificando a aplicação das verbas, registrando os créditos, etc.

À lei ordinária cabe fixar a medida dessa fiscalização, o seu processo, a maneira de exercê-la. Não se encontra na Constituição

qualquer restrição à lei ordinária na determinação da competência do Tribunal de Contas neste terreno, nem à maneira pela qual deve ser feito o contrôlê.

Os termos da Constituição pecam até pela ligeireza, pelo laconismo, de certa forma, pela dubiedade. Basta dizer que atribui a dois órgãos a fiscalização da execução orçamentária : ao Departamento Administrativo do Serviço Público, por delegação do Presidente da República, de um lado, ao Tribunal de Contas, de outro.

E para cada um dêles emprega vocábulo diferente, ambos imprecisos, mas cujo sentido se deve adequar à finalidade específica de cada órgão.

Assim, para o Tribunal de Contas, usa da expressão — *acompanhar*, enquanto que para o Departamento Administrativo do Serviço Público usa de outra expressão — *fiscalizar*.

Mas em ambos os casos deixou livre campo à legislação, sem maiores limitações quanto à maneira pela qual deve o contrôlê ser exercido.

Os termos da Constituição, como se vê, são vagos, sujeitos a regulamentação legal ampla, não se cogitando ali nem de exame prévio, nem de veto, nem de qualquer outra modalidade de contrôlê. Cabe à lei ordinária articular a ação dos dois órgãos, atendendo à finalidade específica de cada um, ora no terreno financeiro e administrativo, ora em seu aspecto legal e de cumprimento das disposições orçamentárias em vigor, ou, como diz o Ministro Ruben Rosa, a correição da legalidade pelo Tribunal e contrôlê moral da despesa pela Administração (*Direito e Administração*, pág. 30).

O mesmo não se pode dizer, entretanto, das duas outras funções constitucionais do Tribunal de Contas, ambas de natureza jurisdicional;

- a) quando *julga* da legalidade dos contratos;
- b) quando *julga* também das contas dos responsáveis pelos dinheiros e bens públicos.

Nesses casos não deixou a Constituição à lei ordinária a determinação dos limites da competência do Tribunal, mas apenas o seu processo. Quando diz *julgar* entende-se o exercício de uma função específica dos Tribunais. Julgar da legalidade dos contratos é apreciar o próprio conteúdo dos contratos e as suas condições intrínsecas e extrínsecas de legalidade.

Não se deve, por isso mesmo, substituir o vocábulo *julgar* por outro de significação diferente mais formal, qual *registrar*, expressões que não se confundem, porque, se o primeiro importa a verificação da conformidade, ou não, do contrato com a lei, o segundo é meramente formal, consequência do julgamento.

É por isso que, no rigor técnico, pode proceder-se ao registro *a posteriori*, mas não julgar *a posteriori* da legalidade de um contrato, sob pena de converter-se essa função em expressão meramente formal e inoperante, o que colide com a própria essência da função jurisdicional.

A Constituição, por isso mesmo, não se refere a *registro*, mas a *julgamento*, o que importa, como já disse, o exame do íntimo, da essência, do contrato.

A mesma coisa pode-se dizer das contas dos responsáveis, porque ao Tribunal não interessa o valor aritmético da tomada de contas, mas a legalidade da aplicação dos dinheiros e bens públicos, bem como a responsabilidade daqueles que têm a sua guarda ou devem zelar pela sua aplicação.

A análise do texto constitucional revela, portanto, que, se, no primeiro caso (acompanhar a execução orçamentária), à lei ordinária ficou reservada ampla função normativa, no que se refere às duas outras, porém, a lei ordinária ficou adstrita aos termos da Constituição que atribuiu função explícita ao Tribunal de Contas.

A Constituição de 1937 é de precisão absoluta quanto trata da função jurisdicional do Tribunal de Contas, atribuindo-lhe competência para *julgar* das contas dos responsáveis e da legalidade dos contratos.

Escreveu CASTRO NUNES: “Na Constituição de 34, o verbo *julgar* não se referia senão às *contas*. Podia o legislador usá-lo na forma transitiva ou intransitiva. Daí o *julgar* as contas.

