

A atuação constitucional dos Tribunais de Contas e de seus magistrados (composição, atuação e deliberações): de Eisenhower a Zé Geraldo¹

Licurgo Mourão

Conselheiro Substituto no TCE de Minas Gerais. Especialista em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental. Mestre em Direito Econômico com extensões universitárias na *The George Washington University* (USA), na Fundação Dom Cabral (MG) e na *Universidad del Museo Social Argentino* (ARG). Doutorando em Direito Econômico e Financeiro (USP).

Diogo Ribeiro Ferreira

Analista de Controle Externo no TCE de Minas Gerais. Graduado em Direito. Especialista em Direito Público Constitucional e em Direito Privado. Doutorando e Mestre em Direito Processual (UFMG).

“Os casos em que a liberdade do povo se restringe por meio do assédio gradual e secreto de quem está no poder são muito mais numerosos do que aqueles produzidos por violentas e repentinas usurpações.”

(James Madison)

Sumário: 1 Introdução – 2 Os Tribunais de Contas – 3 A magistratura de contas: os Ministros, os Conselheiros e os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) – 4 Natureza jurídica da proposta de decisão: de Eisenhower a Zé Geraldo – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

A advertência de James Madison acima citada, considerado o pai da Constituição norte-americana, ainda nos idos do século XVIII, soa-nos assustadoramente atual, posto que é sub-reptícia a forma através da qual as instituições do Estado brasileiro, garantidoras, em última análise, da preservação dos fundamentos da República e do Federalismo, vão sendo minadas, entre elas os Tribunais de Contas, o que será discutido neste breve ensaio sob dois principais eixos: a função judicante dos Tribunais de Contas e quem neles se incumba desse mister.

Como se sabe, Madison foi coautor, juntamente com John Jay e Alexander Hamilton, de *O Federalista*,² reunião de textos que, naquele momento histórico de consolidação do modelo federal de Estado, propugnava pela defesa dos pilares federativos, escrevendo os mais influentes comentários sobre a novel Constituição, descortinando os principais institutos e defendendo as vantagens da adoção do modelo federal de Estado.

Madison acreditava que eram necessários “freios” e “contrapesos” para limitar os poderes das então denominadas facções (hodiernamente

compreendidas como grupos de interesses corporativos, políticos ou econômicos) cujo domínio punha em risco a própria existência da nova República, sendo partidário e ardoroso defensor da luta contra a corrupção e contra o domínio aristocrático da política e da economia, o que haveria de ser feito pelo estabelecimento de instituições e mecanismos garantidores do republicanismo e da pluralidade de posicionamentos na então novel nação norte-americana.

Nada mais atual.

No recente mês de junho do ano de 2013, algo represado no seio da sociedade brasileira explodiu. Talvez uma “pulsão de vida”, há muito contida, no embate constante entre o Id, o Ego e o Superego de que nos fala Freud.³ Vimos algo novo: uma massa não identificada com qualquer partido político tomando conta das ruas e bradando: “Chega de corrupção! Serviços públicos de qualidade! Passe livre aos estudantes!”, entre outras reivindicações.

Desacostumada a lidar com legítimos anseios do povo, a classe política reagiu claudicante. Chegou-se até a falar, em uma única semana, em plebiscito, reforma constitucional limitada, entre outras “saídas” para tão aguda crise.

O governo federal, ao anunciar várias medidas há muito represadas nos escaninhos burocráticos, evidenciou sua dessintonia com o que se passa na rotina diária do cidadão comum que clamava, entre outros temas, pelo fim da corrupção e por sua tipificação como um crime hediondo, pela manutenção do poder investigatório do Ministério Público, pelo arquivamento da propalada PEC 37 e pelo fim do

¹ Artigo originalmente publicado em: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). *Tribunais de Contas: temas polêmicos: na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 111-165. ISBN 978-85-7700-941-1.

² HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*, p. 66.

³ FREUD. *O Ego e o Id e outros trabalhos (1923-1925)*, v. 19, p. 55.

voto secreto em votações para cassar o mandato de parlamentares envolvidos em crimes de responsabilidade que configurem violações ao decoro parlamentar.

Embora poucas, a mais emblemática medida adotada por um sem número de governos subnacionais de entes federativos brasileiros foi a revogação dos então recentes aumentos das tarifas nos transportes em várias cidades do país, estimado na casa dos centavos, retornando-se aos patamares anteriores à conflagração, ou seja, apaga-se o estopim, após a detonação.

A pergunta que fica no ar é: então, não há mais nada a se fazer ou o estopim continua, pronto para ser aceso novamente? Sendo que o gasto público e sua efetividade são alvos de análise pelos Tribunais de Contas, onde estavam eles?

É inegável que aquelas manifestações, em todo o país, com as mais diversas reivindicações e bandeiras, perpassando desde o preço das tarifas públicas, os direitos dos homossexuais, as melhorias na educação, na saúde e nos transportes públicos, até o combate à corrupção de nossos políticos e governantes, encerravam um sentimento de profundo mal-estar arraigado no âmago daqueles que se sentem excluídos e vilipendiados por um sistema que, em *ultima ratio*, não os representa.

Como afirmava Freud,⁴ embora o propósito da vida seja o prazer, não raro a frustração advinda da sua contenção será a raiz de muitos mal-estares, *in verbis*:

Como vemos, o que decide o propósito da vida é simplesmente o programa do princípio do prazer. Esse princípio domina o funcionamento do aparelho psíquico desde o início. Não pode haver dúvida sobre sua eficácia, ainda que o seu programa se encontre em desacordo com o mundo inteiro, tanto com o macrocosmo quanto com o microcosmo. Não há possibilidade alguma de ele ser executado; todas as normas do universo são-lhe contrárias. Ficamos inclinados a dizer que a intenção de que o homem seja 'feliz' não se acha incluída no plano da 'Criação'. *O que chamamos de felicidade no sentido mais restrito provém da satisfação (de preferência, repentina) de necessidades represadas em alto grau, sendo, por sua natureza, possível apenas como uma manifestação episódica.* Quando qualquer situação desejada pelo princípio do prazer se prolonga, ela produz tão-somente um sentimento de contentamento muito tênue. Somos feitos de modo a só podermos derivar prazer intenso de um contraste, e muito pouco de um determinado estado de coisas. (Grifos nossos)

⁴ FREUD. *O mal-estar na civilização*, p. 9.

Embora se verifique legítima tal convulsão social, há que se ter em mente que o governo não imputa o fator motivador das manifestações à sua própria inoperância e incapacidade de gerir os recursos públicos de forma proba, pelo contrário.

As escolhas governamentais de políticas públicas que priorizaram, nos últimos anos, investimentos em equipamentos esportivos, em detrimento da efetivação dos direitos sociais, é vista nas hostes estatais⁵ como correta, sendo a sua efetiva equalização assunto para o futuro, quando da obtenção dos, ora vistos como panaceia, recursos dos *royalties*, senão vejamos:

BRASÍLIA – A presidente Dilma Rousseff levou à sessão de debates da 68ª Assembleia-Geral das Nações Unidas os cinco pactos propostos em resposta à onda de manifestações que ocupou as ruas do país por melhorias nos serviços públicos, classificando-as como indissociáveis do processo de construção da democracia.

“As manifestações de junho, em meu país, são parte indissociável do nosso processo de construção da democracia e de mudança social. O meu governo não as reprimiu, pelo contrário, ouviu e compreendeu a voz das ruas. Ouvimos e compreendemos porque nós viemos das ruas”, disse a presidente em seu discurso na sessão geral.

[...]

A presidente também levou ao seu discurso a aprovação da lei que destina royalties de petróleo para investimentos em saúde e educação. *“As crianças são prioridade para o Brasil. Isso se traduz no compromisso com a educação. Somos o país que mais aumentou o investimento público no setor educacional”*, disse. (Grifos nossos).

Verifica-se que a luta por mais investimentos na infraestrutura de serviços públicos, colocados à disposição do cidadão, não prescinde de uma eloquente participação da população, ao exercer o tão decantado, mas pouco praticado, controle social, que visa sobremaneira ao estabelecimento de um espaço público democrático de discussão na defesa de uma existência mais digna, calcada na efetivação dos direitos fundamentais. Segundo Ana Paula de Barcellos,⁶ encontrando-se a população em estado letárgico, não há que se esperar mudanças, *in verbis*:

[...] tomou-se corrente a afirmação de que o *gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais*, ou de pelo menos alguns deles, *é indispensável*

⁵ PERES. Manifestações de junho são indissociáveis da democracia, afirma Dilma. *Valor Econômico*.

⁶ BARCELLOS. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, p. 121.

para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas.

[...] *Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo,*⁷ este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e Parlamentares — frequentemente norteados pela troca de favores — seja nas relações entre agentes públicos e a população. *Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que a corrupção, ineficiência e o clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais.* (Grifos nossos).

Ora, a regular e a efetiva aplicação dos recursos públicos é o “negócio”, a *expertise*, que foi atribuída pelo constituinte aos Tribunais de Contas, detentor de inúmeras competências próprias e responsável ainda por municiar, tecnicamente, o Parlamento, titular de controle externo, nas análises próprias que lhe competem sem o esvaziamento da autonomia, atribuições e competências que lhes foram apropriadamente atribuídas.

A sociedade brasileira exige que os Tribunais de Contas sejam respeitados e efetivos. Entretanto, o direito não resolve tudo, como explica Freud.

O que hodiernamente se discute como “avanços e novidades” para os Tribunais de Contas, por vezes, ainda são resquícios dos Tribunais de Contas de 1864, em que a visão de órgão “aparatoso e inútil”, como nos advertia Rui Barbosa, era subjacente à ideia de mais um órgão da República responsável pelo controle dos atos da Administração.

O que se quer dos Tribunais de Contas do futuro é voltá-los para a sociedade. A sociedade os desconhece e, do pouco que conhece, desconfia. A visão que ora se defende, sobrepujando as paixões humanas e o desejo ínsito do ser humano de dominação um dos outros, é aquela maior, em prol da sociedade, buscando-se a máxima efetividade do texto constitucional, buscando-se dele extrair a efetividade do sistema de controle de contas públicas brasileiro.

O Tribunal de Contas constitui instituição essencial ao Estado Democrático de Direito. Não

obstante, como anteriormente destacado, essa instituição é frequentemente desconhecida de expressiva parcela da sociedade. Em decorrência disso, suas atuações são objeto de questionamento e, por vezes, até mesmo de interpretações que podem disseminar a debilidade do controle das contas públicas, esvaziando-se as competências e a atuação das Cortes de Contas, permitindo-se a perpetuação de eventuais fraudes e ruidosos casos de corrupção em nosso país.

Observa-se, ainda, um grande desconhecimento da natureza jurídica do cargo vitalício criado pelo constituinte de Auditor, também denominados, indistintamente, pela doutrina, jurisprudência e pela legislação infraconstitucional de Conselheiros Substitutos, Ministros Substitutos e Auditores Constitucionais dos Tribunais de Contas.

Da mesma forma, discute-se a forma de atuação desses “magistrados de contas” e a natureza de sua manifestação meritória, denominada ora de “Proposta de Decisão”, ora de “Proposta de Voto”, tema que, à luz dos princípios e normas processuais atinentes aos juízes, encerrados, em especial, nos artigos 125 a 138 do Código de Processo Civil brasileiro, não deveria ensejar dúvidas, ao menos naqueles que visam à máxima efetividade do texto constitucional e dos órgãos de controle do Estado. Esses órgãos estão tão passíveis de críticas que, hodiernamente, são carecedores de aprofundamento de seus institutos e normas de regência no Direito brasileiro contemporâneo.

2 Os Tribunais de Contas

O Tribunal de Contas, instituição concebida desde a transformação do Império em República Federativa e presente de modo marcante em nossa Carta Constitucional de 1988, é essencial ao Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, conforme destacado por Celso de Mello,⁸ Ministro do Supremo Tribunal Federal, a Constituição da República de 1988 ampliou sua esfera de competência e o investiu de poderes jurídicos mais amplos, fruto de uma consciente opção política. Para Mello,⁹ “a atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância”.

Assim, visando a fortalecer o indispensável Sistema Constitucional de Controle de Contas Públicas é que o Poder Constituinte originário brasileiro determinou a simetria compulsória do modelo

⁷ HOUAISS; VILLAR. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, p. 740. “Clientelismo: prática eleitoreira de certos políticos que consiste em privilegiar uma clientela (conjunto de indivíduos independentes) em troca de votos: troca de favores entre quem detém o poder e quem vota” (BARCELLOS. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, p. 121, nota de rodapé 35).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 215-5/PB.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 215-5/PB.

federal de organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas, insculpido no art. 75 da Constituição de 1988, advindo disso a inconstitucionalidade de qualquer tentativa de sua redução ou subtração, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal,¹⁰ ao analisar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1964.¹¹

Para Frederico Pardini:¹² “o Tribunal de Contas, como órgão híbrido, de fiscalização e controle externo e, simultaneamente, de jurisdição especializada de contas, tornou-se uma conquista instrumental do Estado Democrático de Direito”, que goza de grande garantia de independência hierárquica, bem como elevada autonomia funcional e administrativa, além de qualificação profissional e científica de seus membros. Além disso, o Tribunal de Contas é órgão que recebe atribuições diretamente da Constituição da República, portanto, não se trata de preposto do Poder Legislativo,¹³ possuindo, inclusive, função jurisdicional, como demonstra o autor, *in verbis*:

As diversas tarefas e atividades do TCU podem ser identificadas em grupos principais conforme as características das funções exercidas: a) *função opinativa, consultiva e informativa*, pela qual o Tribunal aprecia sem julgar contas e atos, emite pareceres, responde a consultas e fornece dados e estudos realizados; b) *função fiscalizadora*, pela qual é exercida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, verificando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e contratos; c) *função corretiva*, visando corrigir ilegalidades e irregularidades mediante aplicação de penalidades, impugnação e sustação da execução de atos e contratos; d) *função jurisdicional, quando o Tribunal, com exclusividade, julga e liquida definitivamente as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo financeiro, econômico ou material ao erário e ao patrimônio da União.*¹⁴ (Grifos nossos)

