

## **A NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO/SISTEMATIZAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCESSUAIS: ENSAIOS DE UMA UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL**

Glaydson Santo Soprani Massaria<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo objetiva anunciar as condições teóricas indutoras de um conjunto normativo processual único em âmbito nacional e demonstrar a necessidade de se promover as mudanças legislativas para alcançar-se a padronização/sistematização dos regulamentos processuais no Brasil. Para o alcance do objetivo proposto, relevante analisar a natureza jurídica constitucional e a fragmentação dos ritos processuais originados da profusão de normas regulamentadoras do exercício das funções do Tribunal de Contas, editadas por cada Ente federado brasileiro, bem como expor os problemas efetivos e potenciais que se apresentam no curso do processo de controle externo, sobretudo a inobservância do princípio da segurança jurídica e o constante desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Sob tal perspectiva, buscaremos demonstrar que os padrões normativos processuais aplicáveis ao *Tribunal de Cuentas Español*, *Tribunal de Contas Português* e *Corti dei Conti Italiana* (que são nacionais e sujeitos a uma norma processual uniforme) poderão ser utilizados como parâmetro na análise dos “sistemas normativos processuais” que regulamentam o funcionamento dos Tribunais de Contas brasileiros (que não são nacionais e estão sujeitos a normas processuais editadas no âmbito dos entes federados aos quais estão vinculados) na construção de um Código de Processo de Contas Nacional.

**Palavras-chave:** Arts. 22, I, 71, 73 e 163, V, da Constituição Federal de 1988 - Controle Externo - Regulamentos Processuais - Código de Processo de Contas Nacional - Tribunal de Contas - Tribunal de Cuentas Español - Tribunal de Contas Português - Corti dei Conti Italiana.

### **ABSTRACT**

The present article aims to announce the theoretical conditions that lead to a single procedural normative set at national level and demonstrate the need to promote legislative changes in order to achieve the standardization / systematization of procedural regulations in Brazil. In order to achieve the proposed objective, it is relevant to analyze the constitutional legal nature and the fragmentation of procedural rites originating from the profusion of regulatory norms for the exercise of the functions of the Court of Auditors, published by each Brazilian federal entity, as well as to expose the actual and potential problems that are presented in the

<sup>1</sup> Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Atuou como Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, Juiz de Direito do Estado da Bahia, Assessor do Auditor-Geral do Estado do Espírito Santo e Auditor do Espírito Santo. Especialista em Direito Público pela Universidade do Espírito Santo - UNESC e pela Faculdade de Direito de Vila Velha. Especialista em Auditoria pela Universidade de Brasília - UNB. Contato: [glaydson.masaria@gmail.com](mailto:glaydson.masaria@gmail.com).

course of the external control process, above all the non-observance of the principle of legal certainty and the constant disrespect to the constitutional guarantees of the adversarial system and full defense. From this perspective, we will try to demonstrate that the procedural normative standards applicable to the Spanish Court of Auditors, Portuguese Court of Auditors and Corti dei Conti Italiana (which are national and subject to a uniform procedural standard) can be used as a parameter in the analysis of “procedural” rules governing the operation of the Brazilian Audit Courts (which are not national and subject to procedural rules issued by the federated entities to which they are bound) in the construction of a National Accounts Process Code.

**Keywords:** Arts. 22, I, 71, 73 and 163, V, of the 1988 Federal Constitution - External Control - Procedural Regulations - National Accounts Process Code - Court of Accounts - Spanish Court of Accounts - Portuguese Court of Auditors - Corti dei Conti Italiana.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs a qualquer pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” ou pelos quais o Ente público responda, ou que, em nome deste, “assuma obrigações de natureza pecuniária” o dever de prestar contas perante o Tribunal de Contas. Diante disso, qualquer pessoa que se enquadre na situação delineada pode ser chamada a responder perante o Tribunal de Contas.

No exercício de suas competências jurisdicionais (art. 73), o Tribunal de Contas detém o poder de julgar as pessoas antes mencionadas, e caso reconhecida a prática de condutas ilegais na gestão dos recursos públicos, imputar as sanções definidas em lei, dentre as quais as penas de multa, de perda do cargo público, de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e de perda de direitos políticos, além de condenar à devolução de valores quando derem causa a *“perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”*.

Para exercer seu Poder/Dever, o Tribunal de Contas deve seguir um roteiro processual que observe as garantias fundamentais (art. 5º), em especial: a garantia do *“contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (LV), a duração razoável do processo (LXXVIII), a publicidade dos atos processuais (LX) e assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV).

Ocorre que no Brasil o modelo federativo às avessas (centrífugo) permitiu, diante da omissão da União em aprovar um Código Processual regulamentador do exercício das competências dos Tribunais de Contas, que cada ente federado editasse seus próprios atos normativos regulamentadores do processo de contas, que nem sempre respeitam as garantias constitucionais supracitadas.

Diante da profusão de ritos processuais, poucos são aqueles que se aventuram a doutrinar sobre o tema, gerando assim escassez de debates acadêmicos sobre a

temática. Além disso, a falta de uniformidade processual torna deletéria a tentativa de se construir um alinhamento de compreensão sobre a forma pela qual deve uma lei nacional ser aplicada. Em regra, os Tribunais de Contas acabam divergindo muito e inexistente instrumento jurídico que assegure uma terceira via em busca da melhor interpretação, ou seja, não existe um real duplo grau de jurisdição.

Não bastasse isso, a falta de um Código de Processo de Contas nacional e cogente muitas vezes permite que os Tribunais de Contas decidam a partir de caminhos processuais dissociados dos ditames constitucionais que, ao desaguiarem no Poder Judiciário, são declarados nulos.

Como bem delineado por António Cluny<sup>2</sup>, a responsabilização individual impõe o respeito às garantias constitucionais de natureza procedimental e processual que jamais podem ser afastadas a pretexto de alcançar maior eficácia e eficiência. Encontrar instrumentos jurídicos simples e claros e definir práticas capazes de conferir eficácia e eficiência ao processo de responsabilização pela má gestão dos recursos públicos, sem prejudicar a efetividade, devem constituir uma linha permanente de reflexão, estudos e reforma do sistema.

Posto isso, vê-se de extrema relevância a construção de um Código de Processo de Contas de nível nacional.

Destaca-se que os modelos italiano, espanhol e português estabelecem parâmetros processuais que se harmonizam com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, se adotadas pelos Tribunais de Contas brasileiros, contribuiriam para alcançar seus objetivos constitucionais, preservando a essência constitucional dos interesses públicos primários e secundários, do princípio da segurança jurídica e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em sua conotação material.

Em síntese, a polêmica que envolve o tema é justificada pelo fato de inúmeros doutrinadores, a partir de diversas bases teóricas, chegarem a resultados absolutamente díspares. Tais bases teóricas (daqueles que são a favor ou contra a autonomia do processo de contas) serão expostas ao longo do artigo, sendo o ponto de partida a exploração dos sistemas que regem ou regeram o(s) processo(s) e os contextos históricos e sociais nos quais estavam inseridos.

No contexto, o estudo empreendido buscará demonstrar que o processo deve ser visto como uma garantia contra os abusos estatais, sendo a lei processual de contas um necessário complemento do texto constitucional e não da lei substantiva. Ou seja, a lacuna deve ser colmatada por lei processual que concretize os valores constitucionais e afaste o erro *“psicológico de acreditar que uma mesma pessoa possa exercer funções díspares, como acusar, defender e julgar”*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas* – Contributos para uma Reflexão Necessária. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 292p.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT (1935, p.351) apud NOGUEIRA, Marco Aurélio; CHAGAS, Guilherme Castelhane. A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 14, n. 25, p. 323-359, jul./dez. 2015.

## 2. O PROFUSO MODELO PROCESSUAL DE CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS NO BRASIL

Apesar da existência secular do Tribunal de Contas no Brasil, muito pouco se produziu no campo doutrinário nacional sobre o processo regulador de suas atividades, em especial pela ausência de um modelo normativo central de caráter impositivo a todos os entes federados, ou seja, um código nacional de processo de contas.

Uma investigação jurídica-histórica permite delinear os elementos que conduziram ao profuso modelo processual de controle externo das contas públicas no Brasil por parte dos Tribunais Contas.