Na de 37, em que as duas competências foram reunidas no mesmo enunciado, seria deselegante repetir o verbo comum a ambos. Operou-se, então, o que os gramáticos chamam *contração proposicional* por identidade do verbo, que se omite em uma das proposições, por *elipse*. O verbo aparece somente na primeira proposição” (*in Jornal do Comércio* de 2 de novembro de 1940).

Nenhuma outra das nossas Constituições foi tão exata e precisa, nem a de 1891, nem a de 1934, apesar de haver esta última subordinado a existência dos contratos que “por qualquer modo interessarem imediatamente à receita ou à despesa” ao registro do Tribunal de Contas (art. 101).

Mas não usou da expressão *julgar*, nem se referiu a todos os contratos como o fez a Carta de 1937, antes consagrou uma restrição — *referindo-se* apenas aos contratos que interessarem *imediatamente* à receita ou despesa.

A Carta de 1937 mencionou, sem restrições, os *contratos celebrados pela União*.

Ao Tribunal de Contas cabe, portanto, sempre, julgar da legalidade dos contratos celebrados pela União, sem as ressalvas encontradas na Constituição de 1934 e nas diversas leis ordinárias.

Exerce, portanto, o Tribunal, verdadeira jurisdição administrativa sobre a legalidade dos contratos, embora os efeitos dessas decisões não estejam previstos pela Constituição.

Como Tribunal administrativo, as suas decisões obrigam *si et in quantum*, sujeitas, como se acham, apenas ao controle judiciário e aos poderes concorrentes dos órgãos administrativos, de modo que não têm as mesmas decisões do Tribunal a força, o poder de veto.

Como bem ensina Castro Nunes, tratando do Tribunal de Contas: "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 institui com o caráter de uma verdadeira magistratura, equiparando os seus membros, para o efeito das garantias da função, aos Ministros do Supremo Tribunal" (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 25).

Outra questão que merece algumas considerações, pela sua relevância, é a do registro prévio.

Sobre este assunto, antes de tudo, vale aqui salientar os trabalhos exaustivos dos Ministros Alfredo Valadão e Agenor de Roure e a amplitude com que foi o registro prévio consagrado na Constituição de 1934, em seu art. 101, quer em relação aos contratos, quer em relação aos atos da administração pública "de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste".

Sempre se distinguiu, porém, em doutrina e na legislação, o controle prévio:

- a) dos contratos;
- b) das despesas públicas.

A Constituição de 1934 foi terminante em relação a ambos, salvo o recurso ao poder legislativo no caso de recusa de registro.

A Constituição de 1937 não falou em veto, não usou da terminologia de *registro prévio*, mas, enquanto que deixava aberto o caminho para a ação legislativa no que toca à execução orçamentária, usando de uma expressão ambígua, vaga, quase passiva, *acompanhar*, quando se referiu aos contratos e às contas, usou de uma expressão tecnicamente perfeita e inconfundível, peculiar aos órgãos jurisdicionais, atribuindo ao Tribunal de Contas a função de *julgar* da legalidade dos contratos e das contas dos responsáveis por dinheiros públicos.

Nem o Decreto n.º 13.247, de 23 de outubro de 1918, art. 32, § 2.º, IX, nem o Decreto n.º 15.770, de 1 de novembro de 1922, art. 30, § 2.º, IX, usaram de expressão tão precisa (*judgar*) pois que diziam “*apurar a legalidade*, não só dos contratos, ajustes, etc.”, o que não impediu que Rui Barbosa atribuisse a essa função, de acôrdo com a lei de 1896, caráter de Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa (Companhia Port of Pará).

Mas, em se tratando de contrato, será possível *judgar* da legalidade *a posteriori*, ou pressupõe o exame das condições intrínsecas e extrínsecas dos contratos o seu caráter prévio, antes da sua execução?

Parece-me que *juízo* e *a posteriori* são expressões inconciliáveis, porque o exame da legalidade é condição extrínseca, formal para a validade e executoriedade do contrato e, se existe um órgão destinado a examinar a legalidade, o pleno vigor do contrato, pressupõe o seu exame prévio, aprovação e registro.