Ainda hoje, pairam dúvidas acerca do seu regime jurídico, conforme já constatou o Ministro Carlos Augusto Ayres Britto,¹⁵ do Supremo Tribunal Federal. Para ele, o próprio STF não conhece bem o

regime dos Tribunais de Contas, na medida em que eles são confundidos como meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo, como se não tivessem independência, tampouco fossem indispensáveis, como efetivamente são, para que o Poder Legislativo exerça o controle externo sobre o Poder Executivo. Senão, vejamos:

Agora, a Constituição, ao aparelhar o Tribunal de Contas como órgão de controle, o fez por um modo surpreendente, deu aos Tribunais de Contas dignidade de Tribunais Judiciários. [...] *Os Tribunais de Contas dos Estados têm as atribuições, também no que couber, ou seja, mutatis mutandis, dos Tribunais de Justiça.* Os Auditores dos Tribunais de Contas são, pela Constituição, equiparados a juízes federais, exercem uma judicatura, está dito na Constituição. *Os Tribunais de Contas, os Ministros do TCU, têm prerrogativas, direitos, vantagens dos Ministros do STJ. Os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados têm um regime jurídico funcional, no plano das prerrogativas dos direitos, igual aos Desembargadores do Estado. Os Tribunais de Contas foram dotados de um Ministério Público.*

O regime jurídico dos Tribunais de Contas não é conhecido em plenitude. O próprio Supremo Tribunal Federal não conhece bem o Tribunal de Contas, ou o regime normativo dos Tribunais de Contas, porque vez por outra alguém diz: “os Tribunais de Contas são órgãos meramente auxiliares do Poder Legislativo.” [...] Essa expressão “com o auxílio dos Tribunais de Contas”, é enganosa. “Com o auxílio” quer dizer: o Congresso Nacional não pode controlar o Poder Executivo senão com o auxílio dos Tribunais de Contas. A mesma coisa, não pode haver *jurisdição* senão com a participação dos advogados e do Ministério Público, mas não há hierarquia entre juízes, promotores ou procuradores e advogados. (Grifos nossos)

A amplitude das funções do Tribunal de Contas também foi reconhecida textualmente pelo Supremo Tribunal Federal pela lavra do Ministro Luiz Fux, em decisão proferida na medida cautelar referente à Reclamação nº 13.965,¹⁶ na qual se distinguiu duas das mais relevantes atividades das Cortes de Contas, quais sejam, emitir pareceres prévios e julgar contas públicas, senão, vejamos:

[...] *No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no*

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.964/MC.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.964/MC.

¹² PARDINI. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, f. 151.

¹³ “O Tribunal não é preposto do Legislativo. A função que exerce, recebe-a diretamente da Constituição que lhe define as atribuições” (STF. Pleno, j. 29.06.89, RDA, 158/196).

¹⁴ PARDINI. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, f. 196-197.

¹⁵ BRITTO. Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 13.965.

art. 71, inciso II, CF/88 (ADI nº 1.779-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.9.2001; ADI nº 1.140-5/RR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26.9.2003; ADI nº 849-8/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.1999). No primeiro caso, cabe ao Tribunal de Contas apenas apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. A competência para julgar essas contas fica a cargo do Congresso Nacional, por força do art. 49, inciso IX, da Constituição. Na segunda hipótese, a competência conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas é de julgamento das 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 (art. 71, II, CF/88). (Grifos nossos)

Em julgado semelhante,¹⁷ qual seja, a Medida Cautelar na Reclamação nº 15.902, novamente o Ministro Luiz Fux reafirmou sua posição, merecendo destaque a referência a outros julgados do Pretório Excelso, *in verbis*:

Com outras linhas de fundamentação, mas com resultados semelhantes, registro as decisões dos eminentes Ministros Ayres Britto (Rcl 10.680, DJe de 18.05.2011), Ricardo Lewandowski (Rcl 11484, DJe de 14.04.2011), Cármen Lúcia (Rcl 11.479, DJe de 15.04.2001) e Joaquim Barbosa (Rcl 10557, DJ de 13.09.2010; Rcl 13898, DJe de 05.06.2012 e Rcl 13905, DJe de 05.06.2012).

Para bem compreender a atuação dos Tribunais de Contas faz-se necessário, portanto, distinguir Contas de Governo, baseadas nos denominados Atos de Governo, daquelas Contas de Gestão, originadas de Atos de Gestão, consubstanciados, em suma, na arrecadação das receitas públicas, na execução das despesas públicas, na gestão do orçamento e na criação do crédito público que, em conjunto, formam a atividade financeira do Estado, passível de prestação de contas.

Tal distinção reputa-se essencial para o alcance da expressão “julgar as contas”, inserida entre as competências dos Tribunais de Contas pelo constituinte originário, a teor do art. 71, II, da CR/88, distinção que é explorada por Diogo Ribeiro Ferreira e Núbia de Bastos Moraes Garcia,¹⁸ *in verbis*:

[...] numa visão especificamente técnico-jurídica, há que se diferenciar os atos de gestão dos atos

de governo. Nesse diapasão, enquanto os atos de governo referem-se à condução política global e a determinação de diretrizes gerais para a atuação da Administração Pública, sendo da competência dos agentes políticos, os atos de gestão *stricto sensu* se referem à adoção das medidas para a consecução e materialização dos atos de governo, devendo ser adotados por todos os agentes públicos subordinados ao agente político detentor das rédeas da Administração Pública. (Grifos nossos)

Desse modo, os Tribunais de Contas atuam tanto sobre Contas de Governo quanto sobre Contas de Gestão. Tais órgãos emitem pareceres prévios que se referem às Contas e aos Atos de Governo, nos termos do art. 71, I, da Constituição da República. Já sobre as Contas e Atos de Gestão, as referidas Cortes atuam mediante julgamento, consoante o art. 71, II, da CR/88. Em judicioso artigo, corroborando o que se afirma, nos brinda com sua lição Fernando Gonzaga Jayme,¹⁹ *in verbis*:

Ao afirmar-se que o Tribunal de Contas desempenha função jurisdicional especial, não se diz que ficam os seus julgados excluídos da apreciação do Poder Judiciário, por força do disposto art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Entretanto, restringe-se a apreciação judicial. Somente o processo de contas que estiver contaminado pelo abuso de poder, isto é, que violar o *due process of law* é que poderá ter sua nulidade decretada pelo Poder Judiciário, na vigente ordem constitucional, jamais sendo permitido a este Poder reexaminar o mérito das decisões emanadas da Corte de Contas.

A existência, contudo, de posicionamentos doutrinários díspares explica-se historicamente. E o recurso ao método histórico sobre este tema apresenta-se adequado e esclarecedor, considerando-se há meio século a função jurisdicional do Tribunal de Contas, razões ainda maiores reforçam, atualmente, este entendimento. O regime republicano democrático hoje vigente decorre de uma experiência secular, cujo processo de desenvolvimento tem, na efetividade das atividades fiscalizadoras e de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, caráter essencial [...]

As atribuições que lhe foram cometidas pela Constituição da República constituem-se em funções administrativas de fiscalização, inclusive prestando auxílio ao Poder Legislativo, e função jurisdicional no julgamento das contas dos responsáveis por recursos públicos, expressas sempre em pronunciamentos definitivos.

A divergência doutrinária até então existente não encontra razões para subsistir, uma vez que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a jurisdicionalidade do julgamento das

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 15.902.

¹⁸ FERREIRA; GARCIA. A imprescindibilidade do parecer prévio no processo de prestação de contas mesmo em caso de falecimento do Chefe do Poder Executivo. *Revista Controle*.

¹⁹ JAYME. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil.

contas feito pelo Tribunal de Contas é definitivo e incontestável diante de qualquer outra autoridade do País, uma vez que, na qualidade de guardião da Constituição, nos termos do art. 102 da Constituição da República, é dele a última palavra a respeito da interpretação constitucional.

[...]

O julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis [...] não fica afastado do controle do Poder Judiciário; contudo, o conhecimento da causa não pode ir além da averiguação da regularidade processual, isto é, se a decisão emanou de um processo justo, onde se tenham assegurado as garantias constitucionais do devido processo legal. (Grifos nossos).

Por fim, fazendo perecuciente análise acerca das competências das Cortes de Contas quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 132.747,²⁰ o Ministro Relator Marco Aurélio consignou a função jurisdicional do Tribunal de Contas, *in verbis*:

Nota-se mediante leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento. Já em relação às 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 às contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos — a apreciar e julgar — como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz ‘mediante parecer prévio’ a ser emitido como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas. (Grifos nossos)

Como se vê, o Tribunal de Contas possui importância fundamental no campo do controle externo e é indispensável à democracia brasileira.

Não obstante, como já se salientou, essa instituição é frequentemente desconhecida dos operadores do Direito e da própria sociedade, quer em relação a suas funções institucionais, quer em relação à atuação dos seus membros, quais sejam,

os Ministros, Conselheiros e Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos).

3 A magistratura de contas: os Ministros, os Conselheiros e os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos)

Sendo os Tribunais de Contas instituições voltadas para a proteção da República, dos cidadãos e da sociedade, mister compreender as funções exercidas por seus principais agentes, já que são eles que permitem a realização dos objetivos institucionais. Os membros dos Tribunais de Contas são os Ministros e os Auditores, no caso do Tribunal de Contas da União (TCU), e os Conselheiros e os Auditores, nos demais Tribunais de Contas brasileiros.

Os Ministros e os Conselheiros, indicados nos termos do art. 73, §2º, da CR/88, podem vir a ocupar cargos de direção administrativa nos Tribunais de Contas, cabendo-lhes, ainda, participar das sessões de julgamento, no exercício das competências constitucionais incumbidas aos Tribunais de Contas.

Embora a CR/88 não haja determinando a extensão dos mesmos direitos dos Magistrados aos membros dos Tribunais de Contas, na dicção literal do artigo 73, §§3º e 4º, tanto os Ministros quanto os Conselheiros e Auditores são considerados pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da nossa Constituição, como “membros de tribunal”, em tudo, pois, regidos pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979). Com efeito, devem eles possuir as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens de membros do Poder Judiciário, de modo a assegurar o livre, independente e altivo exercício de suas funções, em prol do interesse público e em defesa do erário, livres de quaisquer influências e pressões de ordem política, econômica ou funcional.

Essa compreensão e interpretação, como adiante veremos, tem encontrado ampla guarida pelos próprios membros do Poder Judiciário, em lapidares e esclarecedoras decisões, tanto da Suprema Corte, quanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto ainda de Tribunais de Justiça Estadual que, surpreendentemente, fazem uma leitura do texto constitucional mais consentânea com a *mens legis* do constituinte do que alguns estudiosos de Tribunais de Contas que, arraigados a posições excessivamente conservadoras e a argumentos de poder e submissão funcional, defendem que apenas Conselheiros indicados é que teriam o *status* de magistrados, cabendo apenas a eles, em alguns casos indicados por critérios exclusivamente políticos,

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 132.747-2/DF.

decidirem e votar as matérias sujeitas aos Tribunais de Contas.

Não é o que têm decidido os tribunais judiciais do país, como adiante veremos. Tais sodalícios compreendem que as Cortes de Contas são compostas por Magistrados especializados nas matérias contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados e das entidades da administração direta e indireta, sendo assim compreendidos os Ministros, Conselheiros e Auditores (Ministros Substitutos e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas, doravante designados por Magistrados de Contas.

Qualquer interpretação visando a mitigar o alcance das “atribuições da judicatura” não possui supedâneo constitucional, tornando-se suscetível ao controle de constitucionalidade concentrado a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, por visar tão somente ao estabelecimento de uma odiosa discriminação, calcada em preconceitos inconfessáveis contra os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) selecionados de forma impessoal, isonômica e meritória em difíceis processos seletivos públicos acessíveis a qualquer cidadão que preencha os requisitos constitucionais preconizados pelo constituinte.

Tal mister encontra-se inculcado em norma constitucional proeminente (§4º do art. 73 da CR/88) e densificado, mesmo quando não estão em eventual substituição a Ministros e Conselheiros, nas atribuições da judicatura consistentes naquelas previstas, entre outras, nos artigos 125 a 133 do Código de Processo Civil brasileiro, aplicáveis, *mutatis mutandis*, aos Tribunais de Contas, os quais, pela necessidade de se fixar seu conteúdo e divulgar seu alcance, transcrevem-se *ipsis litteris*:

CAPÍTULO IV

DO JUIZ

Seção I

Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. *O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:*

- I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II – velar pela rápida solução do litígio;
- III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
- IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*

Art. 127. *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Art. 128. *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

Art. 129. *Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.*

Art. 130. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Art. 131. *O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*

Art. 132. *O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)*

Parágrafo único. *Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)*

Art. 133. *Responderá por perdas e danos o juiz, quando:*

- I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
- II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. *Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias. (Grifos nossos)*

Sobreleva notar que a expressão Auditor dos Tribunais de Contas, presente no texto constitucional, é uma referência para salientar o fato de que, hodiernamente, existem várias categorias profissionais, não realçadas no texto constitucional, exercendo atividades nas mais variadas áreas do conhecimento, tais como vigilância sanitária, agropecuária, ambiental, veterinária, tributária, saúde, contábil, entre outras.

Quis o constituinte distinguir o Auditor magistrado, posto que a única vez que a Constituição de 1988 se referiu à palavra Auditor foi no tocante ao Tribunal de Contas. Eis o porquê da expressão Auditor, no texto constitucional relativo aos Tribunais de Contas, referindo-se, portanto, a um

cargo vitalício de magistrado especializado nas matérias contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e equiparado, constitucionalmente, aos membros do Poder Judiciário em garantias, impedimentos e atribuições, nos termos do art. 73, §4º, da Constituição da República, regidos pela Lei Orgânica da Magistratura, por analogia e em compatibilidade teleológica aos juízes de Tribunais.

Tal construção foi alvo de intensos debates na Constituinte de 1988, como nos rememora, em seu magistral artigo, Cláudio Canha,²¹ ao nos revelar a justificação da primeira emenda ao texto do Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988 (volumes 236 a 239), *in verbis*:

Justificação. Os auditores são juízes permanentes do Tribunal de Contas que têm por missão relatar os processos que são distribuídos entre eles e os Ministros titulares.