Tal omissão legislativa, ao que parece, mesmo após o advento da Emenda à Constituição nº 40, de 2003, que deu nova redação ao inciso V do art. 163<sup>4</sup>, vem se sustentando na análise estanque da competência privativa da União para legislar sobre direito processual prevista no inciso I do art. 22<sup>5</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), ou seja, interpretando-o no contexto do próprio inciso e restringindo-a ao processo judicial.

Observe-se que se negou uma análise sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), qual seja, a combinação entre o inciso I do art. 22, o inciso V do art. 163 e os artigos 71<sup>6</sup> e 73<sup>7</sup>, da qual inevitavelmente decorreria a conclusão no sentido de que o exercício da jurisdição pelo Tribunal de Contas na fiscalização financeira da administração pública exige uma norma processual editada pela União, qual seja, o código de processo de contas.

A literatura dirigida ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, quando não silente sobre o aspecto processual objeto da presente pesquisa, o aborda de forma extremamente lacunosa e desconexa. A título de exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de direito administrativo*<sup>8</sup>, dedica apenas 7 (sete) páginas (p. 967-974) à abordagem do controle externo a cargo do Tribunal de Contas, nos quais se restringe basicamente a parafrasear os artigos constitucionais.

Como dito inicialmente, diante da profusão de ritos processuais editados pelos Entes Políticos da Federação brasileira (União, 26 Estados, Distrito Federal e 2 Municípios),

4 Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

V - **fiscalização financeira** da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

5 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

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

(...)

II - **julgar as contas** dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VIII - **aplicar** aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, **as sanções previstas em lei**, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

(...)

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

(...)

7 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p.

poucos são aqueles que se interessam em doutrinar sobre o tema, gerando assim escassez de debates acadêmicos sobre a temática. Além disso, a falta de uniformidade processual torna deletéria a tentativa de se construir um alinhamento de compreensão sobre o adequado rito processual a ser aplicado. Em regra, os Tribunais de Contas acabam divergindo muito e inexistente instrumento jurídico que assegure uma terceira via em busca da melhor interpretação, ou seja, não existe um real duplo grau de jurisdição.

### 3. A CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO

Dentre os poucos autores que se dedicaram a escrever sobre a natureza jurídico-constitucional do processo de controle externo da Administração Pública no Brasil e a ausência de padronização dos regulamentos processuais, há enormes contradições que as tornam quase insuperáveis. Tais contradições, em regra, ora decorrem dos reflexos da teoria processual tradicional, que considera o processo como propriedade da justiça, ora da natureza do processo no âmbito do Tribunal de Contas.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes teve a oportunidade de perfilhar o caminho para a construção de um modelo processual uniforme, perpassando em parte pelas problemáticas tecidas neste artigo (segurança jurídica, razoável duração do processo, contraditório e ampla defesa), chegando inclusive a apresentar proposta de modelo normativo para se alcançar uma solução. No entanto, adotou como marco teórico a jurisdição como exclusiva do Poder Judiciário e a teoria pura da tripartição de Poderes, o que o levou a peregrinar em direção a proposições de remodelamento absoluto do sistema de controle externo, no qual o Tribunal de Contas passaria a integrar o Poder Judiciário.

Em sua pesquisa, Jacoby adverte que “No Brasil, em várias normas, inclusive na Constituição Federal, perlustra a idéia de que o Tribunal de Contas tem função judicante, fato que só não se consuma porque não integra, sob o aspecto formal, o Poder Judiciário” e registra a posição de Alfredo Buzaid no sentido de que o Tribunal de Contas “ora atua como órgão auxiliar do Congresso, ora como corporação administrativa autônoma, delegado do Legislativo e, até auxiliar do Judiciário, nunca, porém, Corte Judicante ou Corte de Justiça”<sup>9</sup>.

Celso Antonio Bandeira de Mello discorda da teoria processual tradicional, na esteira do pensamento do jurista austriaco Merkel e do italiano Carnelutti, afirmando que o processo, por sua própria natureza, pode dar-se nas funções legislativa e administrativa.

O reconhecimento de que haverá sempre um *iter* – inclusivo de começo, meio e fim – necessário, de direito, para o despertar e o concluir das manifestações estatais levou autores da maior qualificação intelectual

<sup>9</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Regime de controle jurisdicional de contas publicas*. Brasília: MP/TCDF, 1998. 65 p. p. 22-27.

a reconhecerem que processo e procedimento<sup>10</sup> não são patrimônio exclusivo, monopólio (...) da função jurisdicional. Existem também nas funções legislativa e administrativa, permitindo até que se fale, hoje, em um Direito Processual Administrativo.<sup>11</sup>

Vale observar que Merkel admite o **processo judicial** e o administrativo e Carnelutti reconhece a figura do processo em cada uma das funções públicas – legislativa, **jurisdicional** e administrativa, o que traz alerta para o uso das expressões: processo judicial e processo jurisdicional.

Merkel, autor a quem se atribui o mais relevante papel no exaltar-lhe a importância em análise referenciada ao Direito Administrativo, servia-se da terminologia “processo” para denominar tal itinerário sequencial. Este notável mestre, já em 1927, demonstrava com incontável lógica e inobjetable procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo. São suas as seguintes palavras: “Todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançados senão por determinados caminhos. Assim, a lei é a meta a que nos leva a via legislativa e os **atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo**”. Pouco além, aduziu: “A teoria processual tradicional considerava o processo como propriedade da justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável esta redução, porque **o processo, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais (...)**”. Linhas acima observara que o fenômeno processual existe quando “o caminho que se percorre para chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas também o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual”.

[...]

Carnelutti igualmente disse que o processo não é privativo da função jurisdicional, assim como também não o é o procedimento, ambos se estendendo ao campo das funções legislativa e administrativa. Bartolomé Fiorini, outrossim, afirma que de a muito está superada a ideia de que as noções de processo e procedimento são próprias da órbita judicial. Aplicam-se a todas as funções do Estado. Royo Villanova observa que todas **as funções** do Estado não apenas têm de aplicar o Direito substancial, mas **devem fazê-lo segundo certos trâmites e formas**, de maneira a que a legalidade se realize por inteiro [...]<sup>12</sup>

Realmente apresenta-se extremamente complexo desvinciliar-se da teoria que dominou por décadas apregoando ser o processo ligado tão somente à jurisdição em seu sentido judicial (na vertente específica civilista liberal), motivo pelo qual muitos elementos da nova compreensão necessitam ser aperfeiçoados, dentre eles os contornos da jurisdição, pois, um dos equívocos encontrados na doutrina,

10 O autor adota a expressão processo e procedimento como sinônimos. (...) “Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma da outra.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p.500.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 501.

12 Idem. Ibidem. p.501-502.

a partir do reconhecimento da existência de uma “processualidade ampla”, foi o de, aparentemente objetivando ampliar o alcance do processo, restringí-lo ao processo judicial, administrativo e legislativo.

Visivelmente a fonte dessa limitação encontra-se na interpretação da divisão das funções do Estado, feita por uma parte relevante da doutrina, em legislativa, administrativa e jurisdicional (no sentido de judicial), seguindo, assim, o modelo tripartite de Montesquieu. Nessa linha apresentam-se os escritos de Celso Antonio Bandeira de Mello:<sup>13</sup>

(...) Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do **dever** de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece esmagadoramente na doutrina a afirmação de que há uma **trilogia de funções** no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a **jurisdicional**. (...)

Com se sabe, as **funções** legislativas, administrativas (ou executivas) e **judiciais** estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes” (...)

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício desta aludida função entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também o brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a **preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome**. (...)

Miguel Seabra Fagundes, por sua vez, ressalta que a “divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas” e alerta para o fato de que frequentemente “se recrimina o publicista do *Espírito das leis*, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (...) convertida em separação irracional tem acarretado”<sup>14</sup>.

Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização da doutrina de Miguel Seabra Fagundes, alerta que “o princípio da separação dos poderes merece releitura diante de um novo Estado, entendendo-se que tal preceito, muito mais que postulado da ciência política, é norma jurídica, e como tal deve ser interpretada. Por outro lado, a separação de poderes possui ainda um núcleo duro essencial”.<sup>15</sup>

Miguel Seabra Fagundes avança sobre a temática da jurisdição **versus** administração para tecer o seu ponto de vista diferenciador à luz da tripartição dos poderes.