O *juízo a posteriori*, isto é, depois de executado o contrato, só teria a sua eficácia em relação à responsabilidade administrativa e criminal dos funcionários, mas já não atingiria a validade do ato, sob pena de grave risco para a própria força das relações jurídicas, sujeitas permanentemente à invalidade do ato (Ver PERROT, *Le contrôle des dépenses engagées*, pág. 61, *apud* Luís Oscar Perez, *Contralor previo y concomitante de la ejecución del presupuesto general de gastos del Estado*, pág. 29).

É o registro essencial, portanto, para a validade do contrato administrativo, conforme, aliás, tenho sempre sustentado (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 336, ver Reg. de Cont. Pública, art. 767, i).

É o que se acha no art. 31 do Decreto-lei n.º 426.

Mas é preciso ressaltar que, negado o registro depois de apreciada e julgada a legalidade do contrato, subsiste a faculdade atribuída ao Presidente da República de mandar fazê-lo sob reserva, o que equivale a satisfazer a exigência legal. E isto porque não subsiste mais o veto absoluto anterior à lei n.º 2.511, de 20 de dezembro de 1911.

A função jurisdicional é sempre ampla e irrestrita quando de origem constitucional, não podendo ser limitada pela lei ordinária.

Assim, quando a Constituição diz *judgar*, 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 essa função ao Poder Judiciário, quando diz “*judgar originariamente*”, “*judgar em grau de recurso*”, “*judgar*”.

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 vêzes, vacilante terminologia das antigas Constituições (ver Aurelino Leal, *Técnica Constitucional Brasileira*).

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* (art. 56 do dec.-lei n.º 426).

E isto define com precisão a função puramente *jurisdiccional* 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 (ver J. Ussing, *Le contentieux administratif et la jurisdiction administrative*, páginas 132 e segs., R. Bielsa, *Ideas generales sobre el contencioso administrativo*, Raneletti, *Ist. di Diritto Publico*, pág. 477).

E não vejo motivos para recusar ao Tribunal de Contas função jurisdiccional, em certos casos, porque a unidade de jurisdição não existe entre nós depois que as Constituições e as leis ordinárias criaram as jurisdições administrativa, judiciária, do Trabalho, Militar, cada qual com o seu sentido específico e sofrendo as restrições admitidas na Constituição e nas leis.

É assim que a Justiça do Trabalho não tem a competência e as prerrogativas da Justiça comum (art. 139 da Constituição).

O que há, porém, é a sobrevivência, dentro dessa multiplicidade de jurisdições, da supremacia da instância judicial ordinária, cujos juizes e principalmente seu Tribunal máximo podem, sempre que provocados pelos meios regulares, anular as decisões proferidas pelas demais jurisdições de exceção que violarem a Constituição, ou mesmo, em certos casos, a simples lei ordinária.

Mas isto não exclui a existência e a ação construtiva de novas jurisdições, cada qual com a sua competência específica.

Embora a interpretação da Constituição deva caracterizar-se por uma compreensão literal do seu texto, não há como negar-se ao legislador a função de adaptá-lo às exigências da vida, em benefício da própria estabilidade da norma constitucional.

O exemplo da Constituição americana merece imitação, porque ali sempre se respeitou o perfeito equilíbrio entre as normas constitucionais e as ordinárias, somente consideradas inconstitucionais aquelas cuja incompatibilidade com a Constituição fôsse

manifestas, evidentes (ver WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, §§ 6.º, 9.º; BEARD, *The Supreme Court and the Constitution*; HAINES, *The American doctrine of judicial supremacy*; POMEROY, *Constitutional Law*; ERN. FREUND, *Standards of American Legislations*; LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*; PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*).

Outra questão relevante é a das delegações.

Embora fundas as divergências em torno do tema, deve-se, entretanto, reconhecer que a melhor interpretação do texto constitucional é aquela que procura dar vida aos dispositivos da lei básica, ajustando-a, sem ferir o seu espírito e a sua letra, às realidades.

A delegação é, na sua expressão literal, um prolongamento do Tribunal de Contas, e, desde que se revistam as suas decisões da necessária fiscalização, quer através do Ministério Público especializado, quer através do próprio Tribunal, nada impede que, por esse meio, se atenda às necessidades da Administração e ao interesse público.

O essencial é que o Tribunal de Contas, por si ou por suas delegações, intervenha no exame prévio dos contratos cuja realização e execução não podem pesar inteiramente sobre os funcionários incumbidos da efetivação das obras e serviços incluídos no plano.