Mesmo quando não estão substituindo os Ministros, estão ao lado deles relatando e fazendo propostas de decisões que constituem inequivocamente atos de judicatura.

Por isso é necessário que mesmo nessa situação e, especialmente nelas, estejam protegidos pelas garantias tradicionais da magistratura. Se quando substituem são equiparados aos Ministros, quando executam as atribuições da sua judicatura, sem substituírem, devem, por hierarquia, ser equiparados aos juízes dos Tribunais regionais Federais.

Desse modo, funções diuturnas inerentes às suas atividades são participar efetivamente de julgamentos, presidindo a instrução de processos e proferindo decisões, inclusive interlocutórias, e despachos nos autos de todos os processos de competência dos Tribunais de Contas, de todas as naturezas, originariamente distribuídos a sua relatoria.

Portanto, exsurge do texto constitucional, sem extremes de dúvidas, a natureza judicante das atribuições dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) no exercício da atividade-fim das Cortes de Contas perante as quais atuam, no exercício, inclusive, da competência prevista no art. 71, II, da Constituição da República.

Corroborar o que se afirma a lição de Ricardo Lobo Torres,²² ao aduzir comentário acerca do Tribunal de Contas da União, a qual se irradia simetricamente para todos os Tribunais de Contas do país, nos termos do art. 75 da Constituição da República de 1988, de que ao Auditor compete, permanentemente, presidir a instrução dos processos e elaborar o relatório com a proposta de decisão.

²¹ CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

²² TORRES. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*, p. 363.

Veja-se que o *nomen juris* “Proposta de Decisão” não define sua natureza jurídica, posto que a decisão proposta por Ministro, Conselheiro ou Auditor será sempre colegiada, cabendo-se, pois, discutir o que faremos em tópico adiante, qual a natureza jurídica da referida “proposta”: parecer, decisão monocrática, decisão de mérito ou outra.

Pode um magistrado ser impedido de exercer o seu mais conseqüente mister, qual seja, o de decidir?

Parece-nos absurda essa hipótese, notadamente ao se explorar os fundamentos do magistério jurisprudencial de Ayres Britto, em voto na ADIn nº 1.994/ES,²³ ao referendar a aprovação do voto do Ministro Relator Eros Grau, que declarou a inconstitucionalidade de norma da Constituição do Estado do Espírito Santo que suprimira o cargo de Auditor dos Tribunais de Contas, *in verbis*:

Senhora presidente, louvando muito o voto bem-elaborado, inclusive agudamente percebeu que entre as inconstitucionalidades das normas impugnadas está a usurpação de iniciativa de lei privativa dos tribunais de contas, pela remissão que a Constituição faz ao art. 96, prevendo que aos tribunais cabem poderes, *mutatis mutandis*, que são próprios dos tribunais judiciais. E, *realmente, a Constituição Federal faz do cargo de auditor um cargo de existência necessária, porque, quando ela se refere formalmente a um cargo, está dizendo que faz parte, necessariamente, da ossatura do Estado, e só por efeito de emenda à Constituição — e olhe lá — é que essa matéria poderia ser modificada*. De outra parte, *auditor ainda tem uma particularidade: é regado pela Constituição como um elemento de composição do próprio Tribunal; [...]* O fato é que o art. 75 deixa claro que o modelo de composição, exercício e fiscalização que adota a Constituição Federal é impositivo para os demais entes federativos. (Grifos nossos)

No mesmo sentido é a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,²⁴ ao elencar a forma de atuação dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dividindo-a no que denomina ordinárias e extraordinárias. É forçoso ressaltar, porém, que a função denominada por Jacoby de extraordinária é, não obstante, compulsória e corriqueira, fazendo parte da normalidade institucional das Cortes de Contas, sendo exemplo disso o fato de que os Auditores do Egrégio Tribunal de Contas da União, e em vários Estados da Federação, além das Câmaras, têm assento permanente no Tribunal Pleno dos referidos órgãos.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.994/ES.

²⁴ JACOBY FERNANDES. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, p. 692-694.

Ressalta Jacoby Fernandes²⁵ que a própria Constituição da República dispõe, em seu art. 73, §4º, que “o auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de Juiz de Tribunal Regional Federal”. Para Jacoby, “o constituinte foi muito criterioso ao definir as atribuições ordinárias do auditor, qualificando-as, não sem motivo, de ‘judicatura’, dada a feição judicialiforme do julgamento das contas”.

Adiante, enfatiza Jacoby²⁶ que “esse argumento reforça o fato dos ministros e conselheiros, e do próprio Tribunal de Contas, exercerem funções jurisdicionais e outras funções. Já os auditores, voltados precipuamente para as funções de contas, *têm atribuições ordinárias de judicatura, isto é, próprias de juiz, do exercício da magistratura*”, sendo isso necessário para que, conforme já destacara Rui Barbosa,²⁷ fosse cessada a dilapidação do erário que ocorria: “[...] enquanto não erguemos a sentinela dessa magistratura especial, envolta nas maiores garantias de honorabilidade, ao pé de cada abuso, de cada gérmen ou possibilidade eventual dele”.

Jacoby²⁸ ainda traz a observação de que o cargo de Auditor, conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal,²⁹ é provido, necessariamente, por concurso público, sendo que a substituição exercida pelos Auditores em relação aos Conselheiros dos Tribunais de Contas é norma cogente, constituindo atividade privativa dos Auditores, conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.³⁰

Visando às próprias e intrínsecas peculiaridades da função por eles exercida, a própria palavra Auditor, utilizada para designar o cargo, foi objeto de Lei ordinária federal que equiparou o referido

vocábulo a Ministro Substituto. Veja-se o conteúdo do art. 3º da Lei nº 12.811, 16 de maio de 2013, o qual transcrevemos *ipsis litteris*:

Art. 3º Os titulares do cargo de Auditor de que trata o §4º do art. 73 da Constituição Federal, os quais, nos termos do texto constitucional, substituem os Ministros e exercem as demais atribuições da judicatura, presidindo processos e relatando-os com proposta de decisão, segundo o que dispõe o parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, também serão denominados Ministros-Substitutos.

Tal mudança iniciou-se por deliberação do Senado Federal³¹ sobre o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) nº 168/10, tendo-se em vista que a acepção do vocábulo auditar, pelo senso comum, é diferente da função precipuamente desempenhada pelos Ministros Substitutos e Conselheiros Substitutos, que é a de exercer as atribuições da judicatura. O vocábulo judicatura, ressalte-se, está em consonância com a atividade de julgamento, nos termos do art. 71, II, da Constituição da República. Veja-se resumo da deliberação do Senado Federal que expôs as razões para as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.811/2013, anteriormente destacada, *in verbis*:

COMISSÕES / CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA – 09/11/2011 – 14h21

Aprovada criação de dois cargos para TCU

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aprovou em decisão terminativa, nesta quarta-feira (9), projeto de lei da Câmara (PLC 168/10) que cria dois cargos em comissão para o gabinete do quarto Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU): um de oficial de gabinete e outro de assistente.

A medida se justificaria — conforme argumentou o relator, senador Vital do Rêgo (PMDB-PB), no parecer favorável ao projeto [...].

Se a criação dessas duas funções não gerou dúvidas, o mesmo não se deu com a *emenda do relator alterando a denominação do cargo de Auditor do TCU para Ministro-Substituto*. Segundo explicou Vital do Rêgo no parecer, o Auditor do TCU tem a missão constitucional de substituir os ministros da Corte, presidindo processos e relatando-os com proposta de decisão.

Os Auditores (Ministros-Substitutos) exercem a judicatura com autonomia e independência, presidem a instrução de processos, relatam processos de controle externo perante as Câmaras e o Plenário do TCU e decidem monocraticamente, são nomeados pelo Presidente da República, devem preencher os mesmos requisitos dos Ministros para a

²⁵ JACOBY FERNANDES. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência.

²⁶ JACOBY FERNANDES. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência.

²⁷ BARBOSA. Exposição de Motivos: Brasil. Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890.

²⁸ JACOBY FERNANDES. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência.

²⁹ a) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.966-0/ES; bem como BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1.193-6/AM.

b) O STJ, no *ROMS* nº 10241/PB, julgou válido o requisito de formação em Direito, Contabilidade, Economia ou Administração, fixado em edital, sem disposição legal equivalente, para o Concurso de Auditor do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, considerando-o harmônico com o requisito legal de notórios conhecimentos nessas áreas. A ementa menciona, equivocadamente, concurso para Auditor Fiscal do Estado da Paraíba. Somente com a leitura do inteiro teor do acórdão verifica-se que o concurso era para Auditor do TCE/PB (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.241/PB).

³⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança nº 404.195/DF.

³¹ SENADO FEDERAL. Aprovada criação de dois cargos para TCU. *Portal de Notícias*.

assunção dos cargos, são regidos pela Lei Orgânica da Magistratura, substituem os Ministros e; quando não estão em substituição, exercem a judicatura com as mesmas prerrogativas dos desembargadores federais”, detalhou ainda o relator.

Questionamento em relação à emenda foi apresentado pelo senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), em dúvida sobre o impacto da mudança de denominação sobre as funções do TCU e o interesse público. *Ao ser informado que o objetivo da alteração era distinguir o magistrado responsável pela relatoria dos processos (Auditor/Ministro Substituto) dos demais servidores do TCU responsáveis pela execução de auditorias, não levando a aumento de despesas, Aloysio Nunes decidiu votar favorável ao PLC 168/10.*

Também se manifestaram a favor da proposta os senadores pelo PMDB Romero Jucá (RR) e Renan Calheiros (AL); Humberto Costa (PT-PE); Gim Argello (PTB-DF) e Pedro Taques (PDT-MT).

Se não houver recurso para votação em Plenário, a matéria voltará a ser examinada pela Câmara dos Deputados, já que sofreu alteração no Senado. (Grifos nossos).

Igualmente, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a recente Lei Complementar Estadual nº 133/2014 trouxe, simetricamente, sem qualquer aumento de despesa pública, a consentânea e nova designação dos cargos de Auditores do Tribunal de Contas.

Outro aspecto digno de nota é a distinção entre o cargo de Auditor (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos cargos dos servidores públicos, também denominados Auditores, responsáveis por executar procedimentos de auditoria nas diversas áreas do conhecimento humano.

Nesse sentido, os termos constitucionais distintivos dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas de outros agentes públicos são, com maestria, explorados por Leonardo dos Santos Macieira,³² cuja riqueza da exposição justifica a transcrição de sua minuciosa abordagem doutrinária, *in verbis*:

Com extrema didática, o Exmo. Sr. Ministro do STF, o Dr. Octavio Gallotti, já em meados da década de 80 tinha perfeita clareza das atribuições do cargo de Auditor constitucional do Tribunal de Contas, assim se manifestando a respeito:

“O status dos Auditores dos Tribunais de Contas tem dado margem a muitas perplexidades, que começam com a *impropriedade da denominação do cargo, ligada a uma tradição respeitável, mas totalmente divorciada do atual conceito de atividades de auditoria. Imprópria, por isso mesmo, para*

designar o servidor que tem normalmente assento no Plenário do Tribunal de Contas, com atribuições de relatar processos, formalizar propostas conclusivas e exercer plena jurisdição quando convocado para substituir Conselheiro ou Ministro [...]”

Com isso, nota-se que importa menos o *nomem juris* ou denominação do cargo e mais a sua natureza jurídica.

O raciocínio contrário também pode ser feito, à medida que cargos com *nomem juris* diferentes podem ter natureza jurídica semelhante, como é o caso do cargo de Ministro do TCU e o de Conselheiro dos TCE e TCM que, apesar de nomes diversos, tem a mesma natureza, mesmo pressuposto de fundamento e atribuições e competências análogas.

Ressalte-se que a plena atuação dos Ministros e Conselheiros Substitutos agrega sobremaneira legitimidade às decisões e fortalece a atuação das Egrégias Cortes de Contas, visto que a função de fiscalização *in loco*, tradicionalmente realizada por Analistas e Inspetores de Controle Externo, virá a ser sopesada e avaliada por aqueles que detêm conhecimento técnico comprovado, de forma impessoal e com independência funcional, respondendo a todos os anseios sociais por um Tribunal de Contas mais técnico, ético, transparente e efetivo.

Tal distinção, mais que um simples “rótulo” ou “perfumaria semântica”, como alguns detratores da boa técnica jurídica asseveram, serve ao esclarecimento da sociedade, que, não raro, não reconhece os Tribunais de Contas como instituição idônea e confiável para ser depositária dos inúmeros reclamos da sociedade por qualidade nos serviços públicos.

Isso porque o cargo de Analista de Controle Externo, no Tribunal de Contas da União, é denominado de Auditor Federal de Controle Externo por força da Lei Federal nº 11.950, de 17 de junho de 2009, art. 4º, sendo essa denominação seguida, com variações, por alguns Tribunais de Contas brasileiros como Pernambuco e Rondônia. Entende-se que a denominação de Auditor Federal de Controle Externo é, com efeito, muito mais adequada, pois os referidos servidores públicos realizam auditorias e inspeções em contas públicas.

Já a nomenclatura mais adequada para os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) é aquela que traduza suas elevadas funções da judicatura conferidas pelo Constituinte originário, nos termos do art. 73, §4º, da Constituição da República e previsto na Lei Federal nº 12.811/2013, anteriormente citada. Sem que a nomenclatura corresponda às atribuições do cargo, há perda da identidade entre a atividade e seu conhecimento pela sociedade, o que viola, por si só, o interesse público. A

³² MACIEIRA. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*.

correspondência do cargo com a sua nomenclatura adequada constitui, assim, uma exigência democrática.

Mas uma mudança de nomenclatura é muito pouco. É preciso mais! É preciso dar máxima efetividade à Constituição para tornar os Tribunais de Contas efetivos e dignos da confiança que o constituinte e seu inspirador maior, Rui Barbosa, a eles confiaram.