Em tese que ofereceu a debate na VII Conferência Interamericana de Advogados (São Paulo, 1954), Celestino Sá Freire Basílio, reportando-se à concepção de Roger Bonnard, segundo a qual a função judicante se caracteriza pela remoção das situações contenciosas surgidas a

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 29-32.

14 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 537p. p.3, Nota de rodapé 2.

15 Idem. *Ibidem*. p. 6

propósito da atuação dos direitos subjetivos, pondera: **“não é no surgimento da situação contenciosa, pela defesa de um direito subjetivo, que se apóia a função jurisdicional**, como quer Bonnard mas em outro elemento de valor intrínseco muito maior, qual seja o da natureza da eficácia do **ato administrativo**, essa aptidão do fato para produzir, em virtude de seus requisitos, efeitos jurídicos, e também do evento em converter-se em situação jurídica final – ato jurídico – no conceito de Carnelutti”. (grifamos)

E conclui **“que o exercício da função jurisdicional reside na declaração de eficácia do ato jurídico ou na sua negação. Esse o conteúdo material de que a situação contenciosa é mero procedimento”**.<sup>16</sup> (grifamos)

[...]

O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. A primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultados do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional. Mas o *momento* em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o *modo* e a *finalidade*, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.<sup>17</sup>

[...]

Embora o exercício da função jurisdicional não coincida em tudo com as atribuições do Poder Judiciário, órgão do poder público que lhe corresponde nominalmente na estrutura do Estado, é seguindo a marcha para a autonomia progressiva dos elementos incumbidos de distribuir justiça que bem se pode acompanhar o seu lento processo de cristalização. [...] Na Inglaterra, como na França, primeiro se manifesta a separação das funções do Estado em dois ramos (legislação e administração) [...] Quando Montesquieu expende a teoria da divisão dos poderes, ainda as instituições inglesas da época, nas quais se inspirou, não continham, nitidamente, a tripartição dos poderes públicos. [...] A distribuição da justiça se tornou então autônoma e começou a existir a jurisdição como função do Estado, com papel distinto no processo executivo do direito. [...].<sup>18</sup>

José dos Santos Carvalho Filho leciona que “a cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função”.

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. [...]

Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (*funções típicas*), desempenham também funções que

<sup>16</sup> Idem. Ibidem. p.12. Nota de rodapé 11.

<sup>17</sup> Idem. Ibidem p. 13-15.

<sup>18</sup> Idem. Ibidem p.14. Nota de rodapé 14.

materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (*funções atípicas*), sempre, é óbvio, que a Constituição autorize.

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função **jurisdicional** quando o Senado **processa e julga** o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF). [...] (grifamos)

[...]

[...] A **função jurisdicional** típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de **definitividade** (*res iudicata*), é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo.

[...] onde não há a criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa.<sup>19</sup>

O Tribunal de Contas, por disposição constitucional exerce função jurisdicional<sup>20</sup>, não sendo nem administrativa nem judicial. Se num primeiro momento era razoável a inserção do controle das contas públicas no contexto da Administração, a evolução do sistema constitucional gerado pelas drásticas mudanças sociais ocorridas nas últimas três décadas impõe uma necessária releitura, impulsionada por um fenômeno idêntico ao que ocorreu com a função judicial.

### 3.1. A PROCESSUALIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS

A par da já aparente contradição entre limitar as divisões de funções com atrelamento a cada uma delas o exercício por um “Poder” específico e afirmar que não há rigidez absoluta quanto a “exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome”<sup>21</sup>, decorre um segundo equívoco de grande relevância para o presente estudo, o de inserir a processualidade do Tribunal de Contas no processo administrativo, quando por expressão da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) o Tribunal de Contas é órgão dotado de jurisdição, sendo, portanto, órgão jurisdicional, tal como o Poder Judiciário, com o qual não se confunde, nem o integra.

Pontes de Miranda já alertava para a função jurisdicional do Tribunal de Contas, reconhecendo-lhe atributos judiciais, desde a Constituição de 1891, independente de sua posição entre Poderes.

O Tribunal de Contas, segundo a Constituição de 1891, (...) Tratava-se, pois, de auxiliar do Congresso Nacional, que, em nome do legislador e por conta dele, procedia. Órgão de fiscalização do Poder Executivo - e não **órgão do Poder Executivo**. Órgão de cooperação ou de auxílio, sim, porém não do Poder Executivo - do Poder Legislativo.

[...]

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p. p. 3-5.

20 A Constituição de 1988, a par de atribuir ao Tribunal de Contas a função jurisdicional como primordial no caput do art 73 e no inciso II, VIII, IX e X do art. 71, também incluiu atribuições de controle externo de natureza não jurisdicional nos incisos I, III, IV, V, VI, VII e XI.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p.248.

A Constituição de 1934 considerou-o órgão de cooperação nas atividades governamentais. (...) O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o elemento judiciário que já êle tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias dos seus membros (...).

[...]

a) A que poder pertencia o Tribunal de Contas de 1934? (...) Era órgão do Poder Executivo? Não fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com êle, seria exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restrigente. Cooperação de órgãos heterogêneos. Era órgão do Poder Judiciário? A composição dele era, não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100 e parágrafo único). Não estava, porém, compreendido na expressão “tribunais federais” do art. 81, muito embora o estivesse na expressão “tribunais federais” dos arts. 70, §§ 1.º e 2.º; e 76, 1), *f*). Era órgão do Poder Legislativo? Em parte: as suas atribuições de 1891, que conservava, eram de órgão auxiliar do Poder Legislativo, especialmente da Câmara dos Deputados, a que incumbia a tomada de contas (arts. 29, 56, 4.º, e 57, *f, g e h*); mas a que se lhe acrescentou em 1934 o fêz órgão auxiliar do Poder Judiciário: julgava contas de funcionário e mais pessoas responsáveis por dinheiros e bens públicos. Em órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo.

**Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.”**

[...]

b) A que poder pertencia o Tribunal de Contas na Constituição de 1937? (...) Ao Poder Judiciário, posto que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. (...) A Constituição de 1946 teve o tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo, tal como defendíamos, de *iures condendo*. Mas a de julgar ficou-lhe. No plano material, era corpo judiciário; no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional.

O texto constitucional de 1967 pôs no Poder Legislativo o Tribunal de Contas (...)

Retirou-se quase toda a função judiciária do Tribunal de Contas<sup>22</sup> (...).

Como bem delineada pelo Min. Ayres Britto, ecoando Pontes de Miranda<sup>23</sup> no contexto da Constituição de 1988, a natureza jurídico-política dos Tribunais de Contas é de órgãos que integram diretamente a pessoa jurídica da União, do Estado e do Município, conforme o caso, não fazendo parte de nenhum dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judicial), ou seja, estão ao lado destes.

[...] 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/

22 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 246-254.

23 “Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição”. Idem. Ibidem. p. 246-254.

Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

[...]

A referência organizativo-operacional que a Lei Maior erige para os Tribunais de Contas não reside no Poder Legislativo, mas no Poder Judiciário. Esta a razão pela qual o art. 73 da Carta de Outubro confere ao Tribunal de Contas da União, “no que couber”, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. Devendo-se entender o fraseado “no que couber” como equivalente semântico da locução *mutatis mutandis*; ou seja, respeitadas as peculiaridades de organização e funcionamento das duas categorias de instituições públicas (a categoria do Tribunal de Contas da União e a categoria dos órgãos que a Lei Maior da República eleva à dignidade de um tribunal judiciário).

[...]

Diga-se mais: 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. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia.

[...] O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.<sup>24</sup>

Evidente, portanto, que a processualidade do Tribunal de Contas encontra-se inserida no campo jurisdicional, que numa vertente expressa a processualidade judicial e na outra a processualidade de contas. Já não se mostra cabível a concepção vetusta de somente o Poder Judiciário exercer jurisdição.