A organização dos aparelhos de controle administrativo e principalmente financeiro não acompanhou o desenvolvimento da administração e dos métodos administrativos

A administração exige maior flexibilidade e rapidez na execução dos seus encargos, ao mesmo tempo que considera quase sempre desnecessário e, por vezes prejudicial, o controle prévio de seus atos.

Talvez haja certo exagero nessas tendências, mas a verdade é que também os órgãos de controle não gozam da necessária autonomia nem dispõem de recursos que permitam maior flexibilidade e celeridade no seu mecanismo.

O problema não é somente nosso, ele também se faz sentir em outros países, notadamente na Argentina, no Uruguai, nos Estados Unidos, sem falar nos países da Europa, desde muito a braços com estes problemas (RAFAEL BIELSA, *La Contaduría General de la Nación como Tribunal de Cuentas*; LUÍS OSCAR PEREZ, *Contralor previo y concomitante de la ejecución del presupuesto general de gastos del Estado*; W. SUDEISON, *Budgetary methods in national and State Governments*; A. E. BUCK, *Financial Control and Accountability*; HARVEY C. MANSFIELD, *The General Accounting Office, apud President's Committee on administrative management*).



Para resolver as dificuldades, somente uma reestruturação do aparelho de controle poderá resolver o problema, remodelando-se os órgãos existentes dentro de nossas necessidades.

Finalmente, outra questão relevante é a da competência do Tribunal de Contas na determinação de sua própria competência e na apreciação da constitucionalidade das leis ou legalidade dos atos sujeitos a seu exame.

Temos reiteradamente sustentado que é o próprio Tribunal que fixa os limites de sua própria competência, na apreciação das hipóteses levadas ao seu conhecimento.

Sob o ponto de vista legislativo, entretanto, a limitação da competência daquele Tribunal está fixada :

- a) na Constituição ;
- b) nas leis ordinárias ;
- c) nas normas complementares expedidas pelo próprio Tribunal de Contas.

Há uma hierarquia nestas três ordens, sendo que a maior, mais ampla e mais rígida é a norma constitucional.

A ela estão subordinadas as leis ordinárias, os regulamentos e as normas complementares (instruções, circulares, etc.).

As últimas estão subordinadas também às leis ordinárias, enquanto estas não ofenderem a Constituição.

O Tribunal de Contas deve, portanto, examinar principalmente a questão em face do texto constitucional, onde se encontram demarcados os limites mais gerais de sua competência e, dentro deles, apreciar a validade das normas menores.

Função de relêvo na determinação da competência cabe também às leis ordinárias que regulamentam o texto constitucional, completam os seus dispositivos, estabelecem as normas de direito adjetivo e os detalhes na sua execução.

Não deve haver conflito entre a Constituição e as leis ordinárias, e quando êle se apresente manifesto, evidente, prevalece sempre a norma constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade é, entretanto, prerrogativa do Judiciário, de que não se pode utilizar o Tribunal de Contas sem invadir a esfera daquele Poder, mas ao apurar a sua própria competência em face da Constituição e das leis, e ao apreciar os atos sujeitos ao seu julgamento, nada impede que o Tribunal de Contas examine a validade e a eficácia das leis e dos atos administrativos perante a Constituição, deixe de aplicá-los e reconhecer o seu vigor quando manifesta a inconstitucionalidade.

Assim procedendo, o Tribunal de Contas age dentro de suas funções. As suas decisões só pela Justiça Ordinária podem ser anuladas, corrigidas pelo Legislativo, e o Presidente da República delas pode divergir para mandar executar os atos e contratos administrativos, por eles assumindo a responsabilidade, nos termos do art. 29 do Decreto-lei n.º 426, de 1938.

São êstes alguns aspectos mais salientes dos problemas que envolvem a atual competência do Tribunal de Contas.

Por aí, podem-se bem avaliar as dificuldades que encontra a Administração na sua obra construtiva e as dificuldades não menores que encontra o Tribunal ao desincumbir-se de sua tarefa.

Tudo isto aconselha uma reestruturação dos órgãos de controle, talvez pela criação de um Tribunal administrativo com funções mais amplas e maior elasticidade na técnica de julgar.