Nesse sentido, quanto às atribuições dos referidos cargos, leciona Leonardo dos Santos Macieira³³ que existe uma clara dicção constitucional insculpida na Constituição da República e refletida nas Constituições Estaduais, sem margem para a competência legislativa em nível infraconstitucional, tampouco no nível infralegal (por exemplo, através de Regimento Interno), de maneira que apenas o Poder Constituinte originário ou reformador e a Lei Complementar nacional poderiam definir atribuições para o cargo de Auditor (Ministro e Conselheiro Substituto) dos Tribunais de Contas, *in verbis*:

Assim, é juridicamente impossível a criação de novas atribuições para os Auditores ou a prática de atos administrativos que interfiram na independência, imparcialidade e autonomia exclusivamente por força de ato de nível apenas regimental, em face de a atribuição do referido cargo ser de matéria constitucional, regulada por lei complementar em obediência ao princípio da estrita reserva legal.

Conforme bem recorda Macieira,³⁴ somente a lei em sentido estrito pode estabelecer atribuições de cargos públicos, mesmo assim com adstrição aos limites impostos pela Constituição, de maneira que as próprias legislações infraconstitucional e infralegal do Tribunal de Contas da União detalharam a Lei Maior, estabelecendo que as atribuições da judicatura seriam presidir a instrução processual e atuar como relator mediante proposta de decisão a ser votada pelo Plenário e pelas Câmaras.

Macieira³⁵ ressalta, ainda, outro ponto merecedor de destaque, qual seja, de que não há subordinação ou vinculação entre o Auditor (Ministro e Conselheiro Substituto) e os demais membros dos Tribunais de Contas, *in verbis*:

Judicatura significa o mesmo que poder de julgar, função ou cargo de magistratura. Em decorrência do exercício de judicatura, sobrevêm as garantias constitucionais que asseguram a independência, autonomia e imparcialidade.

³³ MACIEIRA. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*.

³⁴ MACIEIRA. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*.

³⁵ MACIEIRA. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*.

A respeito da imparcialidade e garantias do magistrado, o doutrinador Alexandre Freitas Câmara destaca o seguinte:

“Para se assegurar a imparcialidade do Estado, é preciso que haja imparcialidade do agente estatal que irá, no caso concreto, exercer a função jurisdicional. Assim, em primeiro lugar, cuida o ordenamento jurídico, através de norma jurídica hierarquicamente superior às demais, de estabelecer garantias para os magistrados, ou seja, a Constituição da República arrola uma série de garantias dos juizes, destinadas a assegurar que a atuação do magistrado se dê, no processo, de forma imparcial.”

Isso quer dizer que, nos termos da Constituição Federal, no exercício das atribuições de judicatura, cada Auditor atua “sem subordinação jurídica, vinculando-se exclusivamente ao ordenamento jurídico”, com o objetivo de “colocar-se acima dos poderes políticos e das massas que pretendem exercer pressão sobre suas decisões”.

Conforme leciona o professor Humberto Theodoro Júnior, a atividade do juiz é “subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete com penhor de imparcialidade”.

Corroborando o lapidar entendimento, verifica-se a plena guarida da exegese constitucional, da simples leitura das razões trazidas em medida liminar concedida pela Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, do Tribunal de Justiça de Sergipe, nos autos do Mandado de Segurança nº 2012107425,³⁶ julgado em 30.10.2012, as quais se transcrevem *ipsis litteris*:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Associação Nacional dos Auditores dos Tribunais de Contas do Brasil contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, com objetivo de, liminarmente, suspender a eficácia dos artigos 29, parágrafo único, e artigo 31, inciso II, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 270/2011, que impingem ao Auditor atribuições não previstas na Carta Magna, na Constituição deste Estado e na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (LOTCE).

Com efeito, aduz o impetrante que, ao excluir os Auditores de sua relatoria de contas, em detrimento das Constituições Federal e Estadual, e da Lei Orgânica, o TCE-SE desrespeitou o Princípio do Devido Processo Legal, e os que dele são corolários, como o do Juiz Natural, situação esta que reclama a atuação do Poder Judiciário.

[...] Sendo assim, forçoso admitir que a atribuição do Auditor, cargo classificado como sendo de provimento vitalício e cuja investidura depende de habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, quando não está em substituição

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Medida Liminar no Mandado de Segurança nº 2012107425.

a Conselheiro, exerce a atribuição própria da judicatura de contas, qual seja, a de presidir a instrução processual dos feitos distribuídos, relatando-os perante os integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiver designado.

[...] Significa isto dizer, portanto, que o Auditor, enquanto ocupe a função de magistrado da Corte de Contas, é cargo de dupla função judicante de contas: quando em substituição a Conselheiro, função extraordinária, goza de todas as prerrogativas e atribuições do titular, e enquanto não substitui Conselheiro, a interpretação que se abstrai da Constituição Federal (art. 73, §4º c/c art. 75), da Constituição de Sergipe (art. 71, §4º) e da Lei Orgânica do TCE-SE (art. 26, *caput*), é que o Auditor exerce sua função ordinária, a judicatura própria e independente, razão pela qual tem direito líquido e certo à distribuição processual, devendo exercer o seu mister constitucional de magistrado presidente da instrução.

[...] Assim, conclui-se que as atribuições do Auditor do TCE-SE, prescritas na nova redação dada aos artigos 29, parágrafo único e 31, inciso II, do Regimento Interno, pela Resolução nº 270/2011 — em especial, preparar “proposta de decisão” para avaliação pelo Conselheiro, que se concordar, a levará à apreciação da Câmara ou Pleno — não encontram respaldo na Constituição Federal (art. 73, §4º c/c art. 75), na Constituição de Sergipe (art. 71, §4º), e na Lei Complementar Estadual nº 205/2011 — Lei Orgânica do TCE-SE, a qual prevê este último diploma em seu art. 26, *caput*, como atribuição do Auditor não substituindo Conselheiro, o direito de presidir a instrução de processos que lhe sejam distribuídos pelo Tribunal, relatando-os diretamente perante os integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiver designado, mister este exercido como função judicante.

[...] Diante do exposto, concedo a medida liminar pleiteada, a fim de suspender a eficácia dos artigos 29, parágrafo único, e artigo 31, inciso II, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 270/2011, ao tempo em que deve se providenciar a imediata distribuição de processos de contas aos Auditores, com toda equidade, mediante critérios impessoais de sorteio aplicáveis a todos os magistrados da Corte de Contas, para que possam presidir a sua instrução dos processos, relatando-os perante os integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiver designado. [...] (Grifos nossos)

O próprio Supremo Tribunal Federal, em juízo mínimo de delibação, já examinou o tema no processo de Suspensão de Segurança nº 4.005, tendo-a indeferido e, assim, assegurado a medida judicial que determinava a distribuição de processos aos Auditores (Conselheiros Substitutos) do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, *in verbis*:

Trata-se de pedido de suspensão de segurança ajuizado pelo Estado do Ceará contra decisão

formalizada pelo relator do Mandado de Segurança n.º 2009.0007.1576-4, em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Na origem, Fernando Antônio Costa Lima Uchoa Junior, Auditor do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM/CE), impetrou mandado de segurança contra dois atos do TCM, sendo um omissivo, por ausência de distribuição de processos ao impetrante, e outro comissivo, ante a formalização da Resolução n.º 6/2008, que alega ter criado novas atribuições aos auditores. Assevera que os atos atacados violam os arts. 73, §4º, e 75 da CF/88; os arts. 71, 73 e 79, §4º, da Constituição estadual; bem como o art. 74, §1º, da Lei Orgânica do TCM/CE (n.º 12.160/1993).

[...] *A Constituição Federal e a Constituição Estadual atribuem função de judicatura aos auditores quando não estejam a substituir o Conselheiro da Corte de Contas. A Lei Orgânica do TCM/CE, por sua vez, estabelece atribuição expressa e específica para o cargo de auditor, ou seja, há estabelecimento por lei de atribuição de determinado cargo público.*

Além disso, antes da alteração regimental discutida, o RI-TCM/CE reiterava a determinação legal. Após a entrada em vigor da Resolução n.º 6/2008, foi revogada a repetição da determinação legal, com o estabelecimento de novas atribuições [...]. (Grifos nossos)

Também é imperioso aduzir que, ao proferir voto do Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva, do Tribunal de Justiça do Ceará, em mandado de segurança,³⁷ impetrado em face do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, assim consignou, *in verbis*:

[...] 10º – de outra parte, o ministro Gilmar Mendes, quando apreciou o pedido de suspensão da segurança, formulado pelo Estado do Ceará, para indeferir o pedido, em juízo mínimo de delibação, entendeu que restou evidenciado plausibilidade jurídica para a concessão da medida liminar, a fim de assegurar a pretensão jurídica individual reclamada em juízo (fl. 272).

E mais, na sua decisão, o douto ministro, textualmente, ainda asseverou: “*A Constituição Federal e a Constituição Estadual atribuem função de judicatura aos auditores quando não estejam a substituir o Conselheiro da Corte de Contas. A Lei Orgânica do TCM/CE, por sua vez, estabelece atribuição expressa e específica para o cargo de auditor, ou seja, há estabelecimento por lei de atribuição de determinado cargo público. Além disso, antes da alteração regimental discutida, o RI-TCM/CE reiterava a determinação legal. Após a entrada em vigor da Resolução nº 6/2008, foi revogada a repetição da determinação legal, com o estabelecimento de novas atribuições. Ao considerar todos os elementos*

³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Agravo Regimental no Mandado de Segurança Cível nº 5918-31.2009.8.06.0000/1.

no presente pedido, entendo não existir grave lesão à ordem pública". (cf. fl. 271).

[...] 13^o – por tal razão, continuo não entendendo o motivo pelo qual o Tribunal de Contas dos Municípios, na contramão de comezinhos princípios, aqui e ali, de vez em quando, resolve se atribuir função típica de órgão legislativo, disciplinando, algumas vezes, por via de simples resolução, matéria reservada ao domínio estritamente legislativo, usurpando, dessa forma, competência que a Constituição adjudica, privativamente, ao Poder Legislativo;

14^o – *isso porque, importa reiterar: em se tratando de Auditor, em face de suas peculiaridades funcionais e da relevância do cargo, entendo que a sua disciplina, em caráter exaustivo, só pode ser estabelecida, precipuamente, em nível constitucional, principalmente, no que concerne à definição de suas específicas atribuições institucionais; isso porque, como, textualmente, já nos ensinou o eminente constitucionalista e magistrado Carlos Ayres Britto (STF), [...] a Constituição Federal faz do cargo de auditor um cargo de existência necessária, porque, quando ela se refere nominalmente a um cargo, está dizendo que faz parte, necessariamente, da ossatura do Estado, e só por efeito de emenda à Constituição e olhe lá é que a matéria poderia ser modificada. De outra parte, auditor ainda tem uma particularidade: é regrado pela Constituição como um elemento de composição do próprio Tribunal; (...)*" (cf. voto proferido na ADI nº 1.994-5/ES);

14.1^o – como se vê, o Auditor, diferentemente, portanto, do que sustenta o Agravante, com base em uma interpretação literal e puramente lexicográfica, é, sim, um elemento de composição do próprio Tribunal de Contas, porque, nas lições do autorizado juriconsulto e magistrado da Suprema Corte, aqui citado — Min. Ayres Britto — a Constituição Federal faz do cargo de Auditor um cargo de existência necessária, porque, quando se refere nominalmente a um cargo a Constituição está dizendo que esse cargo faz parte da ossatura do próprio Estado. E acrescenta, ainda, que o cargo de auditor tem uma particularidade, qual seja, é regrado pela Constituição como elemento de composição do próprio Tribunal de Contas! Sem comentários! [...]

17^o – *em síntese, a atribuição de emitir parecer, no âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios, segundo se pode depreender do disposto no Anexo II, a que se refere o Parágrafo Único, do Artigo 9^o, da Lei nº 14.255/2008, constitui incumbência legalmente cometida aos ocupantes dos cargos de ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO (cf. fl. 132) e não aos titulares do cargo de Auditor, porque este, o Auditor, ex vi legis, quando não estiver substituindo os Conselheiros, exercerá, ordinariamente, funções equivalentes às de juiz de entrância especial, segundo a clara dicção do §4^o, do Artigo 79, da Constituição Estadual, com a redação dada pela EC nº 9, de 16 de dezembro 1992, competindo-lhe, pois, no exercício de tal mister institucional, coordenar a instrução dos processos que lhe forem*

equitativamente distribuídos, mediante sorteio, conforme previsto no artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal (TCM – cf. fl. 77); mas não se deve, ainda, perder de vista que a instrução processual, típica atividade judicante, não pode ser confundida com a daquele que emite parecer, incumbência esta com a qual, sabidamente, se ocupam outras especialidades profissionais;

18^o – *noutro giro verbal: a Resolução impugnada, da lavra do próprio Tribunal de Contas, assumiu todas as características de um ato regulamentar ilegal — mais que isso, inconstitucional — uma vez que, laborando em espaço já disciplinado por Lei e, sobretudo, pela Constituição, o faz, flagrantemente, na contramão de regras e princípios constitucionais e legais, inovando na ordem jurídica, para incluir, ampliativamente, atribuições funcionais incompatíveis com a Constituição e com a respectiva Lei Orgânica. (Grifos nossos)*

Destaque-se ainda breve trecho do conteúdo de julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Ceará, no próprio Mandado de Segurança Cível nº 5918-31.2009.8.06.0000/1, Relator Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva, *in verbis*:

Como se vê, portanto, com muita clareza, aliás, os auditores, assim como os magistrados, recebem, diretamente, da Constituição e das Leis, nunca dos Regimentos Internos, o seu acervo de competência institucional. [...] Demais disso, deve-se reconhecer que o Auditor deverá atuar como magistrado, dentro dos limites constitucionalmente previstos, exercendo, portanto, o seu mister institucional, com total independência funcional, como o fazem, ordinariamente, os magistrados integrantes do Poder Judiciário.

Por fim, a paradigmática decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas³⁸ aduz a exegese que ora se expõe, no sentido do exercício da magistratura por parte do Auditor (Ministro ou Conselheiro Substituto) dos Tribunais de Contas, cabendo, pois, na interpretação a ser feita, considerar a totalidade do ordenamento, *in verbis*:

[...] as substituições dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM), nos casos regulamentados, *deve se proceder por Auditores do mesmo órgão, observada a ordem de antiguidade dentro de uma escala específica a ser estabelecida para tanto (§3.º) e administrada pelo Presidente daquela Corte de Contas.*

Esta identificada sistemática cria não apenas um rodízio entre os ocupantes do cargo de Auditor, mas um imprescindível direito funcional agregado à

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. Mandado de Segurança nº 4001911-74.2012.8.04.0000.

carreira de auditores que remete a sua aplicação ao princípio constitucional do devido processo legal. A pretendida concessão da ordem mandamental faz precisa referência a isso.