José dos Santos Carvalho Filho, ao abordar sobre os tipos de controles, em raciocínio que contraria a posição constitucional do Tribunal de Contas como órgão de Controle Externo da Administração Pública, afirma ser a Corte de Contas um órgão do Poder Legislativo que fiscaliza externamente o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Isso nos levaria a concluir que o Tribunal de Contas seria um órgão de controle interno do Poder Legislativo, o que seria absurdamente inconstitucional.

O **controle legislativo** é aquele executado através do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública. [...] Exemplo desse controle é o exercido pelos Tribunais de Contas, órgão de controle financeiro que integram o Legislativo das diversas esferas da federação.

O **controle judicial** é o levado a efeito pelo Poder Judiciário. [...]

[...] o **controle administrativo** é o que se origina da própria Administração Pública. Significa aquele poder que têm os órgãos que a compõem, de fiscalizarem e reverem seus próprios atos, controle, aliás, normalmente denominado de **autotutela**. [...] <sup>25</sup>

[...]

24 BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

25 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p. p. 931.

[...] É o controle externo que dá bem a medida da harmonia que deve reinar entre os Poderes, como o impõe o art. 2º da CF. Por envolver aspectos que de alguma forma atenuam a independência entre eles, esse tipo de controle está normalmente contemplado na Constituição. É o caso do controle do Judiciário sobre os atos do Executivo em ações judiciais. Ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário.

[...]

Note-se, por oportuno, que o controle legislativo abrange basicamente os atos do Poder Executivo e alguns atos do Poder Judiciário. É lógico que o Legislativo exerce também o controle sobre sua administração, mas esse controle é interno, diversamente do que exerce sobre os demais Poderes, que é externo.<sup>26</sup>

[...]

A outra é o **controle externo**. Este é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, como enuncia o art. 71 da CF. O Tribunal de Contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua atuação é de caráter **auxiliar e especializado**, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição específica de exercer esse tipo de controle.<sup>27</sup>

Por óbvio que o Tribunal de Contas não faz parte da estrutura do Poder Legislativo e seguindo as diferenciações apresentadas pelo autor, não se trata de controle legislativo, judicial ou administrativo da Administração Pública. A uma porque não faz parte do Poder Legislativo, sendo controlador autônomo, que teleologicamente acaba auxiliando o Poder Legislativo em seu papel de controle. A duas porque não faz parte do Poder Judiciário e, portanto, não exerce o controle judicial. A três porque não faz parte da estrutura administrativa de nenhum dos Poderes. Tanto é assim que Constituição lhe outorgou a competência jurisdicional, que não se confunde com judicial.

Num esforço atípico em busca de afastar o Tribunal de Contas do campo da autonomia e da posição política de órgão jurisdicional de controle externo da Administração Pública, ou seja, de impor um raciocínio reducionista do plexo normativo constitucional, José dos Santos Carvalho Filho, chegou a afirmar que:

“O termo *judgar* 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 administrativo”.<sup>28</sup>

Para o doutrinador, o que significa então condenar ao ressarcimento ao erário, decretar a perda do cargo público, declarar a inidoneidade para contratar com o poder público?

As literaturas, em regra, aparentemente focadas na concepção de jurisdição ser exclusividade do Poder Judiciário, embaralham os conceitos de processo e procedimento jurisdicional (gênero) e processo e procedimento judicial (espécie),

<sup>26</sup> Idem. Ibidem. p. 989.

<sup>27</sup> Idem. Ibidem. p. 992.

<sup>28</sup> Idem. Ibidem. p. 995.

do qual este é espécie daquele. Na esteira do explicitado no art. 73 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), está-se diante de autêntico processo integrante do gênero jurisdicional, uma vez que o Tribunal que irá dele lançar mão detém jurisdição (Art. 73. O Tribunal de Contas da União [...] e **jurisdição** em todo o território nacional [...]). As distinções decorrem pura e simplesmente “da natureza diferente das finalidades de cada um e da diferente posição e caráter dos órgãos cuja atividade disciplinam”<sup>29</sup>. Sendo um processo jurisdicional, não se pode rotulá-lo de *sui generis* nem de processo administrativo.

Nessa linha o Min. Ayres Britto preconiza que “os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos”<sup>30</sup>. Alerta-se nesse ponto que o Min. Ayres Britto acertadamente não usa nessa sua afirmação a expressão jurisdicional, mas sim “judiciais”. Disse-se isso porque a Jurisdição não se limita a Judicial. Da função Jurisdicional, que nos permite afirmar existir um gênero que se denomina “Processo Jurisdicional”, deriva os subprodutos Processo Judicial e Processo de Controle Externo (ou de Contas).

A Constituição da República Federativa do Brasil já delineou claramente o espaço do Tribunal de Contas ao dotá-lo de Jurisdição. Assim, as suas decisões são dotadas de inafastabilidade, não se aplicando o art. 5º, XXXV, porquanto este prevê que a “lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”, ou seja, quem excluiu do alcance do Poder Judiciário foi a própria Constituição.

Apesar dessa clareza constitucional, há doutrinadores que insistem em interpretar a Constituição da República com os olhos reducionistas de que a Jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Ao fazerem isso, naturalmente, ficam míopes ao fato de que a Constituição da República estabeleceu os limites do Poder Judiciário para a revisão das decisões dos Tribunais de Contas. Assim, não se apresenta adequado amparar-se na vedação do art. 5º, XXXV, da Constituição, para o qual nenhuma norma infraconstitucional (lei) poderá definir matérias não sujeitas ao controle pelo Poder Judiciário (controle judicial).

Tal dispositivo deixa cristalina a reserva constitucional para essa matéria, que até é possível, com relevante esforço hermenêutico, atribuir ao termo lei a generalidade suficiente para alcançar também as Emendas Constitucionais. Assim restaria classificada a norma constitucional como cláusula pétrea.

Mesmo que toda essa engenharia hermenêutica obtivesse êxito, jamais alcançaria as decisões emanadas dos Tribunais de Contas, uma vez que o próprio texto originário atribuiu natureza jurisdicional às decisões dos Tribunais de Contas e, portanto, ordinariamente a sua inafastabilidade pelo Poder Judiciário. Ressalta-se a expressão

29 GAROFANO, Rafael Roque. *Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública*. Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11208](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208). Acesso em: 15 maio 2017.

30 BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

ordinariamente porque ao Poder Judiciário, extraordinariamente, via controle judicial da constitucionalidade, é atribuído o poder de declarar nula qualquer decisão exarada de si mesmo e dos demais órgãos e poderes.

Sob a égide da Constituição de 1969, Seabra Fagundes alertava que a “Constituição Federal impõe, quase integralmente, a unidade jurisdicional para o controle da Administração Pública”<sup>31</sup> e ressaltava que “somente em casos estritamente previstos na própria Constituição (...), haverá situações contenciosas, nascidas de atos da Administração Pública ou indiretamente com eles relacionados, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário”<sup>32</sup> e citou existir duas exceções restritas ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário.

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 Estados, 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.<sup>33</sup>

[...]

Não obstante isso, o art. 70, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade “das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, o que implica investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *juízo*, 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 (...) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.<sup>34</sup>

Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização da doutrina de Miguel Seabra Fagundes<sup>35</sup>, ressaltou que o exemplo do Tribunal de Contas não se aplica na vigência da Constituição de 1988, por força do art. 5º, XXXV. Ocorre que o revisor não se atentou para o fato de que a exceção decorre do próprio texto constitucional e não de norma infraconstitucional, ou seja, de que a generalidade do referido inciso somente é cabível nas hipóteses em que a Constituição não tenha tratado de forma diversa.

Pontes de Miranda já afirmava que “Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejuilgasse depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal julgava, ou não julgava.”<sup>36</sup>

31 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p. p.159.

32 Idem. Ibidem. p.166

33 Idem. Ibidem. p. 166-167

34 Idem. Ibidem. p.170

35 Idem. Ibidem. p. 167

36 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 251.

Celso Antonio Bandeira de Mello, no entanto, ao continuar sua profecia sobre o tema discorre que “o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual”<sup>37</sup> e que a função jurisdicional é exclusiva do Poder Judiciário.

Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.<sup>38</sup>

Em outra passagem de sua obra, Celso Antonio Bandeira de Mello, ao falar de alguns sistemas europeus, nos quais existem Tribunal de Contas que exercem plenamente a jurisdição (aceita pelo doutrinador), reserva-se a citar a jurisdição do Conselho de Estado, generaliza os órgãos independentes, e os incluem indevidamente na Administração, ou seja, mantém-se fiel as suas percepções construídas em outro tempo histórico-social-político-normativo.

Certas parcelas do campo recoberto pela função administrativa, isto é, certos capítulos do Direito Administrativo são excluídos de sua órbita de estudos e tratados em apartado, como ramos do Direito – caso do “Direito Tributário”, do “Direito Financeiro”, do “Direito Previdenciário” – conquanto se constituam em unidades temáticas tão sujeitas ao regime jurídico administrativo como quaisquer outras. (...) <sup>39</sup> p. 37-38

[...]

(...) a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e polo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. (...) <sup>40</sup>

[...]

(...) com Léon Duguit, uma linha de pensamento quase que inversa, pretendendo substituir a *puissance publique*, até então havida como noção matriz e polo aglutinador dos institutos de Direito Administrativo, pelo conceito de “serviço público” proposto como pedra angular deste ramo jurídico. <sup>41</sup>

[...]

O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária. p. 55

[...]

Partindo do universal para o particular, diríamos que o Direito Administrativo, entroncado que está no Direito Público, reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 35.

38 Idem. Ibidem. p. 36.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 37-38.

40 Idem. Ibidem. p. 44.

41 Idem. Ibidem. p. 44-45.

particulares considerados em sua individuada singularidade.<sup>42</sup>  
[...]

Nos países do continente europeu, em sua grande maioria, o controle jurisdicional da Administração, em relação à quase totalidade dos atos administrativos, não é feito pelo Poder Judiciário, mas por órgãos independentes e autônomos que, todavia, são integrantes da própria Administração. Dito modelo resulta de peculiaridades históricas próprias da vida daqueles países e da formação dos respectivos Direitos Administrativos.

Entre nós, que adotamos, neste particular – e felizmente –, o sistema anglo-americano, há unidade de jurisdição, isto é, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional. (...)<sup>43</sup>

Jorge Ulisses Jacoby, demonstra em sua doutrina uma contradição interna, qual seja, admite a exceção constitucional (que já existe no art. 73) e atêm-se à inafastabilidade da revisão judicial diante da impossibilidade de norma infraconstitucional criar excessão. Com isso admite a revisão judicial das decisões no exercício das demais funções públicas.

Parece uníssono, entre nós – tanto no direito administrativo, quanto no processual –, o entendimento de que o Brasil adota o sistema de *jurisdição única*, ou inglês, significando que somente o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional (...)

O ponto fundamental de arrimo para os estudiosos sustentarem a adoção pelo Brasil do sistema de jurisdição única é o atual art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, cujo teor, presente também nas constituições pretéritas, é indispensável lembrar: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

[...]

A disposição do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão não integrante do Poder Judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.<sup>44</sup>

[...]

Não se furta do conhecimento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece ao Poder Judiciário o poder de revisão das decisões dos Tribunais de Contas, como cristalizado por Pontes de Miranda em 1970.

Desde 1896 que a regulamentação do Tribunal de Contas, conforme dissemos, lhe conferiu o julgamento das tomadas de contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Não estava isso, todavia, na Constituição, e **o Supremo Tribunal Federal, que, a princípio, dava inteiro valor às regras da legislação ordinária, passou a criar óbices à aceitação do Tribunal de Contas como julgador. Um tanto, como teremos, várias vezes, ensejo de mostrar, a luta entre o pensamento civilístico dos membros componentes da**

42 Idem. Ibidem. p. 55.

43 Idem. Ibidem. p. 89.

44 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1004p. p. 151-152

**alta Côrte e os princípios de direito público.** Muito se falou, então, na unidade jurisdicional: não poderia haver duas Justiças; *uma lex, una iurisdictio*. A voz dos publicistas, como NUNO PINHEIRO e DÍDIMO DA VEIGA, pouco adiantava, no esclarecimento da missão do Tribunal de Contas, pela impenetrabilidade da **mentalidade de alguns juízes, forrada de princípios de direito civil e de direito processual comum.** (Grande espanto teriam tido os que se apegavam à tripartição dos poderes públicos se vissem funcionar o Tribunal de Contas do art. 79 da Constituição de 1934, julgando, em recursos, atos e decisões definitivas do Poder Executivo!).<sup>45</sup>

Na égide da nova ordem constitucional de 1988, pela linha da jurisprudência<sup>46</sup>, que apesar de reconhecer a possibilidade, limita-a a questões diversas da relativa ao mérito da decisão, deduz-se, em acréscimo aos apontamentos de Pontes de Miranda, que também é fruto de uma reação do Poder Judiciário ao alto nível de inconsistências nas decisões proferidas pelas Cortes de Contas, em especial, as decorrentes da falta de uma uniformização processual.

As consequências da ausência de uma adequada resposta aos anseios sociais são bem delineadas pelo Min. Ayres Britto.

O desiderato constitucional é este. **Se, na prática, os Tribunais de Contas ainda não corresponderam à confiança da gloriosa Lex Legum de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir.** Tal como se deu no âmbito do Ministério Público, instituição que, zelosamente guardada pela Constituição, da Constituição cuida com um tipo de zelo que mais e mais desperta na consciência coletiva toda admiração e todo aplauso. No que já está sendo seguido (o Ministério Público) por largos segmentos do Poder Judiciário, notadamente os formados por juízes singulares.<sup>47</sup>

Em um segundo momento, o Min. Ayres Britto esboçou a sua compreensão sobre

45 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 250-251.

46 O Supremo Tribunal Federal firmou posição, na égide das Constituições anteriores à de 1988, no sentido de que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas se sujeitam à revisão judicial quando: a) proferidas sem a observância das garantias processuais constitucionais do contraditório e ampla defesa, ou seja, aspecto formal substancial (MS 6.960, de 31.07.1959; e MS 7.280, de 20.06.1960) b) afrontem manifestamente a lei (MS 5.490, de 20.08.1958; MS 7.280, de 20.06.1960; e RE 67.127, de 30.04.1969) ou c) evada de abuso de poder (MS 5.490, de 20.08.1958).

Tal posicionamento se mantém hígido na vigência da Constituição de 1988, mormente quando o STF externou sua compreensão no MS 21.466, de 19.05.1993, no sentido de que “Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta” e no MS 33.671, 11.09.2015, no sentido de que, “com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais vieram a ser investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República”. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, reconheceu a tangibilidade das decisões do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário somente quando: a) proferidas sem observância das formalidades substanciais, em especial das garantias do contraditório e da ampla defesa (MS 24.510, de 19.11.2003; MS 25.116, de 08.09.2010; e MS 24.389, de 10.04.2012); e b) manifestamente afrontar a lei (MS 29.468, de 19.12.2010; e MS 34.705, de 29.09.2017).

O Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.390.236, de 08.04.2015 externou posicionamento no sentido de ser “cabível a revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, se, dentro dos termos constitucionais, verificar-se lesão a um direito individual ou, ainda, no caso de ilegalidade. Em outros termos: uma vez que devem observância aos princípios constitucionais, as decisões proferidas em feitos das Cortes de Contas são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, quando daqueles se apartarem. Acresça-se que o mérito das decisões das Cortes de Contas não é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, a este órgão cabendo apenas analisar o aspecto legal e o procedimento adotado pelo referido Tribunal. Nesse tocante, não se pode olvidar o preceito da inafastabilidade da jurisdição, já que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito(art. 5º, XXXV, da CF/88).”

47 BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <[http://direitopublico.com.br/pdf\\_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf](http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf)>. Acesso em: 15 abr. de 2017.

a possível revisão das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário, mas que merece nota, uma vez que, nos claros termos da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), os Tribunais de Contas exercem plenamente a jurisdição, detendo portanto todas as características da jurisdição, e seus atos não estão constitucionalmente submetidos à revisão judicial ordinária, ou seja, somente a Corte Constitucional poderia declarar inválida uma decisão de Tribunal de Contas, se proferida em desacordo com o texto constitucional.