[...]

Ressalta-se, então, que o argumento utilizado pela Autoridade Coatora de que para o estabelecimento da regularidade das convocações bastava a aplicação do caput do art. 93, não atende ao preceito mínimo de uma interpretação razoável ao caso.

A interpretação é uma tarefa de conjunto: pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de cada fonte está sempre em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. De fato, apesar da mera impressão visual, o artigo de qualquer lei só completa sua missão hermenêutica quando absorvido na integridade de seus eventuais incisos, alíneas e parágrafos.

É exatamente a esta orientação que foge a interpretação dada pela Autoridade Coatora ao art. 93 da Lei Estadual n. 2.423/96, de onde, então, se denota razão ao Impetrante. (Grifos nossos)

A razão dessa já caudalosa jurisprudência encontra-se fincada, entre outras, em motivações que remontam à origem histórica e, nos países centrais, à elevada missão de controle das contas públicas, em regra, entregue às mãos de juízes concursados, especializados e independentes, como se observa na judicosa pesquisa realizada por Cláudio Augusto Canha,³⁹ o qual, de modo magistral, em minuciosa revisão da literatura, perscruta a reminiscência histórica da palavra Auditor.

Assim, é imperioso concluir que os Auditores previstos na Constituição da República de 1988, que atuam como Ministros Substitutos no Tribunal de Contas da União e como Conselheiros Substitutos nos demais Tribunais de Contas brasileiros, são Magistrados das Cortes de Contas.

Como elementos de composição institucional dos Tribunais de Contas, eles são essenciais ao funcionamento do Sistema Constitucional de Controle Externo das Contas Públicas brasileiras criado pelo próprio Poder Constituinte, sendo-lhes assegurado relatar e decidir, originariamente, todos os processos de competência dos Tribunais de Contas, posto que indissociável tal mister do exercício das atribuições da magistratura de que trata o art. 73, §4º, da CR/88. Esse dispositivo lhes alçou à condição equiparada à de Desembargador Federal, no caso dos Ministros Substitutos do TCU, e de Juiz da entrância mais elevada, no caso dos Conselheiros Substitutos dos demais Tribunais de Contas.

³⁹ CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

4 Natureza jurídica da proposta de decisão: de Eisenhower a Zé Geraldo

É muito comum verificarmos, na recente doutrina e nas práticas administrativas brasileiras, o desvirtuamento de institutos alienígenas quando de sua introdução no sistema jurídico brasileiro. Os exemplos são muitos: o conceito de agências reguladoras, de contratos de gestão, de reputação ilibada, de preço módico, entre tantos.

Como visto alhures, a origem histórica e a natureza jurídica dos Auditores remontam à sua criação pelos legisladores francês e italiano das magistraturas especializadas de contas compostas por cidadãos dotados de altíssima competência técnica e escolhidos por meio de concursos públicos.

Entretanto, no Brasil, tal inspiração veio a ser desvirtuada, seja pela interpretação amesquinhada do texto constitucional, a lhe mitigar seu sentido historicamente produzido, seja pela perpetração de práticas administrativas e a promulgação de legislações infraconstitucionais de duvidosa constitucionalidade a esvaziar o conteúdo de que trata o artigo 73, §4º, da CR/88, de modo a garantir o domínio e a submissão dos órgãos controladores, consubstanciando a atualidade da advertência que inspirara Montesquieu, originária de Aristóteles, ao teorizar acerca da tripartição dos poderes, autor de frase que ficou famosa: “*É uma experiência eterna que todo aquele que detém o Poder tende a abusar dele*”.

Para abusar do poder, o gestor arbitrário precisa enfraquecer as instituições naquilo que lhes é mais caro: sua efetividade, por meio do esvaziamento de sua força, de sua missão e de sua efetividade. Isso pode ser feito de maneira mais violenta ou de maneira mais eufemista, extraíndo-se do alcance das prescrições normativas sua “mínima efetividade”.

Hodiernamente, isso se faz em alguns Tribunais de Contas por meio da criação de distinções, entraves e teorias discriminatórias, de modo que as Cortes de Contas não funcionem adequadamente, menosprezando-se, inconstitucionalmente, seu corpo técnico.

Uma das mais emblemáticas é o sofisma de que “Proposta de Decisão” possui natureza jurídica de parecer. É de se perguntar exordialmente: um Juiz emite parecer? Suas decisões, oriundas de um processo intelectual e técnico de conhecimento, não são vinculantes e podem ser por outrem não aceitas, a lhe subjugar o livre convencimento motivado?

Essas indagações, aparentemente estapafúrdias, à luz das decisões judiciais, já trazidas a lume, revelam algumas idiosincrasias mais de ordem pessoal do que da equilibrada exegese da organicidade

dos Tribunais de Contas, tal qual o desenho institucional imposto pelo constituinte.

Isto porque a denominada “Proposta de Decisão” não se constitui em uma criação do poder constituinte, que não a menciona no texto da atual Constituição da República, porém, acabou se tornando realidade por uma interpretação inadequada da função dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas.

Tal fato traz à lembrança a história de domínio popular⁴⁰ de um cidadão assim batizado com o prenome de Eisenhower, uma vez que seu genitor, Geraldo, era um ardoroso admirador do 34º Presidente dos Estados Unidos *Dwight David “Ike” Eisenhower*, herói da Segunda Guerra Mundial, que serviu ao exército norte-americano como Comandante Supremo das Forças Aliadas na Europa, inclusive no famoso desembarque aliado na Normandia-França, no inesquecível dia “D”, em 06 de junho de 1944.

Entretanto, a homenagem de família a uma das figuras mais emblemáticas do século XX acabou por ser corrompida, em face de uma prosaica dificuldade presente naquela comunidade: “Como se escreve Eisenhower? E pior, como se pronuncia? Como é que aquele magnífico nome poderia vir a ser compreendido?”

Quando na tenra infância, aquele cidadão tinha até vergonha de pronunciar seu próprio nome e foi assim que, apresentando-se aos novos amigos e colegas, começou a balbuciá-lo.

Com enorme dificuldade de entender o que ele dizia, os recém-apresentados amigos e colegas foram tentando compreender seu nome, porém, adaptando aquele nome livremente às suas realidades.

O tempo foi passando e cada um a seu jeito tentava chamar o menino: “É o Zerrauer, de Geraldo”, diziam alguns. Outros abreviavam: “É o Zé, de Geraldo”. Até que, finalmente, naquele longínquo rincão do país, para facilitar, o então menino, agora com quase trinta anos, entrou na Justiça buscando alterar o seu nome para “Zé Geraldo”, uma vez que assim era conhecido e reconhecido em toda região e em seus negócios que iam de vento em popa no ramo dos “secos e molhados”, tão comum nas pequenas localidades.

Desse modo, assim procedem alguns “intérpretes” da nossa Constituição, tentando transformar, seja por preconceito, seja por odiosa discriminação, seja por dificuldades pessoais de interpretar o sistema constitucional de controle, numa instituição

de “Zés”, quando o Constituinte a elas reservou o mister de atuarem como “Eisenhowers”.

4.1 Proposta de decisão e o princípio do livre convencimento motivado

Antes de adentrarmos especificamente na análise crítica das hipóteses para a fixação da natureza jurídica da “Proposta de Decisão”, sobreleva notar, preambularmente, que historicamente vivenciava-se o sistema da íntima convicção, segundo o qual o Estado-juiz decidia livremente as causas que lhe eram submetidas, o que fazia de acordo com sua apreciação casuística dos fatos e do Direito.

Também já foi superado o período em que esteve vigente o sistema das provas tarifadas, que eram valoradas aprioristicamente pelo próprio legislador e segundo o qual cada tipo de prova tinha um valor predeterminado na formação do convencimento do juiz.

Contemporaneamente, o Brasil se encontra sob a égide do sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional, insculpido no art. 93, IX, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.* (Grifos nossos)

Como se sabe, é norma vetusta de hermenêutica que na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz, como nos afirma Alberto Marques dos Santos,⁴¹ Juiz de Direito no Paraná, *in verbis*:

Na interpretação de uma norma frequentemente o operador deve optar entre mais de um possível sentido para o texto. Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por absurda, aqui, se entende a interpretação que:

a) *leva a ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto, no item nº 0, infra, a lei não tem palavras nem disposições inúteis);*

⁴⁰ Aqui reproduzida com fundamento na liberdade de cátedra, apenas para fins didáticos, prevista no art. 206, inciso II, da Constituição da República, bem como art. 5º, incisos IV e IX, que preveem os direitos e garantias fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão.

⁴¹ SANTOS. *Breve Introdução às regras científicas da hermenêutica.*

b) conduz a uma iniquidade: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) construir uma sociedade justa;

c) *infringe a finalidade da norma ou do sistema;*

d) conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica;

e) conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema;

f) *conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia [...]*

g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática.

A lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.

Um dos expedientes de que se pode valer o mau intérprete para alterar, na interpretação, o sentido da norma, é o de “fechar os olhos” para uma palavra ou um trecho do texto. Nas questões onde a redação da norma é deficiente, em especial, acode a tentação de “esquecer” a palavra ou expressão que cria uma dificuldade interpretativa (ou conduz a um resultado indesejado pelo intérprete). Por isso é que a experiência jurídica mult centenária consagrou a regra em exame. Todas as palavras contidas na lei são lei, e todas têm força obrigatória. Nenhum conteúdo da norma legal pode ser esquecido, ignorado ou tido como sem efeito, sem importância ou supérfluo. A lei não contém palavras inúteis. Só é adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma.

Se é correto afirmar, então, que a lei não contém palavras inúteis, qualquer relator, munido dos poderes da judicatura, nos exatos termos do art. 73, §4º, da CR/88, ao terminar a instrução dos autos, deve lançar no processo as razões do seu convencimento, de forma coerente e de maneira fundamentada, em consonância com seu futuro efeito decisório. É como explica Dinamarco,⁴² *in verbis*:

A exigência da inteireza da motivação (Michele Taruffo) não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. *O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta*

guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta: motiva-se no essencial e relevante, dispensando-se a motivação no periférico e circunstancial.

No mesmo sentido, ensina Nelson Jorge,⁴³ *in verbis*:

O princípio do livre convencimento motivado obriga ao magistrado explicitar as razões da conclusão adotada, com adequada motivação da decisão proferida, porque se assim não for ela estará com nulidade, por isso a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz. E essa motivação deve ser de tal maneira explicitada que tenha coerência e conclusão lógica apontando o dispositivo decisório de cada pretensão. Isso não representa, no entanto, estar o magistrado obrigado a se referir especificamente sobre todas as questões postas, porque deverá ele tomar conhecimento tão somente daquelas consideradas relevantes e essenciais. (Grifos nossos)

Assim, uma vez proferido juízo meritório, com o rótulo que se queira dar (proposta de deliberação, proposta de decisão ou proposta de voto), nada justifica alterar seu conteúdo ou motivação, posto que se estaria contrariando o princípio do livre convencimento motivado, na esteira do aresto ora colacionado do Supremo Tribunal Federal, o qual transcrevemos *ipsis litteris*:

O artigo 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (*iura novit curia*). (Supremo Tribunal Federal. AI nº 794759 AgR/SC – Santa Catarina Ag.Reg. em Agravo de Instrumento. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 13/04/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJe-088. Divulg 11/05/2011. Public 12/05/2011) (Grifos nossos)

No mesmo sentido, encontra-se a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Não-ocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à oposição do recurso foi devidamente apreciada, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não-acatamento das teses deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa. *Ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não*

⁴² DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, p. 243-244.

⁴³ JORGE JÚNIOR. O princípio da motivação das decisões. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*.

está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (Superior Tribunal de Justiça. EDCL no AgRg no REsp nº 977922/MG Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0204342-0 Rel. Min. José Delgado (1105) 1ª Turma. Julg. 06.03.2008 DJe, 07 abr. 2008, grifos nossos)

Resta ressaltar que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício de sua função fiscalizatória, também defende o livre convencimento dos magistrados, juízo esse que, em analogia, aplica-se a todo aquele que exerça, nos termos da Constituição da República, as atribuições da judicatura, em especial aos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas, nos termos do art. 73, §4º, da CR/88, *in verbis*:

Procedimento de Controle Administrativo. Ato Normativo nº 018/2009 do TJ/RJ. Improvimento do pedido. 1) Frente à faculdade conferida pelo ato impugnado, de que se extinga o processo sem apreciação do mérito, com fundamento na ausência de interesse processual, encontra-se o Princípio do Livre Convencimento, de acordo com o qual o Juiz está livre, no exercício da função jurisdicional, para analisar os fatos e as provas e decidir de acordo com sua convicção, devidamente motivada. 2) Não pode admitir-se a interferência deste CNJ perante os Tribunais, em ordem a os proibir de editar normas que visem ao cumprimento das metas traçadas por este Órgão no sentido de facultarem aos Magistrados a extinção de processos arquivados provisoriamente, em razão da ausência de realização de ato ou diligência pelas partes. 3) Pedido que se julga improcedente. (CNJ – PCA 200910000057196, Rel. Cons. Leomar Barros Amorim de Sousa, 114ª Sessão, j. 05.10.2010, DJ, p. 17, n. 185, 07 out. 2010, grifos nossos)

Em outro paradigmático excerto, a posição do CNJ transparece o entendimento uníssono segundo o qual é inerente à judicatura a independência, *in verbis*:

Procedimento de Controle Administrativo. Alegações por parte de Juiz Titular de que, durante seu afastamento em razão de férias, a juíza substituta negouse a cumprir seus deveres funcionais de instrução e julgamento de processos. Requerente sustenta que foi notificado pelo Corregedor-Geral de Justiça para que se abstinhasse de constar nos autos tal comportamento. – “A independência dos Juizes na formação de suas convicções é direito essencial, garantia do cidadão e do próprio Estado Democrático de Direito, como defendido pelo Conselho Nacional de Justiça desde o seu nascimento. A atuação funcional do

Magistrado – independente nas suas convicções – deve estar voltada para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República e para o fortalecimento cada vez maior do Judiciário. [...] (CNJ – PCA nº 227, Rel. Cons. Ruth Carvalho, 28ª Sessão, j. 24.10.2006, DJU, 20 nov. 2006, grifos nossos)

Assim, como visto, *ao Relator, seja ele Ministro, Conselheiro ou Auditor dos Tribunais de Contas, incumbe conduzir o processo e presidir a instrução probatória*, além de conduzir a votação no colegiado do qual participe, inclusive apresentando o primeiro voto, caso seja relator. Isso é corolário dos poderes investidos pelo Estado aos membros das Cortes de Contas para enfrentar, em seu relatório e fundamentação, o que julgue necessário para o deslinde da causa.

Compete ao relator, portanto, indicar, na plenitude da competência conferida pelo Estado Democrático de Direito e pela própria Constituição, entre outros, no art. 93, IX, quais os fatos e questões jurídicas que serão examinados no seu relatório e fundamentação, antes que ele, de acordo com sua consciência e com as normas jurídicas, possa enfrentar o mérito do processo.

O relator deverá determinar as questões principais que precisará enfrentar para o deslinde da causa que lhe é submetida, incluindo todas aquelas que sua consciência, em consonância com o Direito, determine como necessárias, incluindo condições da ação, pressupostos processuais e prejudiciais de mérito, até que ele chegue ao mérito do processo.

Tal técnica se aplica tanto ao juiz singular ou ao Desembargador do Judiciário, que deve expor as razões de fato e de direito de sua decisão, quanto ao relator (Ministro, Conselheiro ou Auditor) no Tribunal de Contas, pois estes devem trazer para o colegiado, de maneira fundamentada, a apreciação das questões que considerem preliminares ou prejudiciais ao julgamento.

Em vista disso, o relator pode, inclusive, trazer de ofício argumentos jurídicos sobre as condições da ação, pressupostos processuais e até prejudiciais de mérito, rechaçando-as, ele mesmo, num desdobramento lógico com vistas a formar e robustecer o seu convencimento, bem como o entendimento dos demais membros do colegiado de que faz parte. Isso é inerente à formação da persuasão racional, consoante o art. 93, IX, CR/88 c/c o art. 131 do CPC.

Por meio de seu livre convencimento, somado à fundamentação em consonância com o Direito, atinge-se o livre convencimento motivado.

Por tudo isso, demonstra-se que o princípio da persuasão racional também se aplica aos Auditores

(Ministros e Conselheiros Substitutos), e o motivo da existência de quaisquer garantias asseguradas a tais membros das Cortes de Contas é justamente o esmorecimento do exercício de suas funções previstas constitucionalmente, em atenção à própria força normativa da Constituição.

4.2 Proposta de decisão: etimologia e hipóteses

Como se sabe, qualquer perquirição da natureza de um objeto de estudo deve começar pela sua própria etimologia.

Sobre o vocábulo natureza ensinam Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar⁴⁴ que ele tem, entre outras acepções, a de “caráter, tipo ou espécie”, bem como “o que compõe a substância do ser, essência”.

Natureza. Na terminologia jurídica, assinala, notadamente, a essência, a *substância* ou a *compleição* das coisas. Assim, a natureza se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e que *devem vir* com a própria coisa. *Eles se mostram, por isso, a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela não se separa, sem que a modificação ou a mostre diferente ou sem os atributos que são do seu caráter.* É, portanto, a *matéria* de que se compõe a própria coisa, ou que lhe é inerente ou congênere. (Grifos nossos)

No que tange à *natureza jurídica*, também leciona Othon Sidou: “Natureza jurídica. Filosofia do Direito. Diz-se da pesquisa em torno de um instituto jurídico, no sentido de enquadrá-lo pela comparação, numa grande categoria jurídica”.⁴⁵

Portanto, ao se indagar sobre a natureza jurídica de um instituto, questiona-se o significado daquele objeto especificamente para a ciência jurídica. *Sem a compreensão da natureza jurídica de algo é impossível sua aplicação pelo Direito com cientificidade e precisão. Portanto, sem saber o que é natureza jurídica não se pode estar em sintonia com a finalidade do próprio Direito enquanto ciência social aplicada.*

Atualmente, nos Tribunais de Contas brasileiros, existe a figura jurídica da proposta de deliberação ou decisão, conforme nomenclatura do Tribunal de Contas da União, equivalente às propostas de voto em diversos Estados da Federação, sendo incompreendido por alguns o real alcance dessas manifestações meritórias, dando azo para diversas linhas interpretativas, algumas com supedâneo

⁴⁴ HOUAISS; VILLAR. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1344.

⁴⁵ SIDOU. *Dicionário jurídico*, p. 373.

constitucional, outras nem tanto, a demandar o enfrentamento da seguinte questão: qual seria a natureza jurídica da “proposta de decisão”?

Insta salientar que para que se compreenda a proposta de deliberação (ou proposta de voto) faz-se mister perpassar pela análise das atribuições constitucionais dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas, bem como perquirir acerca da natureza das elevadas funções que exercem, conforme visto em tópico precedente.

André Luís de Carvalho,⁴⁶ ao tratar do julgamento pelos Tribunais de Contas da União, contextualiza e tangencia o assunto, embora sem tratar diretamente das propostas de voto ou propostas de decisão:

[...] c) o julgamento, por sua vez, compreende as etapas de: discussão; votação e proclamação do resultado. Apresentado o processo pelo Relator, o presidente do Colegiado abre a fase de discussão, *permitindo que ministros, auditores e o MPTCU promovam debates*, se necessário, sobre a matéria contida no processo apresentado. Em seguida, *estando os julgadores devidamente esclarecidos, o presidente do Colegiado abre a fase de votação, colhendo os votos dos auditores convocados para substituir ministro e, logo depois, dos ministros presentes à sessão.* E, assim, após apurada a votação, o presidente deve proclamar o resultado, *declarando a forma como a proposta sagrou-se vencedora* (por unanimidade, por maioria, por voto de desempate etc); [...]. (Grifos nossos)

Veja-se pois que a análise meritória no Tribunal de Contas da União apresentada indistintamente por Ministro ou Auditor recebe a designação de proposta, apenas sendo denominada de “decisão” após a apuração de votos, posto que, como órgão colegiado que é, todas as suas decisões plenárias necessitam ser coletivamente formadas.

Após a realização de expressiva revisão bibliográfica,⁴⁷ além de consulta aos demais referidos nesse texto, em busca da natureza jurídica da proposta de decisão, constatamos uma relevante lacuna que, de resto, deve ser enfrentada, sob pena de menoscabar as importantes “atribuições da judicatura” já citadas.

⁴⁶ CARVALHO. O controle financeiro exercido pelo TCU. *In: Motta. Curso prático de direito administrativo*, p. 1236.

⁴⁷ Consultaram-se as seguintes obras: 1) JACOBY FERNANDES. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*; 2) JACOBY FERNANDES. *Tomada de contas especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*; 3) CARVALHO. O controle financeiro exercido pelo TCU. *In: Motta. Curso prático de direito administrativo*; 4) DECOMAIN. *Tribunais de Contas no Brasil*; 5) PARDINI. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*; 6) TORRES. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*, v. 5; 7) OLIVEIRA. *Curso de direito financeiro*; 8) SILVA. *Vocabulário jurídico*; 9) SIDOU. *Dicionário jurídico*.

De fato, não se encontrou, na referida pesquisa, referência expressa à natureza jurídica perquirida, a despeito de serem referências para o estudo do controle externo brasileiro, especialmente no que tange à temática buscada.

Isso ilustra, portanto, a necessidade de buscar nas palavras voto⁴⁸ e proposta⁴⁹ alguma linha indutora de inferência, conforme o magistério de Plácido e Silva, *in verbis*:

Proposta. Forma feminina de *proposto*, do latim *propositus* (exposto aos olhos, posto adiante), significa a ação de propor ou *de oferecer a outrem alguma coisa*, indicando, também, o conteúdo, ou objeto do que se propõe.

Voto. Do latim *votum*, de *votare* (prometer, fazer promessa, eleger ou escolher pelo voto), na linguagem jurídica, em amplo conceito, é a *manifestação da vontade, ou opinião manifestada, pelo membro de uma corporação ou de uma assembleia*, acerca de certos fatos e mediante sistema ou forma preestabelecida. *Pelo voto, assim, dá a pessoa o seu parecer, manifesta sua opinião, delibera acerca de certo fato, sujeito a seu veredicto, ou sua decisão.* [...] O voto, porém, é igualmente tido como a opinião manifestada, ou a ser manifestada, a respeito de outros fatos, indicando-se uma *decisão*, um *parecer*, ou uma *deliberação*. *Neste caso, o voto é deliberativo, ou decisivo, e consultivo.* É deliberativo se vem ou é emitido para servir de decisão de um negócio, ou de aprovação, ou deliberação acerca de um fato. É consultivo quando, não tendo feição de decisão ou deliberação, vem em caráter de consulta, de parecer, ou de orientação a decisão que, posteriormente, se deva tomar. (Grifos nossos)

Verificando-se a prática que atualmente tem sido levada a efeito, *observa-se que a proposta de decisão não é considerada como voto nos julgamentos, possuindo, na praxis das Cortes de Contas, um caráter meramente opinativo.* Esse é, ontologicamente, ou seja, no plano fático, o tratamento que vem sendo dispensado, *embora outro seja, certamente, o fim para o qual foi criado o instituto.*

Dependendo da fixação da natureza jurídica a ser realizada, haverá inúmeros efeitos, inclusive a questão do impedimento (ou não) para a atuação do Auditor nos autos. Tal tema, não se pode olvidar, é de extrema relevância para o correto exercício da atividade-fim dos Tribunais de Contas, já que a inobservância das causas de impedimento enseja nulidade do ato, nos termos dos arts. 134 a 138 do Código de Processo Civil.

Assim, haveria que se indagar qual seria a natureza jurídica da proposta de decisão, cabendo-nos perscrutar criticamente as que têm se levantado

⁴⁸ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 1486.

⁴⁹ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 1110.

com mais frequência, quais sejam: 1) natureza jurídica de parecer, ou seja, opinativa, não vinculante, mas obrigatória; 2) natureza jurídica de decisão interlocutória, definitiva ou terminativa;⁵⁰ ou 3) natureza jurídica semelhante ao voto.

4.2.1 Hipótese de natureza jurídica de parecer ou opinativa

Inicialmente, insta salientar que neste item não se cogita acerca da emissão do parecer prévio pelos Tribunais de Contas com espeque no art. 71, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Esse item trata, isso sim, da natureza jurídica da atuação dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas do Brasil no exercício ínsito ao que prescreve o inciso II do art. 71 da CR/88: “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis [...]”.

Com efeito, especificamente quanto ao exercício da atribuição prevista no art. 71, inciso I, da CR/88, não resta nenhuma dúvida da natureza jurídica da manifestação final dos Tribunais de Contas, através de seus órgãos colegiados, qual seja, natureza jurídica de parecer prévio, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.964,⁵¹ *in verbis*:

Tribunal de Contas dos Estados – competência – observância compulsória do modelo federal – inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do *julgamento das contas das Mesas das Câmaras Municipais – compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal*, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo local (CF, art. 31, §2º – precedente (ADIn 849, 11.2.99, Pertence) – suspensão cautelar parcial dos arts. 29, §2º e 71, I e II, da Constituição do Estado do Espírito Santo. (Grifos nossos)

Assim, feita a distinção entre a manifestação sob a forma de parecer prévio, nos termos do art. 71, inciso I, da CR/88, e o que se procura aclarar, passa-se a verificar o conceito de parecer para alguns doutrinadores renomados no Direito brasileiro, em busca de se perquirir acerca da natureza jurídica da forma pela qual, em regra, se manifestam, no exercício das demais atribuições da judicatura, me-

⁵⁰ De plano, constata-se haver diversas atuações judicialiformes no curso de processos perante os Tribunais de Contas que são proferidas por Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos), seja no exercício das funções da judicatura, proferindo decisões interlocutórias e despachos, seja em substituição aos Ministros ou Conselheiros.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.964/MC.

ritoriamente, os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos).

De maneira sintética, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁵² que parecer “é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido”.

Já para Maria Sylvania Zanella Di Pietro,⁵³ ao tratar da função do consultor e parecerista jurídico, “o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que o solicitou” e, justamente em razão disso, “se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão”. Porém, para Di Pietro,⁵⁴ a responsabilização dos referidos profissionais “não pode ocorrer a não ser nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé”, não se justificando se o parecer estiver devidamente fundamentado, já que “a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consultor”.

A seu turno, Hely Lopes Meirelles⁵⁵ examina profundamente o aspecto técnico da questão, o qual transcrevemos *ipsis litteris*:

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial, ou punitiva. [...]

Parecer normativo: é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.

*Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.*⁵⁶ (Grifos nossos)

A seu turno, ensina José dos Santos Carvalho Filho⁵⁷ que “os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação”, assim refletindo, *in verbis*:⁵⁸

⁵² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 390-391, 403.

⁵³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 232-233.

⁵⁴ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 232-233.

⁵⁵ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 193-194.

⁵⁶ STF. *RD*, 80/136.

⁵⁷ CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 126-127.

⁵⁸ CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 126-127.

Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se, então, que o parecer é *facultativo*. Quando é emitido “*por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreva a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio*”, dir-se-á *obrigatório*. Nesta hipótese, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade.

Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide. (Grifos nossos)

Tratando-se da natureza jurídica opinativa, embora haja certa proximidade com o que se observa na prática, *ela é absolutamente incompatível com as demais atribuições da judicatura nos termos do art. 74, §3º, da Constituição da República*. É como afirma Leonardo dos Santos Macieira,⁵⁹ ao citar decisão do Tribunal de Justiça do Ceará, *in verbis*:

Reconhecendo que as atribuições de judicatura do Auditor-Magistrado não se coadunam com a emissão de parecer, visto que essa atividade é de caráter meramente opinativo, o ilustre Desembargador concedeu medida liminar suspendendo a eficácia da resolução daquele Tribunal por reconhecer a manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade:

“Não posso, por isso, entender, data vênica, o motivo pelo qual o Tribunal de Contas dos Municípios, na contramão de comezinhos princípios, aqui e ali, de vez em quando, resolve se atribuir função típica de órgão legislativo, disciplinando, algumas vezes, por via simples resolução, matéria reservada ao domínio estritamente legislativo, usurpando dessa forma, a competência que a constituição adjudica, privativamente, ao Poder Legislativo.