[...] fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

[...]

Algumas características da jurisdição<sup>48</sup>, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. (...) o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processo de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete a competência judicante do Supremo Tribunal Federal (...). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas.<sup>49</sup>

A nota que merece a manifestação doutrinária acima é no sentido de a jurisdição não ser exclusiva do Poder Judiciário e nem com ele confundir, e na expressão do próprio doutrinador, “quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras” contidas no artigo 73<sup>50</sup>.

É evidente que os Tribunais de Contas brasileiros não são órgãos do Poder Executivo, nem do Poder Legislativo, nem do Poder Judiciário. A Constituição da República Federativa (1988) o estruturou à parte, sem se apegar à tradicional tripartição dos Poderes de Montesquieu. Tal como o Ministério Público, o Tribunal de Contas é um órgão dotado de todas as características essenciais dos Poderes nomenclaturados na Constituição, não se apresentando sustentável buscar a redução da expressão do Tribunal de Contas quando a própria Constituição da República caminhou em outro sentido.

A concepção pura da tripartição dos Poderes já não alcança sua magnitude no modelo

48 Pressupõe-se que a palavra jurisdição está sendo empregada pelo autor como sinônimo de jurisdição judicial.

49 BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br/pdf/9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>>. Acesso em: 15 abr. de 2017.

50 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

constitucional de 1988 iluminado pela evolução social-econômica-jurídica atingida no ano de 2017. No modelo constitucional de 1988 o Poder Executivo não mais somente executa os comandos da Lei e da Constituição (função administrativa), mas também produz normas de efeitos abstratos (função legislativa) por meio de Medidas Provisórias e Decretos Autônomos. O Poder Legislativo não só produz normas de efeitos abstratos (função legislativa), mas também julga o presidente da república em caso de *impeachment* (função jurisdicional).

É evidente que diante da nova ordem constitucional firmada em 1988 apresenta-se ilógico e até incoerente negar a jurisdição aos Tribunais de Contas, como se a mesma fosse monopólio do Poder Judiciário.

Também, como está posto na Constituição, os Tribunais de Contas não são tribunais administrativos, como tem afirmado uma parte relevante da literatura, até para justificarem um eventual enquadramento de sua processualidade no campo do processo administrativo.

Ao revisitar-se a doutrina de Seabra Fagundes verifica-se que o doutrinador apresenta uma tripartição da função de controle da Administração Pública.

Para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica, existe um tríptico sistema de controle das suas atividades: *controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional*. O controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei [Na Jur: v. Súmulas 346 e 473 do STF].

O controle legislativo ou parlamentar compete ao Poder Legislativo. É essencialmente político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo. Só indiretamente ampara o direito individual, em face do ato administrativo pelos benefícios implicitamente consequentes da boa aplicação da lei. [...]

Ao Poder Judiciário compete o exercício do controle chamado *jurisdicional* ou *judiciário* (conforme se tome por base a denominação da função ou do órgão)<sup>51</sup>

Veja-se que ao tomar-se como marco o conceito do autor de Controle Administrativo e de Controle Legislativo, jamais poderia ser neles inserida a natureza do controle exercido pelos Tribunais de Contas.

Apesar de encampar o conceito apresentado por Seabra Fagundes, contraditoriamente, Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização, cita exatamente o controle exercido pelos Tribunais de Contas como exemplo de controle administrativo.

Recentemente o STF adotou, por maioria, a tese aqui esposada. Nesse caso, entendeu-se necessário que se assegure o contraditório e a ampla defesa a particular que teve cancelado, pelo Tribunal de Contas da União,

51 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p. p. 124-132.

pagamento de pensão concedida há 18 anos. O entendimento majoritário foi o de que mesmo que se trate de autotutela administrativa, mister é garantir os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.<sup>52</sup>

Em sequência, Seabra Fagundes leciona que:

[...] o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado, que dele se destaque apenas com o fim de dividir metodicamente atribuições (*Administração ativa e Administração contenciosa*, como dizem os franceses), não infunde confiança. [...] a grande vantagem da apreciação jurisdicional desses atos decorre das garantias que a evolução do direito político tornou inseparável do Poder Judiciário, dando-lhe condições de independência assecuratórias de imparcialidade no exercício das suas atribuições. Nem procede a objeção que se possa fazer da possibilidade de outorgar aos funcionários dos tribunais administrativos garantias próprias dos magistrados comuns, porque, como nota Ranelletti, isto seria equipará-los a estes, pondo-os a cavaleiro das influências do Poder Executivo, já não havendo razão para repelir, só por si, a entrega ao Poder Judiciário, como órgão único, do controle jurisdicional. A distinção que se fizesse, então, entre os tribunais administrativos e comuns, seria puramente formal.<sup>53</sup>

Tal assertiva é perfeita para uma adequada análise da função do Tribunal de Contas. As garantias que detém seus membros, bem como as conferidas à própria instituição, conduz a uma clara semelhança com o Poder Judiciário. Só não é integrante do Poder Judiciário por opção do constituinte, o que não exclui a sua natureza de órgão jurisdicional.

Com as notas necessárias, no sentido de não se tratar de tribunal administrativo tampouco político-administrativo, mas sim de tribunal político-jurisdicional, mais especificamente, jurisdicional de contas, registra-se as ponderações do Min. Ayres Britto:

as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição” (art. 18, caput, negrito à parte). E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional.<sup>54</sup>

O próprio Min. Ayres Britto, em palestra proferida no V Encontro Nacional de Contas em Cuiabá-MT<sup>55</sup>, expressa seus questionamentos quanto a forma utilizada para

52 Idem. Ibidem. p.129.

53 Idem. Ibidem. p. 156-158.

54 BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

55 BRITTO, Carlos Ayres. *O futuro dos Tribunais de Contas*. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Campo Grande. 11ª ed. Publicação semestral, p. 6-11, dez. 2016.

interpretar a Constituição no que tange aos Tribunais de Contas.

(...) Como é que a gente pode interpretar a Constituição de modo tão desprimoroso quanto ao próprio uso das palavras de que se valeu a Constituição. Agora, é difícil porque pensar fora da caixa não é fácil (...)

Quem é que tem coragem de enterrar ideias mortas? As ideias estão mortas, mas uma sociedade conservadora conserva estas ideias em formol, nas prateleiras da subjetividade. (...)

Aos poucos, nós vamos entendendo o regime jurídico-constitucional dos Tribunais de Contas, porque não se pode o tempo todo tapar o sol com a peneira. (...)

(...) Essa Constituição de 1988 foi muito novidadeira. E paga um preço pela ousadia, pela audácia, de trazer para os quadrantes do direito brasileiro, do estado brasileiro, da sociedade brasileira, novidades a perder de conta, e novidades boas, alvissareiras, de civilização da nossa vida, de democratização, de humanização das relações públicas. Quando uma Constituição assim, extremamente novidadeira, é promulgada, numa sociedade conservadora como a brasileira, há muito boicote, até inconsciente. Há muita reação consciente e há muito boicote inconsciente. Os juízes não querem perder as suas reflexões, suas pesquisas, as suas deduções, já constantes de suas decisões. (...) Ninguém quer sair da zona de conforto intelectual. (...) O hábito é uma segunda natureza, é uma segunda pele. (...)

(...) Olha, as pré-compreensões, as pré-interpretações, para não dizer os preconceitos, fazem muito a cabeça da gente. (...) Dizia Goethe, há poder, gênio e magia na audácia, mas não é todo mundo que se dispõe a esse tipo de enfrentamento porque corre riscos, dá trabalho. Então, a velha ordem constitucional, os valores nascidos à luz da velha ordem constitucional, para não dizer às sombras, estão ali incrustados no inconsciente coletivo. Há um ativismo conservador brasileiro reconhecido. (...)<sup>56</sup>

Na toada das ponderações acima, observa-se que a dialética clássica de se reconhecer ao Poder Judiciário a exclusividade da jurisdição desserve à compreensão constitucional do alcance jurisdicional das funções do Tribunal de Contas. É necessário arrimar-se em uma segunda via para escapar dos rótulos pré-concebidos, de forma a evitar trágicas incompreensões que entavam a produção intelectual de um processo regulador do exercício da jurisdição do Tribunal de Contas. Apropriando-se das palavras de Ana Flávia Sales, em parafraseamento dos ensinamentos do Professor Rosemiro Pereira Leal<sup>57</sup>, deve-se “contornar as afirmações peremptórias de verdades ou negações que tanto tem banalizado o estudo do direito na contemporaneidade<sup>58</sup>”, de forma a desconectar-se da lógica geral ancorada em “argumentos autoritários” produtores de “verdades” “construídas por repetições”, que se “rege a *práxis* dos Tribunais”<sup>59</sup>.

56 Idem. *Ibidem*. p. 8-10.

57 LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b. p. 191.

58 SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 287.

59 LEAL (2010b, p. 152-7) apud SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 285.

#### 4. A UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL

Apesar da escassez doutrinária nacional relativa ao processo de contas, tem-se ao alcance a literatura italiana, portuguesa e espanhola. Nesses Estados, por serem dotados de codificação processual de contas única, até por serem Estados Unitários, houve um maior interesse acadêmico sobre o tema, que em muito poderia contribuir com a padronização dos regulamentos processuais de controle externo brasileiros.

A escolha do modelo processual de contas italiano, espanhol e português como base para o desenvolvimento de uma metodologia processual de contas para o Brasil decorre do alinhamento entre o modelo federativo brasileiro, originário de um movimento constitucional centrífugo, no qual o Estado Unitário se transformou em Estado Federado, e o modelo de Estado Unitário daqueles, os quais são dotados de Regiões Autônomas que muitas vezes superam o nível de autonomia dos entes federados estaduais e municipais brasileiros.

Além disso, os três Estados paradigmas possuem peculiaridades relevantes no controle das contas públicas, que se alinham à perspectiva para o Brasil. Portugal possui um Tribunal de Contas dotado de soberania e imutabilidade de suas decisões finais, ou seja, não sujeita à revisão pelo Tribunal Judiciário, ao mesmo tempo em que é garantido o efetivo duplo grau de jurisdição. A Espanha possui um Tribunal de Contas<sup>60</sup> dependente das Cortes Generales (Senado e Câmara dos Deputados), mas dotado de função jurisdicional exclusiva e plena<sup>61 62</sup>, ou seja, não revisável pelo Judiciário. Na Espanha, nem mesmo o conflito de competência envolvendo o Tribunal de Contas pode ser conhecido pelo Poder Judiciário, uma vez que essa competência foi atribuída ao Tribunal Constitucional<sup>63</sup>, que não integra o Judiciário<sup>64</sup>, sendo tratado em capítulo diverso daquele destinado ao Judiciário (TÍTULO VI - Del Poder Judicial e TÍTULO IX - Del Tribunal Constitucional) e havendo expressa incompatibilidade do exercício da judicatura pelos seus membros.

A Itália possui um Tribunal de Contas efetivamente integrante do Judiciário<sup>65</sup>, com função jurisdicional plena e exclusiva em matéria de controle externo, apesar de relacionar-se diretamente com o Poder Legislativo<sup>66</sup>. Somente é admitido recurso à Corte de Cassação quando a matéria em discussão for a relativa à competência jurisdicional, ou seja, conflito de competência<sup>67</sup>. Ressalta-se que, diferente da Espanha, cuja competência para conhecer do conflito de competência é do Tribunal Constitucional, na Itália, tal competência é da Corte de Cassação, órgão máximo do próprio Poder Judiciário.

60 ESPANHA. "Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978", com as modificações até "27 de septiembre de 2011", e nas que lhe antecederam;

61 Exceto no que concerne ao exame das Conta Geral do Governo, cuja análise se dá por delegação das "Cortes Generales".

62 ESPANHA. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Artículo diecisiete.

63 *Ibid.* Artículo octavo. Uno. **Los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional.**

64 *Ibidem.* Artículo 159

65 ITÁLIA. "Costituzione Della Repubblica Italiana del 27 dicembre 1947" e nas que lhe antecederam;

66 *Ibidem.* art. 100

67 *Ibidem.* art. 111

Para suscitar um ponto de reflexão, na Itália, com base nos eventos históricos e jurídicos, que se refletiram na Constituição de 1948, a doutrina consolidou seu entendimento no sentido de haver duas ordens de jurisdição, a administrativa e a judicial. Na primeira compreendem estar inseridas a jurisdição do Conselho de Estado, a jurisdição do Tribunal de Contas, a jurisdição tributária e a jurisdição dos Tribunais das águas públicas.

Claramente a Constituição italiana derroga o absolutismo do princípio fundamental da unidade de jurisdição, ao atribuir, por exemplo, jurisdição exclusiva ao Conselho de Estado<sup>68</sup>, em matérias que envolvam interesses legítimos e direitos subjetivos de um cidadão face à administração, e ao Tribunal de Contas, em matérias relacionadas ao controle prévio ou *a posteriori* da gestão do Estado.

Diz-se derroga o absolutismo porque ainda há uma preponderância da jurisdição judicial, uma vez que compete ao mais elevado órgão judicial (Suprema Corte) decidir os conflitos de atribuição e jurisdição (competência) e os embargos de nulidade por excesso de poder jurisdicional (incompetência) relacionados a todos os demais órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, Charles Etori explica que:

O princípio da unidade de jurisdição domina o conjunto. Proclama a prioridade do judiciário. Daí o papel supremo da mais alta Corte de justiça, que regulamenta os conflitos e julga o excesso de poder jurisdicional, tribunal superior a todas as jurisdições ordinárias ou especiais. Daí a ausência de divisionismo entre as duas ordens de jurisdição que não se movem paralelamente, cada qual na sua esfera.<sup>69</sup>

Diante de todo esse contexto, observa-se que a escassez de doutrina nacional que aborde verticalmente a temática somente será superada a partir do momento em que houver a unificação normativa em um verdadeiro código de processo de contas, uma vez que, “nem só a unificação constitui o objetivo da codificação, como ainda o de salutarmente contribuir para maior facilidade e perfeição do estudo do Direito, por se encontrar estratificado em sistematização cientificamente ordenada.”<sup>70</sup>

## 5. CONCLUSÃO

O controle externo da Administração Pública é um plexo de mecanismos por meio dos quais são exercidos o poder/dever de fiscalização e revisão das atividades administrativas estatais, consubstanciando-se naquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado com a finalidade de assegurar a efetivação

68 Detentor de duas facetas importantes: uma de funcionar como órgão consultivo e a outra como órgão jurisdicional. Nas palavras de Charles Etori “Por seu caráter jurisdicional e embora pertença ao executivo, êle põe em prática o princípio da separação dos poderes, constituindo êle próprio um elemento essencial do Estado de direito”. ETTORI, Charles. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952, p. 50.

69 ETTORI, Charles. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952, p.65.

70 LOPES, Miguel Maria de Serpa apud MORATO, Antônio Carlos. *Codificação e Descodificação: uma análise acerca do tema*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67581/70191+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2017. p. 95-120. p. 104.

de mecanismos que possibilitem garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, que deve ser voltada para os interesses da sociedade em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência<sup>71</sup>.

Dentre os órgãos que exercem o controle externo da Administração Pública encontra-se o Tribunal de Contas, cuja vocação constitucional<sup>72</sup> é o exercício amplo do controle das atividades da Administração Pública brasileira sob o aspecto da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, probidade e eficiência.

Exatamente no exercício dessa competência constitucional dos Tribunais de Contas, razão de sua própria existência, é que se inicia os conflitos de compreensões doutrinárias sobre a natureza jurídica do processo e de suas decisões.

O Tribunal de Contas, por disposição constitucional expressa exerce função jurisdicional, não sendo nem administrativa nem judicial. Se num primeiro momento era aceitável, apesar de questionável, a inserção do controle das contas públicas no contexto da Administração, a evolução do sistema constitucional gerado pelas drásticas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas impõe uma necessária releitura, impulsionada por um fenômeno idêntico ao que ocorreu com a função judicial.