O parecer de auditoria é emitido pelo profissional da iniciativa privada da área contábil, denominado de auditor independente e regido por norma infralegal, no caso, a Norma Brasileira de Contabilidade T11. [...]. (Grifamos)

Assim, não se pode confundir o exercício da função de emissão de parecer prévio, prevista no próprio art. 71, inciso I, da Constituição da República de 1988, na qual não somente os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos)

⁵⁹ MACIEIRA. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*.

mas também os Ministros e Conselheiros emitem uma manifestação colegiada que, ao seu final, tem natureza jurídica de parecer, com aquelas demais atribuições dos Tribunais de Contas, em especial a do art. 71, inciso II, nas quais a atuação dos Auditores não se coaduna com a atividade de parecerista, pois, no exercício das demais atribuições da judicatura, realizam funções de juizes, nos termos do art. 73, §4º, da Constituição da República de 05/10/1988.

Dessa maneira, conclui-se, a partir dos caracteres e distintivos trazidos pela doutrina, que *as propostas de decisão relatadas pelos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos), manifestações meritórias hauridas do livre convencimento motivado, não podem ser consideradas opinativas pois são atos integrantes de um julgamento, frutos de um processo intelectual de conhecimento calçado nas atribuições da judicatura (art. 73, §4º, da CR/88) consistentes naquelas previstas, entre outras, nos artigos 125 a 133 do Código de Processo Civil brasileiro, aplicável, mutatis mutandis, aos Tribunais de Contas.*

4.2.2 Hipótese de natureza jurídica de decisão

Sob a ótica do Direito Processual, são classicamente trabalhadas as manifestações emanadas de membros do Poder Judiciário da forma como, magistralmente, nos apresenta Humberto Theodoro Júnior,⁶⁰ *in verbis*:

*“Decisão, em sentido lato, é todo e qualquer pronunciamento do juiz, resolvendo uma controvérsia, com o que abrange, em significado, as próprias sentenças.”*⁶¹

A *decisão interlocutória*, porém, tem um conteúdo específico, diante do conceito que o Código lhe emprestou de maneira expressa. Corresponde, assim, ao “ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

[...] *“Despachos são as ordens judiciais dispostas sobre o andamento do processo”, também denominadas ‘despachos ordinários ou de expediente’.*⁶² Com eles não se decide incidente algum: tão-somente se impulsiona o processo. [...]

O titular do interesse em conflito (sujeito da lide) tem o direito subjetivo (direito de ação) à prestação jurisdicional, a que corresponde um dever do Estado-juiz (a declaração da vontade concreta da lei, para pôr fim à lide).

É através da sentença que o Estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça.

A sentença, portanto, “é emitida como *prestação* do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a prestação à tutela jurídica”.⁶³ (Grifos nossos)

Não fosse isso bastante, em estrita consonância com as lições de Humberto Theodoro Júnior estão as lições de Ovídio A. Baptista da Silva,⁶⁴ consagrado processualista brasileiro, *in verbis*:

*Sentença é o ato jurisdicional por excelência e consiste no provimento por meio do qual o juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa. Tendo em vista esta circunstância, subdividem-se as sentenças em *terminativas* – quando extinguem a relação processual sem decidir a respeito do mérito da causa – e *definitivas* – quando encerram a relação processual decidindo o mérito da causa.*

Finalmente, Ovídio A. Baptista da Silva⁶⁵ traz o que seria, no seu entender, a diferença entre decisão interlocutória e despacho, bem como o seu conceito de sentença, *in verbis*:

[...] se houver controvérsia entre as partes a respeito da legitimidade da prática de tal ato processual, o provimento já não será um simples despacho, mas uma verdadeira decisão interlocutória, e, como tal, recorrível.

Não se deve esquecer que no conceito de sentença, que é o provimento jurisdicional emanado do juiz de primeiro grau de jurisdição, incluem-se também os acórdãos, que são atos similares originados das decisões colegiadas tomadas pelos tribunais superiores. (Grifos nossos)

Desse modo, revela-se indubitável, que as decisões tomadas ao longo da instrução processual pelos Ministros, Conselheiros ou Auditores, nos processos que lhes são distribuídos, possuem naturezas jurídicas, conforme o caso, de decisões interlocutórias e despachos.

Com efeito, as atividades desempenhadas pelos Ministros, Conselheiros e Auditores rotineiramente (proferir despachos, proferir decisões interlocutórias e instruir o processo e o relatar para julgamento) são atividades da judicatura de contas, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico vigente com fulcro no art. 73, §§3º e 4º da Constituição de 1988.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, p. 69.

⁶¹ MARQUES. *Manual de direito processual civil*, v. 3, p. 41, n. 537.

⁶² REZENDE FILHO. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 15, n. 804.

⁶³ MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 395.

⁶⁴ SILVA. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 1, p. 200-202.

⁶⁵ SILVA. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 1.

Assim, partindo-se das lições acima trazidas, verifica-se também que as opiniões meritórias dos Ministros, Conselheiros e Auditores em sessões de julgamento assemelham-se às sentenças de 1º grau de jurisdição e aos votos que compõem os acórdãos em 2º grau, conforme previsto nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, em que se cuida das decisões com e sem resolução de mérito. Porém, não obstante o conteúdo semelhante a sentenças, elas não são proferidas no colegiado de forma isolada pelos Ministros, Conselheiros e Auditores dos Tribunais de Contas, mas sim de forma coletiva, nos órgãos colegiados instituídos para tal, o que remete aos votos do Poder Judiciário em suas sessões de julgamento.

Nada obsta, portanto, coerentemente com a natureza jurídica de decisão, que a manifestação final dos Ministros, Conselheiros e Auditores, ao menos nos órgãos fracionários, deva ser computada como voto nas sessões de julgamento dos Tribunais de Contas.

Assim, as decisões tomadas pelos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) ao longo da instrução processual possuem naturezas jurídicas, conforme o caso, de decisões interlocutórias ou despachos, porém sua manifestação final não tem recebido o delineamento de voto na praxis dos Tribunais de Contas, como seria de se esperar de uma correta compreensão do tema. É o que se passa a estudar a seguir.

4.2.3 Hipótese de natureza jurídica de voto

Como visto alhures, é possível constatar que o Juiz que instrui o processo tem direito a exprimir, fundamentada e livremente, o seu juízo meritório acerca da matéria controversa de que tomou conhecimento, fazendo-o de modo racional e sopesando as razões fáticas e de Direito.

Verifica-se que os Tribunais de Contas são compostos por Ministros, Conselheiros e Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos), nos termos do art. 73, *caput*, e parágrafo 4º, da Constituição da República de 1988. Tal inteligência decorre de um raciocínio simples: estaria conforme o modelo constitucional preconizado no artigo 75 um Tribunal de Contas que se organizasse, se compusesse e exercesse sua fiscalização sem a presença de Auditores? A resposta é óbvia: não!

As decisões judiciais já colacionadas esclarecem que os Auditores, como não poderia deixar de ser, são membros, detentores de todas as garantias, impedimentos (previstos expressamente no art. 95 da CR/88 e densificados nos artigos 25 a 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e atribuições da judicatura, inclusive de votar nos processos

em que presidiram a instrução, em conformidade com os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, estabelecidos quando da direção dos processos que lhes são incumbidos, inculpidos, notadamente, nos artigos 125 a 138 do Código de Processo Civil brasileiro.

Em nenhum dispositivo constitucional atinente aos Tribunais de Contas está determinado que “apenas pelos votos de seus Ministros (ou Conselheiros) deliberarão os Tribunais de Contas”. Mesmo o artigo 73, em seu *caput*, e o parágrafo único do artigo 75, ao estabelecerem o número de integrantes dos Tribunais de Contas, assim não estipularam de modo absoluto. Com efeito, isso seria violador da própria estrutura de funcionamento das Cortes de Contas, cujos plenários são compostos indistintamente por Ministros, Conselheiros e Auditores. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Cláudio Canha,⁶⁶ *in verbis*:

Conforme já visto anteriormente no item nº 06, apenas em 1977 (com a adoção de um novo Regimento Interno – Resolução Administrativa nº 14, de 12 de dezembro de 1977) ficou estabelecido um aparente avanço no papel dos auditores, os quais, além de relatar os processos, passavam a apresentar “proposta de decisão” (art. 73, inciso IV), que poderia ser acatada como solução para a questão em apreciação.

[...]

Entretanto, a partir da promulgação da Constituição Federal, em 05/10/1988, o que poderia ser considerado avançado passou a ser retrógrado, já que os Auditores foram inseridos no seio da magistratura, não sendo possível, à luz do bom direito, usurpar-lhes a prerrogativa de votar nos processos em que foram relatores.

Esse preceito é rigorosamente observado nas cortes judiciais brasileiras. O magistrado relator sempre vota, sem que haja previsão de quaisquer exceções.

Na verdade, o instituto da “proposta de decisão” é uma espécie de voto consultivo, *instituto que não existe no ordenamento jurídico brasileiro e já não existia à época em que foi adotado no TCU.* Vale lembrar, entretanto, que o art. 7º do Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, estabelecia que o regulamento do TCU determinaria quais funcionários do corpo administrativo teriam voto consultivo nas deliberações do Tribunal.

Assim, é possível inferir que a “proposta de decisão” era compatível quando os Auditores eram servidores públicos, mas perde a compatibilidade quando se tornam magistrados.

Nas Cortes de Contas europeias, fontes de inspiração para a criação do Tribunal de Contas federal

⁶⁶ CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

brasileiro, as garantias da magistratura são sempre atribuídas a seus membros, sem exceções. No que tange à Corte dei Conti, por exemplo, assim consta de sua Lei Orgânica:

“5. (art. 9, legge 14 agosto 1862, n. 800; art. 1, legge 3 aprile 1933, n. 255.) – *I primi referendari e i referendari hanno voto deliberativo oltre che nel caso in cui siano chiamati dal presidente ad integrare il collegio giusta il terzo comma del precedente articolo, anche negli affari dei quali sono relatori.*

Possono essere chiamati dal presidente a supplire i consiglieri assenti od impediti, compreso quello avente l'incarico di segretario generale, ed anche in questo caso hanno voto deliberativo.”⁶⁷ (Grifos nossos)

Cláudio Canha⁶⁸ cita ainda as razões de ordem lógico-processual levantadas por lições lapidares dos mais autorizados processualistas brasileiros, entre eles Pontes de Miranda, *in verbis*:⁶⁹ “*É de grande relevância que o relator seja claro e preciso, porque a má exposição pode levar a erros no julgamento. Ainda não se trata do seu voto, porém os fundamentos que apresentaram as partes têm de ser mencionados com exatidão e igual tratamento*” (Grifamos).

José Carlos Barbosa Moreira,⁷⁰ também citado por Cláudio Canha,⁷¹ ressalta ser consectário lógico da marcha processual que antes de proferir o seu voto deva o relator enfrentar os pontos obscuros, mediante o relatório e fundamentação expostos, *in verbis*:

353. Exposição do relator – O relator terá, naturalmente, feito nos autos, consoante o disposto no art. 549, parágrafo único, a “exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso” – ou a causa, entende-se. *Semelhante exposição deve ser reproduzida oralmente na sessão de julgamento, a fim de que se inteirem do que se vai discutir e decidir todos os componentes do órgão colegiado, inclusive aqueles que porventura não hajam lido a cópia do relatório escrito (art. 553), ou não tenham retido na memória, com a desejável nitidez, os*

vários aspectos da matéria. *Aliás, o relator não fica adstrito, na exposição oral, à pura repetição do que consta do relatório escrito: pode acrescentar por menores esclarecedores e deve, se for o caso, proceder a retificações ou suprir omissões relevantes. A clareza e a precisão da exposição do relator são condições essenciais para que se possa julgar bem.* Avultam aqui a delicadeza e a importância da função cometida ao relator. Uma exposição incompleta ou pouco fiel pode levar o colegiado a perpetrar graves injustiças. É necessário que ela contenha todos os dados relevantes, dispostos em ordem que lhes facilite a apreensão e a memorização, sem contudo perder-se em minúcias fatigantes que desviem a atenção do essencial. (Grifamos)

Ao final, conclui Cláudio Canha,⁷² de modo esclarecedor na crítica que faz à práxis de algumas Cortes de Contas brasileiras, *in verbis*:

[...] Portanto, à luz dos ensinamentos desses eminentes doutrinadores, *é inconcebível que o relator, pela relevância desse papel, não tenha direito a voto deliberativo nos processos a seu encargo.* E como não há previsão de revisor nos Tribunais de Contas, o papel do relator se torna ainda mais relevante, ao lado do princípio da verdade material e da peculiaridade da instrução processual, que é mais ampla que no Poder Judiciário.

O caso paranaense do “novo relator” (quando a proposta de decisão de auditor não é acatada pelo Colegiado) e o caso sergipano de atribuir critério subjetivo a conselheiro em relação à proposta de decisão de auditor, [...] são demonstrações de desvalorizações dos auditores, porquanto tais disposições diminuem a relevância de seu papel nas decisões que submetem aos órgãos colegiados.

Assim sendo, a proposta de decisão ontologicamente possui o mesmo conteúdo jurídico e, portanto, a mesma natureza jurídica do voto, exceto quanto ao efeito do seu cômputo para a declaração do resultado do julgamento da sessão colegiada, na *sui generis* práxis adotada pelos Tribunais de Contas no Brasil de desprezar todo o livre convencimento motivado expressado tecnicamente por um de seus membros, a quem o constituinte, *expressamente*, frise-se, reconheceu o “exercício das atribuições da judicatura”.

Tal prática, sem supedâneo constitucional, violadora, em *ultima ratio*, dos princípios da eficiência e da celeridade processual, desconsidera, por fim, que a proposta de decisão possui os mesmos requisitos de validade e existência do voto, quais sejam, o relatório, a fundamentação e a conclusão, nos termos dos arts. 163, 165 e 458 do Código de Processo Civil.