A concepção pura da tripartição dos Poderes, fundamento clássico da doutrina, já não alcança sua magnitude no modelo constitucional de 1988 iluminado pela evolução social-econômica-jurídica atingida no ano de 2017. No modelo constitucional de 1988 o Poder Executivo não mais somente executa os comandos da Lei e da Constituição (função administrativa), mas também produz normas de efeitos abstratos (função legislativa) por meio de Medidas Provisórias e Decretos Autônomos. O Poder Legislativo não só produz normas de efeitos abstratos (função legislativa), mas também julga o presidente da república em caso de *impeachment* (função jurisdicional).

Evidente, portanto, que nesse contexto a processualidade do Tribunal de Contas encontra-se inserida no campo jurisdicional, que numa vertente expressa a processualidade judicial e em outra a processualidade de contas. Já não se mostra cabível a concepção vetusta de somente o Poder Judiciário exercer jurisdição no Brasil.

Nesse ambiente constitucional no qual o Tribunal de Contas exerce Jurisdição e possui uma processualidade própria, os conceitos tradicionais de jurisdição e processo baseados nas correntes civilistas não mais se sustentam.

Assim, afastando-se das vetustas premissas civilistas, a jurisdição apresenta-se como uma função estatal que faz atuar o direito, ou seja, nas palavras de Seabra

71 GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.  
72 Art. 71, 73 e 37 da Constituição Federal de 1988.

Fagundes<sup>73</sup>, “dar ao direito sua inteligência definitiva e inapelável<sup>74</sup>”. O processo, por sua vez, nas palavras de Adilson Abreu Dallari<sup>75</sup>, apresenta-se como o “instrumento útil para assegurar a observância do superprincípio da segurança jurídica”.

Fundado nos ensinamentos de alguns autores a jurisdição não é exclusivamente judicial, enquanto outra corrente compreende que a jurisdição no Brasil é exclusiva do Poder Judiciário.

Portanto, no que tange à espécie de processo jurisdicional, dentre o qual encontra-se a subespécie processo de contas, o processo apresenta seus contornos existenciais entre a ação e a efetiva prestação da tutela jurisdicional, sendo o real instrumento desta para preservação do princípio da segurança jurídica.

Por tudo isso, dotado de jurisdição e instrumentalizado pelo processo, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da administração pública de forma definitiva e externamente imutável quando desempenha as competências definidas nos incisos II, VIII, IX e X do artigo 71 da Constituição da República de 1988.

Ocorre que a inexistência de uma lei nacional que regulamente o processo de contas torna o ambiente processual do controle externo altamente produtor de decisões que desrespeitam o princípio constitucional da segurança jurídica e as garantias do contraditório e da ampla defesa, evidenciadas em concreto pelas infundáveis decisões judiciais no sentido de anular decisões de Tribunais de Contas por esses motivos.

A importância de debater o tema decorre, sobretudo, da relevância de demonstrar a necessidade de uma adequada definição dos pressupostos teóricos que fundamentem a natureza jurisdicional das decisões e do processo de controle externo a cargo dos Tribunais de Contas e a sua adequada normatização nacional em caráter de uniformidade.

Posto isso, vê-se de extrema relevância a construção de um Código de Processo de Contas de nível nacional. Logo, toda a temática abordada no presente artigo tem o propósito de suscitar uma reflexão e instigar os estudiosos do tema no debate acerca da padronização de regulamentos processuais no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 03 jul. 2017.

73 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 8. 537p. p.117.

74 Abordando a relativização da coisa julgada o revisor do livro do Seabra Fagundes dispõe que: “... a jurisprudência já admite, há algum tempo, a denominada *querela nullitatis insanabilis* quando houver nulidade ou ausência de citação” p.105

Outra hipótese de relativização da coisa julgada avançada pela jurisprudência é a referente às ações de estado. O exemplo corrente é o da ação de investigação de paternidade, cujas sentenças transitadas em julgado são revistas posteriormente em razão de superveniente exame de DNA.

Admite-se também a relativização da coisa julgada dita inconstitucional. De fato, o dogma da intangibilidade da res judicata não deve sobrepor-se à supremacia da Constituição. Assim, se determinada norma que fundamentou uma decisão judicial é posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, em controle concentrado, caberá a citada *querela nullitatis*. Registre-se, ainda, que o parágrafo único do art. 741 do CPC, que torna inexigível o título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional, consagra a tese de que a coisa julgada, quando em descompasso com a Constituição, pode ser declarada nula a qualquer tempo. p. 106

75 DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo e segurança jurídica, em Segurança Jurídica, obra coletiva*, Elsevier, 2010, p.14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1390236 PE 2013/0189733-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 08/04/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179670443/recurso-especial-resp-1390236-pe-2013-0189733-3>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21466, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1993, DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-01743-02 PP-00295. Disponível em: <https://goo.gl/1ghGE3>. Acesso em: 18 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24389 AgR-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012. Disponível em: <https://goo.gl/tYnchK>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 07/05/2003, publicado em DJ 13/05/2003 PP-00077. Disponível em: <https://goo.gl/GHoCSe>. Acesso: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107. Disponível em: <https://goo.gl/oqPdkL>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 29468 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 19/12/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 08/02/2011 PUBLIC 09/02/2011. Disponível em: <https://goo.gl/FpNMZa>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33671, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 11/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14/09/2015 PUBLIC 15/09/2015. Disponível em: <https://goo.gl/qCFUmR>. Acesso: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34705 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 29/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02/10/2017 PUBLIC 03/10/2017. Disponível em: <https://goo.gl/JtibEJ>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 5490, Relator(a): Min. ANTÔNIO VILLAS BOAS, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1958. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000152039&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 6960/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Julgamento em 31/07/1959. Publicado no DJ de 27/08/1959. Disponível em: <https://goo.gl/XTp6HH>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº MS 7280, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILLA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/1960, DJ 17-08-1960 PP-05538 EMENT VOL-00430-01 PP-00099 ADJ 17-09-1962 PP-00460 ADJ 15-05-1961 PP-00067 RTJ VOL-00014-01 PP-00096. Disponível em: <https://goo.gl/8oFynw>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 67127, Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, Segunda Turma, julgado em 28/04/1969, DJ 09-06-1969 PP-04557 EMENT VOL-00767-03 PP-00787 RTJ VOL-00050-01 PP-00115. Disponível em: <https://goo.gl/LrUDjN>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *O futuro dos Tribunais de Contas*. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Campo Grande. 11ª ed. Publicação semestral, p. 6-11, dez. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p.

CLUNY, Antônio. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma Reflexão Necessária*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 292p.

DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo e segurança jurídica, em Segurança Jurídica, obra coletiva*, Elsevier, 2010.

ESPAÑA. “Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978”, com as modificações até “27 de septiembre de 2011”, e nas que lhe antecederam;

ESPAÑA. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo: del Tribunal de Cuentas

ETTORI, Charles. *O Contrôlo Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Regime de Controle Jurisdicional de Contas Públicas*. Ministério Público de Contas do Distrito Federal e Territórios. Brasília: 1998. 65p. p. 22-27.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1004p. p. 151-152.

GAROFANO, Rafael Roque. *Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública. Âmbito Jurídico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Wilson/Downloads/abrebanner.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11208&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Wilson/Downloads/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208&revista_caderno=4)>. Acesso em: 15 maio 2017.

GOLDSCHMIDT (1935, p.351) apud NOGUEIRA, Marco Aurélio; CHAGAS, Guilherme Castelhona. *A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 14, n. 25, p. 323-359, jul./dez. 2015.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ITÁLIA. “Costituzione Della Repubblica Italiana del 27 dicembre 1947” e nas que lhe antecederam;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b. p. 191.

LEAL (2010b, p. 152-7) apud SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 285.

LOPES, Miguel Maria de Serpa apud MORATO, Antônio Carlos. *Codificação e Descodificação: uma análise acerca do tema*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67581/70191+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2017. p. 95-120. p. 104.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 246-254.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa - VII Revisão Constitucional [2005] e nas que lhe antecederam;

PORTUGAL. Regulamento Geral do Tribunal de Contas, aprovado pelo Plenário Geral, na Sessão de 25 de Junho de 1999, com as alterações introduzidas pela Resolução n.º 13/2010 [publicada no DR, 2ª Série, n.º 95 de 17 de Maio];

SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012.