⁶⁷ Em tradução livre feita pelo autor Cláudio Augusto Canha: “5º. (Redação dada pelo art. 9 da Lei nº 800, de 14 de agosto de 1862, e pelo art. 1º da Lei nº 255, de 03 de abril de 1933) – Os *primi referendari* e os *referendari* têm voto deliberativo além da hipótese em que são convocados pelo presidente para integrarem o colegiado conforme o parágrafo terceiro do artigo precedente, e nos processos nos quais são relatores. Podem ser convocados pelo presidente para substituir os conselheiros ausentes ou impedidos, incluindo aquele que tem o cargo de secretário-geral, em que, também nessas hipóteses, têm voto deliberativo”.

⁶⁸ CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

⁶⁹ MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 212, 213.

⁷⁰ MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: volume 5, arts. 476 a 565, p. 639, 640.

⁷¹ CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

⁷² CANHA. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*.

Portanto, salvo quanto à proposta de decisão, as atuais atribuições conferidas aos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos), notadamente no Tribunal de Contas da União e na grande maioria dos Tribunais de Contas Estaduais e de Municípios, guardam observância ao exercício das demais atribuições da judicatura, o que constitui um verdadeiro paradoxo.

A Constituição da República de 1988 não expressou, nem quis expressar que aos Auditores, enquanto magistrados das Cortes de Contas, estaria relegada outra função, qual seja, a de meros instrutores sem função de judicatura. O que a Constituição dispôs foi, expressamente, o contrário.

Dessa maneira, como corolário do princípio da força normativa da Constituição, não se pode retirar de membros da Magistratura de Contas o exercício das funções de judicatura, transformando os Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas em meros juízes instrutivos, pois isso seria diminuir a sua missão e sua efetividade constitucional. Não foi isso que o constituinte quis e não é isso que a sociedade deseja!

Assim, urge repensar o atual modelo de participação nas sessões de julgamento dos Tribunais de Contas pelos membros da Magistratura de Contas, conferindo-se a necessária eficiência na implementação do modelo insculpido pelo Poder Constituinte da República, até para que isso deságue numa mais efetiva atuação dos Tribunais de Contas, que precisa devolver à sociedade, em atendimento aos princípios mais caros atinentes à administração pública (insculpidos no art. 37, *caput*, da CR/88), a satisfação de seus interesses.

5 Considerações finais

Atualmente, na práxis adotada, os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas atuam como relatores e podem instruir e conduzir os processos, bem como podem proferir decisões interlocutórias e despachos. Porém, segundo o costume *contra legem* estabelecido, a teor das disposições do Código de Processo Civil brasileiro, não se computa suas manifestações meritórias como votos, mesmo nos órgãos fracionários, o que mitiga o princípio da máxima efetividade constitucional e esvazia as atribuições da judicatura que o constituinte lhes atribuiu.

Assim, tal qual um “Eisenhower” transformado pela práxis em “Zé Geraldo”, conspurca-se os atributos dos Ministros e Conselheiros Substitutos, contrariando-se o modelo preconizado e destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.994/ES pelo

Supremo Tribunal Federal,⁷³ qual seja, a existência necessária, como parte da “ossatura” do Estado e elemento de composição do próprio tribunal, por parte dos Auditores, como modelo da Constituição da República e de observância obrigatória por parte dos Estados Federados nos termos de seu art. 75, a trazer a seguinte indagação: se o próprio cargo de Auditor dos Tribunais de Contas não pode ser extinto, como poderia ser subtraída dele a possibilidade de atuar como julgador, o que se exerce através do voto efetivo nas sessões de julgamento?

O que se percebe é a perpetração, “silenciosamente ruidosa”, de uma *capitis diminutio* das possibilidades de decisões que devem proferir os Ministros e Conselheiros Substitutos. Os votos que proferem nessa qualidade não são considerados votos, mas “propostas de decisão, voto ou deliberação”, como queira o intérprete, *o que se apresenta como flagrante atecnia, ao se considerar o estrito e legal conceito técnico do que é processo, porém que se tem feito forte através de recalcitrantes costumes*. Essa atecnia existe, repita-se, em razão do fato de um Magistrado das Cortes de Contas não poder atuar como julgador nos processos em que ele próprio é o relator.

Vale lembrar que o princípio da colegialidade nos julgamentos das Cortes pátrias não é meramente formal. A colegialidade pressupõe participação efetiva de todos os órgãos julgadores, motivo pelo qual, a todos os Magistrados das Cortes de Contas deve ser assegurada a possibilidade de votar ao menos nos órgãos fracionários, caso tenhamos excessivo apego à métrica do número de integrantes de que tratam os artigos 73, *caput*, e parágrafo único do art. 75 da CR/88, locais em que o Auditor possui assento permanente, ou seja, nas Câmaras de julgamento que existem paralelamente ao Tribunal Pleno em algumas Cortes de Contas do país.

Como corolário, a permanecer como está a prática quanto à consideração das propostas de decisão, há uma inconstitucional desvalorização dos trabalhos dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos), além de um retrabalho para os Ministros e Conselheiros, já que decidem em cima do que não instruíram, desprezando-se todo o processo de conhecimento de contas levado a efeito pelos Auditores, gerando-se ainda um decréscimo de produtividade e uma gritante, repita-se, atecnia e morosidade face aos princípios da eficiência e celeridade.

A atual situação existente quanto à proposta de decisão revela-se, portanto, paradoxal face à busca dos princípios da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República e celeridade processual prevista no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.994/ES.

No âmbito do próprio Tribunal de Contas da União, 5 (cinco) Ministros devem compor o *quorum* das sessões plenárias e 3 (três) Ministros devem compor o *quorum* das sessões das Câmaras, nos termos do art. 67, §2º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas de União,⁷⁴ c/c arts. 93 e 134 do respectivo Regimento Interno,⁷⁵ independentemente da presença dos Ministros Substitutos.

Com efeito, em regra, a apuração dos votos exige a presença de apenas três Magistrados de Contas nas Câmaras dos Tribunais de Contas, enquanto o sistema de apreciação da “proposta de decisão” exige presença de quatro Magistrados, aqui incluído o Auditor (Ministro ou Conselheiro Substituto), o que gera um recorrente retrabalho e exige um maior *quorum* para a apreciação dos processos, *revelando-se numa situação sem paradigma no âmbito do sistema processual brasileiro*.

Ao considerarmos que a própria Constituição da República, no seu art. 73, §4º, previu a atuação dos Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) em duas hipóteses, quais sejam, ora substituindo, ora atuando em funções da judicatura, ocasião em que, examinando o mérito, relatam processos em sessões de julgamento, proferindo verdadeiras “sentenças”, devem, portanto, ser computadas como votos, não podendo tal mister ser menoscabado, *para mero e, no caso, teratológico parecer*.

Sendo as funções da judicatura claramente incompatíveis com pareceres, deve ser reconhecida a força normativa da Constituição. *E o que a Constituição, numa interpretação sistemática, prescreve é que as Cortes de Contas sejam céleres e efetivas, o que perpassa a necessidade de que, ao menos nas Câmaras a que pertençam, os Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) dos Tribunais de Contas profiram votos, ainda que não estejam em substituição*.

A Constituição não deve ser interpretada no sentido da permanência da sistemática da “proposta de decisão”, que é sinônimo de retrabalho e de rejuízo. Não deve o Auditor, enquanto relator, apresentar um “mero parecer”, sem eficácia jurídica, ou seja, apenas uma proposição sujeita a

posterior “acolhimento”. Isso é, repita-se, incompatível com as prerrogativas e deveres assegurados constitucionalmente aos referidos Ministros e Conselheiros Substitutos, magistrados que são.

Se assim não o fosse, porque a Constituição atribuiria tantas prerrogativas, enquanto Magistrados de Contas, aos Auditores? Somente para depois deles retirar o principal, que é proferir efetivamente o seu voto?

Nesse sentido, é importantíssimo recordar que a proposta de decisão não possui supedâneo constitucional, mas o exercício das funções da judicatura, sim, expressamente.

É em decorrência disso que se constata que a proposta de deliberação é mantida por força de um costume sem supedâneo constitucional que veio a ganhar, posteriormente, em alguns casos, *status* normativo. Verifica-se, portanto, que foi levantada uma infrutífera polêmica que redundou em uma diminuição em relação ao alcance do texto constitucional, ao retirar do Auditor o exercício “das atribuições da judicatura”, e em morosidade no âmbito das Cortes de Contas.

Mais uma vez ocorre falta de eficiência, violando-se o art. 37, *caput*, da Constituição da República, quando se constata que Magistrados de Contas concursados e, portanto, presume-se, preparados tecnicamente, deixam de participar da votação efetiva dos julgamentos.

O que se defende, portanto, é que os Auditores dos Tribunais de Contas, pouco importando o rótulo de Ministros ou Conselheiros Substitutos, efetivamente exerçam o mister que o Constituinte lhes conferiu, qual seja, o pleno exercício da função de judicatura, nos termos do art. 73, §4º, da Constituição da República. Nesse sentido, a emissão de mera “proposta de decisão” está na contramão da Carta Constitucional proclamada em 5 de outubro de 1988.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos: Brasil. Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOITEMPO. Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. Disponível em: <http://www.boitempo-editorial.com.br/livro_completo.php?isbn=978-85-7559-341-7>. Acesso em: 30 nov. 2013.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei Ordinária Federal nº 8.443/1992: “Art. 67. [...] §2º A competência, o número, a composição, a presidência e o funcionamento das Câmaras serão regulados no Regimento Interno”.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno: “Art. 93. As sessões do Plenário serão ordinárias e extraordinárias e, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III e VII do art. 96 e observado o disposto no §3º do art. 24 e no §1º do art. 36, somente poderão ser abertas com o quórum de cinco ministros ou auditores convocados, exclusive o Presidente. [...] Art. 134. As sessões das câmaras serão ordinárias e extraordinárias, e somente poderão ser abertas com o quórum de três ministros ou auditores convocados, incluindo o Presidente”.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.241/PB.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 215-5/PB. Medida Liminar. Rel. Min. Celso de Mello. *DJU*, seção 1, p. 7234, 03 ago. 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.964/MC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julg. 25.03.1999, *DJ*, 07 maio 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.994/ES. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julg. 24.05.2006, *DJ*, 08 set. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1.193-6/AM. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 09 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.966-0/ES. Rel. Min. Octávio Galloti. Brasília, 17 de março de 1999. Ementa: Auditor de Tribunal de Contas. Nomeação sujeita à prestação de concurso público (art. 37, II da Constituição Federal). *Diário da Justiça*, p. 2, 07 maio 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 13.965. Rel. Min. Luiz Fux, julg. 04.10.2012, *DJe*-200, 10 out. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 15.902. Rel. Min. Luiz Fux, julg. 21.06.13, *DJe*-121, 25 jun. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº. 4.041. Rel. Min. Ribeiro da Costa. Brasília, 05 de dezembro de 1956. *Diário da Justiça*, DF, 21 jun. 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 132.747-2/DF. Recorrente: Jackson Barreto de Lima. Recorrida: Procuradoria Regional Eleitoral. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207690>>. Acesso em: 10 jul. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei Ordinária Federal nº 8.443/1992.
- BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 13-25, set. 2011.
- CANHA, Cláudio Augusto. A evolução (?) do papel dos auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3641, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24751>>. Acesso em: 19 jul. 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- CARVALHO, André Luís. O controle financeiro exercido pelo TCU. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. 1.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança nº 404.195/DF. Registro do Acórdão nº 77297. Rel. Des. Luiz Cláudio Abreu. Brasília, 23 de maio de 1995. *Diário da Justiça*, seção 3, p. 10382, 02 ago. 1995.
- FERREIRA, Diogo Ribeiro; GARCIA, Núbia de Bastos Moraes. A imprescindibilidade do parecer prévio no processo de prestação de contas mesmo em caso de falecimento do Chefe do Poder Executivo. *Revista Controle*, v. 8, n. 1, p. 189-208, set. 2010.
- FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos (1923-1925)*. São Paulo: Imago, 2006. v. 19 – Coleção Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Lisboa: Almedina, 2008.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tomada de contas especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil. Disponível em: <http://www.ufmg.br/pfufmg/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=43&Itemid=24>. Acesso em: 10 de jul. 2010.
- JORGE JÚNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. Disponível em: <www.revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/735/518>. Acesso em: 21 out. 2011.
- MACIEIRA, Leonardo dos Santos. Auditor constitucional dos Tribunais de Contas: natureza e atribuições. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2364, 21 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13986>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Contas do Estado. Resolução nº 12, de 19 de dezembro de 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 8 – Arts. 539-565.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5 – Arts. 444-475.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: volume 5, arts. 476 a 565*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.
- PERES, Bruno. Manifestações de junho são indissociáveis da democracia, afirma Dilma. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3281298/manifestacoes-de-junho-sao-indissociaveis-da-democracia-afirma-dilma>>. Acesso em: 02 nov. 2013.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. 3. v.
- SANTOS, Alberto Marques dos. Breve Introdução às regras científicas da hermenêutica. Disponível em: <www.fagundesunha.org.br/.../alberto_breve.doc>. Acesso em: 25 mar. 2013.

SENADO FEDERAL. Aprovada criação de dois cargos para TCU. *Portal de Notícias*, 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/aprovada-criacao-de-dois-cargos-para-tcu.aspx>>. Acesso em: 09 nov. 2011.

SIDOU, José Maria Othon. *Dicionário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Medida Liminar no Mandado de Segurança nº 2012107425. Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Julg. 30.10.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. Mandado de Segurança nº 4001911-74.2012.8.04.0000. Impetrante: Alípio Reis Firmo Filho. Impetrado: Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas Conselheiro Érico Desterro. Rel. Des. Flávio Humberto Pascarelli Lopes. Voto proferido em 10.04.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Agravo Regimental no Mandado de Segurança Cível nº 5918-31.2009.8.06.0000/1. Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva. Voto proferido em 08.11.2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro. A atuação constitucional dos Tribunais de Contas e de seus magistrados (composição, atuação e deliberações): de Eisenhower a Zé Geraldo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, p. 31-57, fev. 2016.
